



Processo Administrativo nº 50300.002128/2015-96

Impugnante: **TERMINAL XXXIX DE SANTOS S.A**

Licitação: **Leilão nº 01/2015**

Objeto: Arrendamento de área e infraestrutura pública para movimentação e armazenagem de graneis sólidos e vegetais, localizados dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominada STS04.

Assunto: Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação.

1. Impugnação

Trata-se de impugnação apresentada por TERMINAL XXXIX DE SANTOS S.A., tendo por objeto o Edital 01/2015 (Área STS04). A impugnação é conhecida por ter sido apresentada tempestivamente e em observância aos requisitos do edital.

A peticionária insurge-se contra o edital, alegando, em suma, que segundo cláusula vigésima quarta do Contrato T39, “terá a primeira prioridade ‘B’ de atracação para navios que operarem com as mercadorias objeto deste Instrumento no cais fronteiro à INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS, que são parte deste Instrumento, e nos cais fronteiro ao Armazém 38”, em conformidade com a Resolução nº 176/79 da extinta PORTOBRÁS, até o fim da vigência do contrato.

Sendo assim, não seria possível que fosse cumprida a regra estabelecida no Edital nº 01/2015-ANTAQ, conforme reproduzida a seguir:

3.3. Em até 24 (vinte e quatro meses) a partir da celebração do Termo de Aceitação Provisória e Permissão de Uso de Ativos da Área 2, as embarcações com cargas destinadas ao ou oriundas do arrendamento terão prioridade de atracação quando utilizarem o Berço nº 38, conforme as regras estabelecidas pela Administração do Porto

3.4 As demais condições e regras de acesso aos Berços públicos são as definidas pela Administração do Porto.

3.5 Até a celebração do Termo de Aceitação Provisória e Permissão de Uso de Ativos da Área 2, as atividades a serem desenvolvidas pela Arrendatária não deverão prejudicar as operações realizadas pela atual arrendatária do Armazém 38.

Em outras palavras, o Edital estaria conferindo idêntica prioridade de atracação ao futuro arrendatário do STS04 e ao Arrendatário do T39 (ou Terminal XXXIX), sendo essa idêntica prioridade “faticamente incompatível”, pois “não é possível conferir a mesma prioridade de atracação, em relação ao mesmo berço (o de nº 38), para dois arrendatários diferentes.

Wit



2. Mérito

Pede-se vênia para discordar dessa afirmação e apresentar manifestação da CODESP sobre as regras de atracação no Berço 38 do Porto de Santos, na região da Ponta da Praia:

REGRAMENTO PARA A ENTRADA E PERMANÊNCIA DE NAVIOS OPERACIONAIS NO CORREDOR DE EXPORTAÇÃO

1. *O atual Corredor de Exportação é composto pelo alinhamento dos Armazéns 38, XL e XLII, além do Armazém XXXIX (Caramuru/Terminal XXXIX) detentor do Contrato de Arrendamento nº 01/97, cuja esteira de expedição é interligada ao sistema de esteiras de embarque dos armazéns alinhados, objeto do leilão do STS04, direcionados ao embarque de granéis sólidos de origem vegetal no cais do Armazém 38.*

2. *A atracação de navios destinados ao cais do Armazém 38 obedece primeiramente aos preceitos da Resolução nº 176/79 de 16 de Outubro de 1979, da extinta Portobras (em vigor), cujo §3º define que “**será concedida prioridade “B” para atracação, navio que tenha a movimentar exclusivamente mercadorias para as quais o Porto possua cais preferencial**”, e seu §6º, item a) define CAIS PREFERENCIAL como “;...o provido de aparelhagem especial para movimentar determinadas mercadorias, o servido por instalação especial de armazenamento;...”, isto satisfeitas as condições descritas no §8º que estabelece a obediência a **ordem cronológica de chegada na barra do Porto de Santos (data e hora) e, em compatibilidade com o espaço e calado operacional do berço, e no §9º com relação a documentação e prazos estabelecidos pela própria Resolução, quanto ao navio e sua operação.***

3. *Um ACORDO OPERACIONAL PARA ATRACAÇÃO E OPERAÇÃO DE NAVIOS NO BERÇO DO 38 DO CORREDOR DE EXPORTAÇÃO DO PORTO DE SANTOS celebrado em 16 de Abril de 2004 entre a CODESP e as empresas participantes do Corredor de Exportação, estabeleceu regras e disposições específicas para o complexo como um todo, definindo Índices de Carga Armazenada em função do Volume Total de Embarque para a garantia de atracação do navio, satisfeitas as condições acima descritas, e Pranchas Médias Mínimas Diárias para cada tipo de mercadoria movimentada no complexo, ressalvadas as condições adversas contidas nos itens a.1) e a.3), que garantem a manutenção do Ritmo Normal de Operação e a produtividade estabelecida para cada navio.*

Do exposto, percebe-se que não há nenhum impedimento que dois ou mais arrendatários tenham semelhante grau de prioridade (Prioridade “B”), respeitando-se, neste caso, as normas de atracação vigentes, tais como o Regulamento de Exploração e Acordos Operacionais existentes.

Essa é, inclusive, uma realidade usual nos berços do Porto de Santos, o que se coaduna com o princípio estabelecido para a utilização de um Berço Público.

Verifica-se também que com vistas a regar situações potenciais de conflito para atracações no Berço 38, dado que, reitera-se, se trata de um berço público (e continuará o sendo), foi celebrado Acordo Operacional em 2004 entre todos os operadores que se utilizam do berço, inclusive o Terminal XXXIX.

Wit



Considerando as condições do edital, ao arrendatário do STS04 incidirá o mesmo regramento para utilização do Berço 38.

Além disso, vale reiterar a disposição do Poder Público no sentido de dar cumprimento às regras estabelecidas nos contratos vigentes e todos os seus aditivos (firmados e a serem firmados), observando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Ademais, tal critério de priorização permanecerá até a liberação do Berço 37 pela atual arrendatária, conforme já previsto na Cláusula Oitava, parágrafos 2º e 4º do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES/32.98, de 25 de junho de 1998, celebrado com a Libra Terminais S.A.

Após a citada liberação e reunidas as condições necessárias à operação do berço, o TERMINAL XXXIX deixará de ter a prioridade no Berço 38, passando a detê-la no Berço 37.

Dessa forma, fica garantida a prioridade de atracação para o Terminal XXXIX, seja no Berço 38 ou outro que venha a ser disponibilizado.

3. Conclusão

Diante do acima exposto, esta Comissão Especial de Licitação conhece do pedido de impugnação e decide por sua improcedência, pelos motivos acima expostos.

LUIZ OSMAR SCARDUELLI JUNIOR
Presidente da Comissão Especial de Licitação

Processo Administrativo nº 50300.002130/2015-65

Impugnante: FELIPE AGUIAR COSTA LUZ

Licitação: Leilão nº 03/2015

Objeto: Arrendamento de áreas e infraestruturas públicas para movimentação e armazenamento de papel, celulose e carga geral, localizados dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominadas STS07 e STS36.

Assunto: Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação.

1. Impugnação

Trata-se de impugnação apresentada por FELIPE AGUIAR COSTA LUZ, tendo por objeto o Edital 03/2015 (Área STS36). A impugnação é conhecida por ter sido apresentada tempestivamente e em observância aos requisitos do edital.

A peticionária insurge-se contra o edital, alegando, em suma, que há ilegalidade de exigência de apresentação do Plano Básico de Implantação com a análise da viabilidade ambiental, conforme itens 27.1, 27.2 e 27.2.7 das Condições Gerais do Edital, item 4.1 das Condições Específicas do Edital, item A.4 e subitens do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento

2. Mérito

Alega o Impugnante que não há amparo legal para a exigência do Projeto Básico de Implementação (“PBI”) com o conteúdo mínimo previsto no item A.4 do Apêndice 2 do Anexo 2 que trata da viabilidade ambiental do arrendamento, uma vez que constitui obrigação da ANTAQ disponibilizar previamente o Termo de Referência para os estudos ambientais, sendo este o documento oficial a balizar a viabilidade ambiental do empreendimento, conforme artigo 7º do Decreto 8.033/2013.

Tal entendimento não merece prosperar.

Conforme dispõe o artigo 14 da Lei 12.815/13, a celebração do contrato de arrendamento será precedida de emissão, pelo órgão licenciador, do termo de referência para os estudos ambientais com vistas ao licenciamento, sendo que o artigo 7º do Decreto 8.033/13 apenas determina à ANTAQ que tome tal providência.

Neste sentido, o item 4.1 do Anexo 1 – Condições Específicas do Edital, assim dispõe:

“4.1. A convocação da Adjudicatária para assinatura do Contrato será precedida de manifestação formal do órgão ambiental competente, com vistas



a pautar o licenciamento ambiental do Arrendamento, nos termos do art. 14, inciso III, da Lei nº 12.815/2013.”

Portanto, resta claro que o edital seguiu exatamente o quanto prescrito pela legislação e regulamentação vigente quanto à disponibilização do Termo de Referência Ambiental antes da assinatura do contrato de arrendamento.

Ocorre que, tratando-se da área em questão, além das eventuais exigências de estudos por parte do órgão ambiental, o próprio edital buscou definir alguns parâmetros e requisitos ambientais, conforme o Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento, de forma a que o empreendimento, independentemente de eventuais exigências adicionais do órgão ambiental, atenda a requisitos mínimos de viabilidade ambiental.

Por isso, as exigências do item A.4 do Apêndice A do Anexo 2 para o PBI estão conforme a legislação, pois referem-se a um estudo de viabilidade ambiental que é exigido pelo Poder Concedente e pela ANTAQ, de complexidade compatível com o prazo necessário para a elaboração do PBI, independentemente de outros estudos que possam vir a ser exigidos pelo órgão ambiental, não sendo cabível qualquer comparação com os estudos exigidos para o licenciamento do empreendimento.

Ademais, referidas exigências podem ser avaliadas pelos licitantes desde o momento da formulação das propostas e devem ser consideradas, pois além de constituírem medidas que comporão o PBI, as medidas mitigadoras propostas deverão ser efetivamente executadas quando da vigência do contrato, além de outras exigências que possam ser realizadas pelo órgão ambiental.

3. Conclusão

Diante do acima exposto, esta Comissão Especial de Licitação conhece do pedido de impugnação e decide por sua improcedência, pelos motivos acima expostos.

LUIZ OSMAR SCARDUELLI JUNIOR
Presidente da Comissão Especial de Licitação

Processo Administrativo nº 50300.002129/2015-31 e 50300.002130/2015-65

Impugnante: MARIMEX DESPACHOS, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA

Licitação: Leilão nº 03/2015

Objeto: Arrendamento de áreas e infraestruturas públicas para movimentação e armazenamento de papel, celulose e carga geral, localizados dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominadas STS07 e STS36.

Assunto: Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação.

1. Impugnação

Trata-se de impugnação apresentada por MARIMEX DESPACHOS, TRANSPORTES E SERVIÇOS LTDA, tendo por objeto o Edital 03/2015. A impugnação é conhecida por ter sido apresentada tempestivamente e em observância aos requisitos do edital.

A petionária insurge-se contra os itens a seguir, alegando, em suma, o seguinte:

- (i) Os itens 23.4, 16.6 e 16.6.2 das Condições Gerais do Edital e as passagens correspondentes do manual de procedimentos do leilão restringem a competitividade do certame, pois preveem hipótese de execução da garantia de proposta não prevista na legislação.
- (ii) Os itens 16.6, 16.6.3 das Condições Gerais do Edital e as passagens correspondentes do manual de procedimentos do leilão restringem a competitividade ao permitirem a execução da garantia de proposta na hipótese de não atendimento às condições do edital.

2. Mérito

(i) ITENS 23.4 e 16.6. E SEU SUBITEM 16.6.2. DAS CONDIÇÕES GERAIS DO EDITAL E DAS PASSAGENS CORRESPONDENTES DO MANUAL DE PROCEDIMENTOS DO LEILÃO

A Impugnante apresenta suas razões de inconformidade em relação aos itens 23.4, 16.6 e 16.6.2 das Condições Gerais do Edital:

“16.6. As Garantias de Proposta poderão ser executadas pela ANTAQ, mediante prévia notificação, sem prejuízo das demais penalidades previstas no Edital e na legislação aplicável, nas seguintes hipóteses: (...)

16.6.2. Apresentação, pela Proponente vencedora, dos Documentos de Habilitação em desconformidade com o estabelecido pelo Edital; [...]

23.4. A inabilitação da Proponente que tenha sido considerada, originariamente, a vencedora do certame, ensejará a fixação de multa, equivalente ao valor da Garantia de Proposta, a qual será integralmente executada para quitação do débito.”





A Impugnante alega que os itens impugnados do Edital, ao preverem a hipótese de execução da garantia da proposta para o caso de inabilitação, subvertem o sentido e o propósito da garantia prestada e, com isso, restringem, injustificadamente, a competitividade da licitação, sendo abusiva sua execução automática; e que restaria caracterizada a ilegalidade da penalidade e multa imposta na forma dos itens impugnados em razão da ausência de determinação de um critério objetivo para sua mensuração.

Inicialmente, cumpre esclarecer que é fundamental para o procedimento licitatório em questão que o Proponente esteja efetivamente habilitado quando da entrega dos envelopes, tal como previsto no edital. As exigências de habilitação são objetivas. Assim, cabe aos Proponentes zelar pelo atendimento total da habilitação, ressaltando-se que falhas de caráter formal poderão ser sanadas, conforme item 8.3.2, das Condições Gerais do Edital.

Ademais, por se tratar de um certame com leilão viva-voz, é necessário que haja um rigor para que proponentes que não sejam capazes de atender aos requisitos de habilitação não participem do leilão, evitando com isso lances que poderiam prejudicar os demais Proponentes. Assim, a aplicação de multa e exigência de execução da garantia de proposta no caso de inabilitação está em conformidade com as regras do leilão e com a finalidade do edital.

A imposição de penalidade para a Proponente que, sagrando-se vencedora do Leilão, deixa de cumprir os requisitos objetivos de habilitação previstos no Edital tem por finalidade, portanto, garantir a lisura do procedimento licitatório.

Com a imposição da penalidade busca-se evitar a frustração da finalidade do leilão com a apresentação de propostas por proponentes que não atendam aos requisitos objetivos de habilitação, sendo assegurado não apenas o atendimento ao princípio da legalidade, como aos princípios da moralidade e eficiência que regem a atividade da Administração Pública.

Considerando que o Edital prevê que a análise dos documentos de habilitação do proponente vencedor ocorrerá após a abertura da proposta comercial e realização do leilão viva-voz, faz-se necessário que a Administração Pública tome as cautelas necessárias para garantir a lisura do processo licitatório, bem como da integridade das propostas apresentadas, o que é reforçado pela possibilidade de execução da Garantia de Proposta.

A legalidade da fixação dos procedimentos previstos nos itens impugnados do Edital, além de encontrar fundamento nos já mencionados princípios da moralidade e da legalidade, tem respaldo infraconstitucional no artigo 31, § 2º e 56, § 1º da Lei Federal n.º 8.666/93, o qual estabelece:

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1o do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-

Um 1-



financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.”

Ademais, referidos dispositivos devem ser interpretados em conjunto com a legislação específica aplicável aos arrendamentos portuários, conforme seguinte dispositivo da Lei nº 12.815/13:

“Art. 6º. Nas licitações dos contratos de concessão e arrendamento, serão considerados como critérios para julgamento, de forma isolada ou combinada, a maior capacidade de movimentação, a menor tarifa ou o menor tempo de movimentação de carga, e outros estabelecidos no edital, na forma do regulamento.

§ 1º As licitações de que trata este artigo poderão ser realizadas na modalidade leilão, conforme regulamento.”

Desta forma, as regras fixadas no Edital quanto à garantia de proposta estão em conformidade com a sistemática do leilão, em que a apresentação da garantia se dá como condição para participar no leilão, previamente à abertura das propostas comerciais.

A legalidade na instituição da garantia da proposta, assim como na forma de execução da garantia, tem por objetivo resguardar a futura celebração do contrato, assegurando-se que o Proponente vencedor observe o atendimento de todas as condições objetivas de habilitação.

Com o objetivo de assegurar a seriedade do processo licitatório, com a coibição da prática de atos atentatórios ao processo licitatório foram instituídas as formas de execução da garantia da proposta, razão pela qual não se vislumbra qualquer subversão de sua finalidade.

Ademais, a valoração da penalidade imposta em razão de ter a Proponente frustrado o objetivo do leilão, assim como a valoração de penalidades contratuais e outras de prerrogativa da Administração Pública consiste em ato discricionário da Administração e, sendo a escolha norteadas pela razoabilidade e proporcionalidade, como se observa no presente caso, não há que se falar em ilegalidade.

Igualmente, não há qualquer restrição à competitividade do certame com a fixação da garantia da proposta, bem como pela forma de execução estabelecida no Edital, uma vez que as garantias previstas são aquelas estabelecidas pelo artigo 56 da Lei Federal n.º 8.666/93, de fácil acessibilidade no mercado pelas Proponentes, sendo que o valor está conforme o limite do artigo 31, inciso III da mesma lei.

V4



Por fim, conforme se verifica da leitura do item 16.6, das Condições Gerais do Edital, a execução da garantia da proposta é precedida de prévia notificação da ANTAQ, não havendo a mencionada execução automática indicada pela Impugnante, ou seja, eventual aplicação de penalidade e eventual execução da Garantia de Proposta serão obrigatoriamente precedidas do devido processo legal, garantido o direito dos Proponentes ao contraditório e ampla defesa, garantidos constitucionalmente e já reafirmados por esta Comissão Especial de Licitação por meio da Ata de Esclarecimentos aos Editais dos Leilões n.º 1, 2 e 3/2015-ANTAQ.

Não há que se falar, portanto, em execução automática da garantia, ao contrário do quanto equivocadamente suscitado pela Impugnante.

Não há, portanto, qualquer ilegalidade ou restrição de competitividade dos dispositivos editalícios suscitados.

(ii) ITEM 16.6. E SEU SUBITEM 16.6.3. DAS CONDIÇÕES GERAIS DO EDITAL E DAS PASSAGENS CORRESPONDENTES DO MANUAL DE PROCEDIMENTOS DO LEILÃO

A Impugnante apresenta ainda suas razões de inconformidade em relação ao item 16.6. e seu subitem 16.6.3, das Condições Gerais do Edital:

“16.6. As Garantias de Proposta poderão ser executadas pela ANTAQ, mediante prévia notificação, sem prejuízo das demais penalidades previstas no Edital e na legislação aplicável, nas seguintes hipóteses: (...)

16.6.3. Apresentação, pela Proponente vencedora, de Proposta pelo Arrendamento que não atenda à totalidade das exigências estabelecidas na legislação aplicável e no Edital”.

A despeito de a Impugnante apresentar sua inconformidade quanto ao item 16.6. e seu subitem 16.6.3, das Condições Gerais do Edital, de forma apartada das razões apresentadas para impugnação dos itens 23.4, 16.6 e 16.6.2, do mesmo instrumento, importante mencionar que todos os itens apontados tratam das hipóteses de execução da garantia de proposta.

Também as razões da Impugnante são análogas ao do primeiro item impugnado, no sentido de que os itens impugnados do Edital subvertem o sentido e o propósito da garantia prestada e, com isso, restringem, injustificadamente, a competitividade da licitação, sendo abusiva sua execução automática; e que restaria caracterizada a ilegalidade da penalidade e multa imposta na forma dos itens impugnados em razão da ausência de determinação de um critério objetivo para sua mensuração.

Repise-se, assim, o quanto já explicitado acima, no sentido de que as alegações da Impugnante não merecem prosperar, senão vejamos.

Trata-se novamente de hipótese em que os Proponentes possam dar causa à frustração do certame. Ou seja, a situação apontada no item 16.6.3, que prevê a hipótese de que a Proponente vencedora tenha apresentado Proposta pelo Arrendamento que não atenda à totalidade das exigências estabelecidas na legislação aplicável e no Edital, consiste em situação que pode culminar na frustração do certame, sendo passíveis, portanto, de aplicação de penalidades e de execução da garantia de proposta para fazer frente a esta penalidade.

M⁴



A imposição de penalidade para a Proponente que, sagrando-se vencedora do Leilão, deixa de cumprir os requisitos objetivos de apresentação da Proposta pelo Arrendamento previstos no Edital tem por objetivo, portanto, garantir a lisura do procedimento licitatório.

Com a imposição da penalidade busca-se evitar a frustração da finalidade do leilão com a apresentação de propostas por proponentes que não atendam aos requisitos objetivos para apresentação da Proposta Comercial, sendo assegurado não apenas o atendimento ao princípio da legalidade, como os princípios da moralidade e eficiência que regem a atividade da administração pública.

Com o objetivo de assegurar a seriedade do processo licitatório, com a coibição da prática de atos atentatórios ao processo licitatório foram instituídas as formas de execução da garantia da proposta, razão pela qual não se vislumbra qualquer subversão de sua finalidade.

Por fim, conforme se verifica da leitura do item 16.6, das Condições Gerais do Edital, a execução da garantia da proposta é precedida de prévia notificação da ANTAQ, não havendo a mencionada execução automática indicada pela Impugnante, ou seja, eventual aplicação de penalidade e eventual execução da Garantia de Proposta serão obrigatoriamente precedidas do devido processo legal, garantido o direito dos Proponentes ao contraditório e ampla defesa, garantidos constitucionalmente e já reafirmados por esta Comissão Especial de Licitação por meio da Ata de Esclarecimentos aos Editais dos Leilões n.º 1, 2 e 3/2015-ANTAQ.

Não há que se falar, portanto, em execução automática da garantia, ao contrário do quanto equivocadamente suscitado pela Impugnante.

Não há, portanto, qualquer ilegalidade ou restrição de competitividade dos dispositivos editalícios suscitados.

3. Conclusão

Diante do acima exposto, esta Comissão Especial de Licitação conhece do pedido de impugnação e decide por sua improcedência, pelos motivos acima expostos.

LUIZ OSMAR SCARDUELLI JUNIOR
Presidente da Comissão Especial de Licitação

Processo Administrativo nº 50300.002130/2015-65

Impugnante: ALEXANDRE GIORDANI RIBEIRO DE PINHO

Licitação: Leilão nº 03/2015

Objeto: Arrendamento de áreas e infraestruturas públicas para movimentação e armazenamento de papel, celulose e carga geral, localizados dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominadas STS07 e STS36.

Assunto: Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação.

1. Impugnação

Trata-se de impugnação apresentada por ALEXANDRE GIORDANI RIBEIRO DE PINHO, tendo por objeto o Edital de Leilão n.º 03/2015 (Área STS36). A impugnação é conhecida por ter sido apresentada tempestivamente e em observância aos requisitos do Edital.

O peticionário insurge-se contra os itens a seguir elencados, alegando, em suma:

(i) Que o Item 6.2.1.1, do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento, referente à área STS36 – Santos - Paquetá, viola a legislação federal, por ser necessária a realização de planejamento e projeto técnico detalhado para a licitação em comento, não constando precisão e clareza técnica necessárias à viabilidade do empreendimento a ser licitado;

(ii) Que o Item 6.2.1.5, do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento, que trata da dragagem também infringe a legislação federal, haja vista ser da competência da autoridade marítima, da Marinha do Brasil, normatizar e fiscalizar obras de dragagem.

2. Mérito

(i) ITEM 6.2.1.1, DO ANEXO 2 – DIRETRIZES TÉCNICAS E PARÂMETROS DO ARRENDAMENTO, REFERENTE À ÁREA STS36 – SANTOS - PAQUETÁ, VIOLA A LEGISLAÇÃO FEDERAL, POR SER NECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PLANEJAMENTO E PROJETO TÉCNICO DETALHADO PARA A LICITAÇÃO EM COMENTO, NÃO CONSTANDO PRECISÃO E CLAREZA TÉCNICA NECESSÁRIAS À VIABILIDADE DO EMPREENDIMENTO A SER LICITADO

Alega o Impugnante que a Lei nº 8.666/93 exige o projeto básico para a realização de licitação de arrendamentos portuários, sendo que o Estudo Preliminar de Engenharia não seria suficiente para a plena caracterização do objeto licitado.

Primeiramente, cumpre estabelecer que, diversamente do quanto está pretendendo alegar o Impugnante, não há que se falar em qualquer violação à legislação federal no tangente à

Luiz

obrigatoriedade de existência de projeto básico para a realização do empreendimento em questão.

Isto porque a própria Lei Federal n.º 12.815/13, lei esta, frise-se, específica e posterior à Lei de Licitações, não vincula, para a realização de licitações de arrendamento, a exigência de Projeto Básico. Conforme o artigo 66 da referida lei, que trata da aplicação subsidiária da Lei nº 8.987/95, combinado com o artigo 6º. do Decreto nº 8.033/13, basta que o edital apresente as diretrizes básicas para a implantação do Projeto, pelo Arrendatário, informações estas que restaram devidamente previstas no Edital em questão.

Outrossim, a Seção B – Estudo Preliminar de Engenharia e Afins do STS 36, apresentada juntamente ao Edital, possibilita a análise, pelos Licitantes interessados, dos principais elementos de viabilidade técnica do empreendimento, ressaltando-se que, nos termos do item 7.10 abaixo transcrito os estudos são meramente referenciais:

“7.10. As informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos ou dados disponibilizados no sítio eletrônico da ANTAQ foram realizados e obtidos para fins exclusivos de precificação do Leilão, não possuindo qualquer caráter vinculativo que responsabilize a ANTAQ e/ou o Poder Concedente perante as Proponentes e/ou perante a futura Arrendatária.”

Importa ainda ressaltar que os estudos propriamente ditos, tal como expressamente constante do Item 7, do Anexo 2, do Edital em questão, em especial no seu Subitem 7.1.1, são de responsabilidade exclusiva da própria Arrendatária, *in verbis*:

“7. Parâmetros Técnicos

7.1. Parâmetros de Projeto

7.1.1. A Arrendatária será exclusivamente responsável por todos os estudos técnicos, incluindo, mas não se restringindo, às investigações de campo, aos estudos de viabilidade, aos projetos conceituais e finais, aos documentos de planejamento e aos documentos referentes às benfeitorias e implantações necessárias ao desempenho das Atividades no Arrendamento.” (Destacamos)

Ora, claro está, assim, que os estudos técnicos e demais documentações e soluções necessárias ao desempenho das atividades a serem executadas, no arrendamento, deverão ser realizadas pelo próprio Arrendatário.

Adicionalmente, o Item 5.1 do Edital, é claro ao consignar que as Proponentes poderão realizar até duas visitas técnicas para obtenção das informações suplementares da atual área, infraestruturas e instalações públicas, objeto do arrendamento.

Por fim, o objeto licitado está claramente definido no Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento, no Anexo 4 – Contrato – Parte Específica, bem como nos demais anexos, possuindo o licitante todos os elementos e parâmetros para formulação de sua proposta.

Quanto à questão da necessidade de anuência da Marinha do Brasil, em observância ao disciplinado no artigo 2.º, Inciso VIII, da Lei n.º 9.537/97 e à previsão desta no Relatório

Ambiental – Estudos Ambientais Preliminares da área STS 36, de julho de 2013, Item 3.1.1., não merece prosperar a alegação do Impugnante quanto à obrigatoriedade de referidas previsões, isto porque, e uma vez mais, está-se diante de estudos de viabilidade e não de projeto propriamente dito, não havendo que se falar na necessidade de autorização da Marinha do Brasil nesse momento.

O item 3.1.3 (fls. 3), da Seção B, do Estudo Preliminar de Engenharia e Afins da Área STS 36, Anexo B (fls. 6) e a foto 4 demonstram, objetivamente, a metragem e o limite de área a ser dragada, informações estas necessárias ao conhecimento do Projeto pelo Proponente interessado. Não há necessidade de apresentação de qualquer estudo de viabilidade técnica do empreendimento a ser realizado, no Edital, até porque, e tal como já explicitado anteriormente, trata-se de obrigação do próprio Licitante, previsto no Subitem 7.1.1, do Anexo 2, do Edital em questão.

Dessa forma, não há qualquer omissão no constante das informações e exigências editalícias ora combatidas, até porque o objetivo do presente Edital é apresentar as principais diretrizes, os elementos necessários a auxiliar o Proponente a ter conhecimento do quanto se está pretendendo licitar, subsidiando-o quando da formulação de sua proposta.

(ii) O ITEM 6.2.1.5, DO ANEXO 2 – DIRETRIZES TÉCNICAS E PARÂMETROS DO ARRENDAMENTO, QUE TRATA DA DRAGAGEM TAMBÉM INFRINGE A LEGISLAÇÃO FEDERAL, HAJA VISTA SER DA COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE MARÍTIMA, DA MARINHA DO BRASIL, NORMATIZAR E FISCALIZAR OBRAS DE DRAGAGEM

Alega o Impugnante que a previsão do item 6.2.1.5 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento quanto à dragagem viola a Lei nº 9.537/97 que atribui à autoridade marítima a competência para elaborar normas para execução de dragagens, sendo que o Relatório Ambiental seria omissivo sobre eventual consulta à Marinha do Brasil. Alega ainda que, sendo o cais público, deveria ser observado o disposto no artigo 53 da Lei nº 12.815/13 que trata do Programa Nacional de Dragagem. Reitera, por fim, o seu entendimento quanto à necessidade de projeto básico.

Quanto a eventual necessidade de projeto básico e autorização da Marinha, esta Comissão reitera os mesmos argumentos já apresentados no item anterior, de que não é necessário o projeto básico para a licitação do arrendamento e que eventual consulta à Marinha do Brasil será realizada pelo futuro Arrendatário quando da elaboração do projeto efetivo.

Quanto à questão da dragagem, trata-se de competência atribuída pela Lei nº 12.815/13 ao Poder Concedente. Sendo de sua competência e dentro do limite do seu poder discricionário, o Poder Concedente pode atribuir ao Arrendatário de uma determinada área a obrigação de realizar investimentos, inclusive dragagem, de forma a tornar mais eficiente a operação portuária, bem como atribuindo ao próprio Arrendatário a gestão de tal investimento e, conseqüentemente, o risco de manter a profundidade mínima.

Assim, não há qualquer violação ao dispositivo da Lei nº 12.815/13 quando se atribui ao Arrendatário a obrigação de realizar investimentos em dragagem, conforme o item 6.2.1.5 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento.

1/17



3. Conclusão

Diante do acima exposto, esta Comissão Especial de Licitação conhece do pedido de impugnação e decide por sua improcedência, pelos motivos acima expostos.

LUIZ OSMAR SCARDUELLI JUNIOR

Presidente da Comissão Especial de Licitação

Processo Administrativo nº 50300.002129/2015-31

Impugnante: ELDORADO BRASIL CELULOSE S/A

Licitação: Leilão nº 03/2015

Objeto: Arrendamento de áreas e infraestruturas públicas para movimentação e armazenamento de papel, celulose e carga geral, localizados dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominadas STS07 e STS36.

Assunto: Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação.

1. Impugnação

Trata-se de impugnação apresentada por ELDORADO BRASIL CELULOSE S/A, tendo por objeto o Edital 03/2015 (Área STS07). A impugnação é conhecida por ter sido apresentada tempestivamente e em observância aos requisitos do edital.

A peticionária insurge-se contra o edital, alegando, em suma, o seguinte:

- (i) O edital não exige que o licitante comprove possuir carga própria ou de terceiros para movimentação de papel e celulose na área;
- (ii) O edital atribui ao futuro arrendatário o ônus por ações judiciais que desconhece e por passivos ambientais existentes sem que haja direito a reequilíbrio econômico-financeiro;
- (iii) O edital não exige a apresentação de balanço patrimonial ou demonstrações contábeis, conforme art. 31 da Lei 8.666/93;
- (iv) A apresentação do PBI somente após o anúncio do vencedor do leilão não se mostra razoável; e
- (v) O contrato atribui à Arrendatária o risco por situações de caso fortuito e força maior, que são alheias ao controle do licitante, conforme Item 13.1.13, das Condições Gerais do Edital.

2. Mérito

(i) O EDITAL NÃO EXIGE QUE O LICITANTE COMPROVE POSSUIR CARGA PRÓPRIA OU DE TERCEIROS PARA MOVIMENTAÇÃO DE PAPEL E CELULOSE NA ÁREA

A Impugnante alega que o presente edital não tem por objeto papel e celulose, mas sim carga geral, o que contraria a fase de audiência pública, em que a minuta apresentada tratava da carga específica de papel e celulose.

Tal entendimento não merece prosperar. De fato, a fase de audiência pública tem por objetivo colher sugestões da sociedade e dos interessados para aprimorar as minutas e estudos existentes sobre determinada área.

Na hipótese específica da área denominada STS07, após a análise por parte do Poder Concedente e da ANTAQ, verificou-se que o objeto adequado para atendimento ao interesse público seria o de movimentação de cargas gerais não acondicionadas em contêineres, conforme o item 3.1 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento.

No entanto, de forma a assegurar o atendimento à demanda verificada de movimentação de carga de celulose e papel, foi prevista uma Movimentação Mínima Exigida de tal carga, conforme item 5.2 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento. Em consonância com tal item, o Anexo 4 – Minuta do Contrato – Parte Específica definiu uma Tarifa de Movimentação de Papel e Celulose, bem como estabeleceu seu teto.

Assim, a minuta do edital sofreu as alterações necessárias após a fase de audiência pública de forma a melhor atender ao interesse público, mantendo uma vocação mínima para a movimentação de papel e celulose.

(ii) O EDITAL ATRIBUI AO FUTURO ARRENDATÁRIO O ÔNUS POR AÇÕES JUDICIAIS QUE DESCONHECE E POR PASSIVOS AMBIENTAIS EXISTENTES SEM QUE HAJA DIREITO A REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Alega a Impugnante que não pode ser obrigada a ter conhecimento de ações judiciais cuja origem lhe é alheia, bem como a arcar com passivos ambientais que desconhece.

Inicialmente, deve ser esclarecido que ao Proponente cabe declarar que tem pleno conhecimento das demandas judiciais envolvendo a área STS07, conforme item 1.2 do Anexo 1 – Condições Específicas do Edital, sendo tais ações judiciais públicas. Não se trata de definir ou não hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas apenas uma declaração de conhecimento.

Quanto aos passivos ambientais, a regra quanto à atribuição de responsabilidades está amplamente tratada no item 12 do Anexo 3 – Minuta do Contrato – Parte Geral. Caberá à Arrendatária, nos termos do item 12.1, providenciar a recuperação, remediação e gerenciamento dos passivos ambientais relacionados ao Arrendamento. Tais passivos são aqueles conhecidos, tal como definidos no item 12.2.1. Já os passivos não conhecidos têm tratamento específico, conforme item 12.3, podendo ser objeto de reequilíbrio do contrato.

Desta forma, o Contrato trata de forma adequada as responsabilidades do futuro Arrendatário, prevendo as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro, não devendo prosperar os argumentos da Impugnante.

(iii) O EDITAL NÃO EXIGE A APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL OU DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS, CONFORME ART. 31 DA LEI nº 8.666/93

Insurge-se a Impugnante contra o fato de o edital não exigir a documentação para qualificação econômico-financeira dos proponentes, como o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis, prevista no art. 31, da Lei Federal nº 8.666/93.

Argumenta a Impugnante que em razão do grande vulto do objeto do arredamento, faz-se necessário estabelecer parâmetros mínimos legais para a qualificação econômico-financeira das proponentes. Contudo, tal entendimento não merece prosperar.

O rol de documentos exigidos nos artigos 30 e 31 da Lei Federal n.º 8.666/93 apenas demarca a limitação máxima que pode ser requerida pelo Poder Público nesse intento. Isso significa

dizer que a Administração Pública não pode exigir além do quanto ali previsto, porém, pode exigir menos do que o ali previsto.

O art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, é claro ao determinar que somente “permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Logo, caberá à própria Administração Pública decidir quais dos documentos previsto no rol dos artigos 30 e 31 são necessários para aferir a capacidade técnica e econômico-financeira do proponente.

Tal discricionariedade concedida à Administração Pública é comentada por FIGUEIREDO:

“Nos arts. 30 e 31, concernentes à qualificação técnica e econômico-financeira, o legislador apenas relacionou os tipos de documentos que podem ser exigidos, deixando ao administrador público a competência discricionária para estabelecer, em cada licitação, quais serão requeridos e quais as características de cada documento a ser apresentado pelos licitantes, conforme a particularidade do objeto a ser licitado e as características do futuro contrato.

Pelo princípio da legalidade, o Administrador Público deve escolher, dentre os documentos relacionados nesses dois artigos, quais são indispensáveis para a garantia do cumprimento das obrigações contratadas, conforme dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

A competência discricionária é um dever-poder: o administrador público não pode se furtar a identificar, em cada licitação, conforme as características do objeto licitado e do futuro contrato, quais seriam as exigências indispensáveis para assegurar a boa execução contratual.”¹

MARÇAL JUSTEN FILHO, observa que o elenco dos artigos 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa para que a Administração Pública exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir o mais do que ali previsto. Mas poderá demandar menos.²

Corroborando com tal entendimento a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja ementa segue transcrita abaixo:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 27, III E 31, I, DA LEI 8666/93. NÃO COMETIMENTO. REQUISITO DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA CUMPRIDA DE ACORDO COM A EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A comprovação de qualificação econômico-financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos. A Lei de Licitações não obriga a Administração a exigir, especificamente, para o cumprimento do referido requisito, que seja apresentado o balanço patrimonial

¹ FIGUEIREDO, José Domingos Frid. E. Da qualificação técnica no pregão – uma visão constitucional. Juris Síntese IOB, São Paulo, n. 64, mar/abr, 2007. CD-ROM.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11.ª Edição. São Paulo: Editora Dialética, 2005. P. 306.

e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licitações (art. 31, inc. I), para fins de habilitação.

2. "In casu", a capacidade econômico-financeira foi comprovada por meio da apresentação da Certidão de Registro Cadastral e certidões de falência e concordata pela empresa vencedora do Certame em conformidade com o exigido pelo Edital.

3. Sem amparo jurídico a pretensão da recorrente de ser obrigatória a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, por expressa previsão legal. Na verdade, não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31, da Lei 8666/93.

4. A impetrante, outrossim, não impugnou as exigências do edital e acatou, sem qualquer protesto, a habilitação de todas as concorrentes.

5. Impossível, pelo efeito da preclusão, insurgir-se após o julgamento das propostas, contra as regras da licitação.

6. Recurso improvido.¹³

Portanto, resta claro que não há obrigação legal de se exigir toda a documentação prevista no art. 31, da Lei Federal n.º 8.666/93, tendo a Administração Pública entendido que, no âmbito deste leilão, a garantia de proposta e os demais documentos exigidos no Edital são suficientes para suportar a qualificação dos licitantes, não sendo necessária a exigência de balanço patrimonial.

(iv) A APRESENTAÇÃO DO PBI SOMENTE APÓS O ANÚNCIO DO VENCEDOR DO LEILÃO NÃO SE MOSTRA RAZOÁVEL

A Impugnante apresenta suas razões de inconformidade em relação ao item 27.2.7 do Edital, ora transcrito:

"27.2. As obrigações previstas na presente subseção, mais precisamente no Item 27.2, devem ser cumpridas pela Adjudicatária de cada Arrendamento em até 45 (quarenta e cinco) dias a contar da publicação do ato de homologação e adjudicação, prorrogáveis, justificadamente, a critério do Poder Concedente.

(...)

27.2.7. O Projeto Básico de Implantação (PBI) dos investimentos exigidos no Anexo 2 - Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento."

De acordo com os argumentos suscitados pela Impugnante, não é razoável que a apresentação do Projeto Básico de Implantação (PBI) seja realizada somente após o anúncio do vencedor e passe pelo escrutínio exclusivo do Poder Público.

luis

³ STJ. REsp n.º 402.711/SP. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 11/6/2002.



De acordo com o entendimento da Impugnante, a apresentação do PBI não só viola o direito ao contraditório dos proponentes participantes, como também o próprio interesse público, ao ferir os princípios administrativos da eficiência, economia e celeridade.

Novamente, conclui-se que não assiste razão à Impugnante em relação a esse ponto.

De fato, conforme estabelecido no Contrato Parte Geral e, em especial no Anexo 2 - Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento, o PBI tem por objetivo:

- (i) Informar ao Poder Concedente as etapas e estratégias de implantação das Atividades por parte da Arrendatária;
- (ii) Assegurar que a Arrendatária tem as condições necessárias e planeja implantar as estruturas necessárias para realizar todas as Atividades objeto do Contrato sem gerar interferências desnecessárias no sistema portuário e no entorno do Porto Organizado; e
- (iii) Demonstrar com clareza e precisão que a Arrendatária possui todas as condições necessárias para cumprir todas as Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento indicadas no Contrato e em seus Anexos.

Como se nota o PBI consiste em um instrumento de planejamento e acompanhamento da execução contratual, não tendo, portanto, qualquer papel no processo de seleção da licitante vencedora do certame.

Desta forma, confunde-se a Impugnante com relação ao objetivo do PBI, o qual repita-se, não está inserido entre o rol de documentos exigidos para fins de qualificação técnica, não sendo tampouco uma Proposta Técnica.

Assim, não há que se falar em qualquer violação ao contraditório e a ampla defesa dos licitantes.

É importante esclarecer que a apresentação do PBI antes da assinatura do Contrato busca assegurar maior eficiência e celeridade no processo de avaliação do planejamento necessário a execução do Contrato, não havendo que se falar em violação a tais princípios.

Por fim, conforme estabelecido na Ata de Esclarecimentos aos Editais dos Leilões, os documentos serão devolvidos pela BM&FBOVESPA, em até 15 (quinze) dias a contar da assinatura do contrato, e ficarão sob custódia da ANTAQ, até a conclusão da fiscalização citada no item 13.3 das Condições Gerais do Edital.

(v) O CONTRATO ATRIBUI À ARRENDATÁRIA O RISCO POR SITUAÇÕES DE CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR, QUE SÃO ALHEIAS AO CONTROLE DO LICITANTE, CONFORME ITEM 13.1.13, DAS CONDIÇÕES GERAIS DO EDITAL

A Impugnante insurge-se contra o item 13.1.13, das Condições Gerais do Edital, alegando, em síntese a respeito da impossibilidade de se atribuir ao Arrendatário os riscos relacionados a Caso Fortuito e Força Maior. Contudo, tal entendimento está equivocado.

Não obstante tal dúvida já tenha sido respondida em fase de esclarecimento por esta Comissão de Licitação, cumpre novamente esclarecer que somente os riscos relacionados a Caso Fortuito e Força Maior seguráveis no Brasil é que se caracterizam como riscos de responsabilidade do Arrendatário, isto porque em havendo apólice cobrindo tais eventos, resta, portanto, disponível ao Arrendatário um instrumento jurídico hábil para se evitar os efeitos danosos desses eventos.

WIT



Em outros termos, quando o mercado segurador oferece cobertura que garanta os riscos, independentemente de sua origem – e de serem caracterizados, ou não, como eventos de Caso Fortuito e Força Maior – não se pode dizer que esses riscos se situam no âmbito da imprevisibilidade ou da inevitabilidade, isto porque sua incidência já foi estatisticamente apurada, submetida a cálculos atuariais e colocado sob proteção contratual (por meio de seguro).

Em conclusão, não há como se caracterizar como impossíveis de se atribuir ao Arrendatário os riscos relacionados a Caso Fortuito e Força Maior, quando são esses devidamente segurados no mercado brasileiro, tal qual exigido no item 13.1.13, das Condições Gerais do Edital do Leilão em comento.

3. Conclusão

Diante do acima exposto, esta Comissão Especial de Licitação conhece do pedido de impugnação e decide por sua improcedência, pelos motivos acima expostos.


LUIZ OSMAR SCARDUELLI JUNIOR
Presidente da Comissão Especial de Licitação

Processo Administrativo nº 50300.002130/2015-65

Impugnante: FIBRIA CELULOSE S/A e TOJAL RENAULT ADVOGADOS ASSOCIADOS

Licitação: Leilão nº 03/2015

Objeto: Arrendamento de áreas e infraestruturas públicas para movimentação e armazenamento de papel, celulose e carga geral, localizados dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominadas STS07 e STS36.

Assunto: Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação.

1. Impugnação

Trata-se de impugnação apresentada por FIBRIA CELULOSE S/A e TOJAL RENAULT ADVOGADOS ASSOCIADOS, tendo por objeto o Edital 03/2015. A impugnação é conhecida por ter sido apresentada tempestivamente e em observância aos requisitos do edital.

A petionária insurge-se contra o edital, alegando, em suma, o seguinte:

- (i) O item 3.1 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento prevê que ocorrerá a entrega da área livre e desimpedida de bens e pessoas, mas o edital não esclarece que bens deverão ser assumidos pela futura Arrendatária e os esclarecimentos não resolveram a questão;
- (ii) O item 6.2.4 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento do STS36 não trata do possível risco de contaminação do papel/celulose movimentado pela movimentação de granéis sólidos;
- (iii) O item 6.2.4 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento do STS36-superdimensiona os investimentos no berço, exigindo investimentos superiores ao necessário para a movimentação mínima exigida;
- (iv) O item 6.2.4 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento do STS36 ao prever que o Arrendatário deverá realocar o sistema de movimentação de granéis sólidos vegetais para um berço em que não terá prioridade viola o contrato que prevê em caráter excepcional a utilização da área por terceiros;
- (v) A futura arrendatária não pode ser responsabilizada por problemas na operação do sistema de movimentação de granéis sólidos a ser realocado, conforme item 6.2.4.1 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento do STS36;
- (vi) O item 2.1 do Anexo 04 Minuta do Contrato de Arrendamento não é claro quanto à não aplicação dos Parâmetros de Desempenho ao Arrendamento em questão;
- (vii) O item 5.1.1 do Anexo 4 (Minuta do Contrato – Parte Específica), ao prever a garantia de profundidade do berço, da bacia de evolução e do canal de acesso correspondente a 10,5

10/1

metros vai de encontro com a justificativa da licitação de gerar eficiência portuária, já que os navios que atualmente operam no Porto de Santos demandam calado médio de 12,5 metros; e

(viii) A multa fixada no item 8.1 do Anexo 04 (Minuta do Contrato – Parte Específica) é estabelecida sem se observar o devido processo legal, a proporcionalidade e a razoabilidade.

2. Mérito

(i) O ITEM 3.1 DO ANEXO 2 – DIRETRIZES TÉCNICAS E PARÂMETROS DO ARRENDAMENTO PREVÊ QUE OCORRERÁ A ENTREGA DA ÁREA LIVRE E DESIMPEDIDA DE BENS E PESSOAS, MAS O EDITAL NÃO ESCLARECE QUE BENS DEVERÃO SER ASSUMIDOS PELA FUTURA ARRENDATÁRIA E OS ESCLARECIMENTOS NÃO RESOLVERAM A QUESTÃO

Alegam as Impugnantes que as respostas aos pedidos de esclarecimentos prestados pela ANTAQ não deixaram claras as responsabilidades da futura Arrendatária em relação aos bens que se encontram na área do arrendamento. Neste sentido, as Impugnantes têm as seguintes dúvidas: (i) se materiais atualmente na área do STS36 tais como tubos, pneus e entulhos serão retirados pela CODESP; (ii) se a retirada de telhas de amianto serão de responsabilidade da CODESP; (iii) situação das duas subestações de eletricidade localizadas dentro da área do STS36; (iv) se os aguadeiros serão retirados pela CODESP.

Com base em tais dúvidas, as Impugnantes alegam que o edital, contrato e anexos não atribuem ao futuro Arrendatário a obrigação de remoção de bens não vinculados e que a falta de esclarecimento quanto a quais bens terão que ser removidos pelo futuro Arrendatário não permite o julgamento objetivo das propostas, nos termos da Lei nº 8.666/93.

Conforme prevê o Contrato – Parte geral, em seu item 5.2, a Arrendatária receberá as áreas, infraestruturas e instalações portuárias, no estado em que se encontram e por sua conta e risco. Conforme também respondido nos esclarecimentos, será de responsabilidade da Arrendatária toda e qualquer intervenção necessária à implantação do projeto na área do arrendamento.

Assim, diferentemente do quanto alegado pelas Impugnantes, o contrato é claro quanto à obrigação da futura Arrendatária assumir a área no estado em que se encontra, por sua conta e risco, significando que qualquer remoção de bens não vinculados à atividade será de responsabilidade da futura arrendatária. Por esse motivo, a impugnação não é procedente neste ponto.

(ii) O ITEM 6.2.4 DO ANEXO 2 – DIRETRIZES TÉCNICAS E PARÂMETROS DO ARRENDAMENTO DO STS36 NÃO TRATA DO POSSÍVEL RISCO DE CONTAMINAÇÃO DO PAPEL/CELULOSE MOVIMENTADO PELA MOVIMENTAÇÃO DE GRANÉIS SÓLIDOS

Alegam as Impugnantes que a ANTAQ deveria mudar a configuração técnica do terminal, de forma a que não ocorra a movimentação de granéis sólidos vegetais enquanto estiver sendo realizada a operação de papel e celulose, pois a movimentação de granéis pode contaminar a carga de celulose e de papel.

Em que pese tratar-se de uma impugnação, as Impugnantes buscam do instrumento da impugnação com objetivo de tentar modificar previsão de obrigações claramente estabelecidas no instrumento convocatório.

Como bem citado pelas Impugnantes, o item 6.2.4 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento possui 5 subitens apenas para tratar da realocação ou reconstrução do sistema de movimentação de granéis sólidos vegetais, obrigação esta inclusive precificada nos estudos de viabilidade aprovados pelo Tribunal de Contas da União.

Por esse motivo, a impugnação não procede também neste ponto.

(iii) O ITEM 6.2.4 DO ANEXO 2 – DIRETRIZES TÉCNICAS E PARÂMETROS DO ARRENDAMENTO DO STS36- SUPERDIMENSIONA OS INVESTIMENTOS NO BERÇO, EXIGINDO INVESTIMENTOS SUPERIORES AO NECESSÁRIO PARA A MOVIMENTAÇÃO MÍNIMA EXIGIDA

A Impugnante apresenta suas razões de inconformidade em relação ao item 6.2.4 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento do STS36, ora transcrito:

“6.2. A Arrendatária deverá realizar os investimentos e desempenhar as Atividades de forma a cumprir os Parâmetros de Dimensionamento e de Operação a seguir indicados.

(...)

6.2.4. Outras obrigações

6.2.4.1. A Arrendatária será responsável pela realocação ou reconstrução do sistema de movimentação de granéis sólidos vegetais, composto por esteiras, torres de transferência e descarregador de navios que passam atualmente pelo Cais do Paquetá.

6.2.4.2. O sistema poderá ser realocado para ou reconstruído em qualquer um dos dois berços a serem construídos pela Arrendatária na faixa de Cais expandida.

6.2.4.3. O sistema deverá conter, no mínimo, a mesma capacidade nominal que possui atualmente.

6.2.4.4. A Arrendatária não gozará de acesso prioritário ao berço em que for instalado o sistema de movimentação de granéis sólidos vegetais, conforme indicado no subitem 6.2.4.2, deste Anexo. 6.2.4.5. As obras de realocação do sistema deverão se dar de forma a causar mínima interrupção das atividades dos respectivos usuários.”

De acordo com o entendimento das Impugnantes, a configuração técnica proposta no Edital para o Arrendamento apresenta capacidade de berços superior à necessária para atender a Movimentação Mínima Exigida.

Adicionalmente, aduzem as Impugnantes que a operação simultânea de navios de granéis sólidos e carga geral provoca interferências que acarretam na redução da produtividade do carregamento dos navios de celulose.

Wit

Por fim, requerem as Impugnantes que seja dado provimento a Impugnação de forma a alterar a configuração técnica da proposta para o STS36, tendo em vista que estabelece capacidade de berço superior à necessária para atender a Movimentação Mínima Exigida.

Após a análise da impugnação por esta Comissão, conclui-se que não assiste razão à Impugnante em relação a esse ponto.

De início, cumpre distinguir os conceitos e função da exigência de investimentos obrigatórios no Arrendamento e da exigência de Movimentação Mínima Exigida.

Os investimentos obrigatórios atribuídos à Arrendatária no Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento foram previstos para assegurar a boa operação do Arrendamento, estando em plena consonância com as diretrizes de estímulo da concorrência e de amplo acesso aos Portos, traçadas no art. 3º da Lei Federal nº 12.815/2013.

De outro lado, a Movimentação Mínima Exigida consiste em instrumento regulatório voltado a assegurar um patamar mínimo de produtividade que deve ser observado pela Arrendatária. Por meio desse instrumento é assegurado que, caso a Arrendatária não atinja patamares mínimos de produtividade deverá pagar Valor de Arrendamento adicional.

Como se nota as obrigações apresentam caráter distinto, sendo que: (i) os investimentos obrigatórios foram previstos de acordo com o planejamento estatal do setor, observando as diretrizes do marco regulatório portuário; (ii) a Movimentação Mínima Exigida constitui instrumento regulatório voltado a estabelecer verdadeiro piso de produtividade exigida para o Arrendamento.

Dessa forma, o planejamento dos investimentos mínimos necessários não é limitado em razão da Movimentação Mínima Exigida, sendo esperado que a infraestrutura prevista seja capaz de maximizar a produtividade do Arrendamento.

Por sua vez, no que tange as previsões relacionadas a implantação de Berços pela Arrendatária, não se vislumbra qualquer ilegalidade. De fato, a implantação de Berços sem acesso prioritário à Arrendatária viabiliza o aumento da disponibilidade do berço 12-A, atualmente compartilhado por diversos operadores, estando em plena consonância com as diretrizes de estímulo da concorrência e de amplo acesso aos Portos, traçadas no art. 3º da Lei Federal nº 12.815/2013, razão pela qual não se vislumbra qualquer vício na escolha adotada pela Administração Pública.

Ademais, seja em alegação de superdimensionamento dos investimentos, seja em relação a alegação de que a operação simultânea de navios de granéis sólidos e carga geral provoca redução da produtividade do Arrendamento, verifica-se que não foram apresentados fundamentos e dados técnicos suficientes para subsidiar as alegações da Impugnante.

De fato, para sustentar suas alegações, não foram apresentados quaisquer estudos, estimativas ou dados técnicos concretos que pudessem infirmar as obrigações de investimentos previstas nos contratos de arrendamentos.

A seu turno, para a definição dos investimentos obrigatórios de cada Arrendamento foi definida com base nos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental, sendo tal estudo amplamente discutido junto aos agentes envolvidos com a prestação de serviços portuários e devidamente analisados e aprovados pelo Tribunal de Contas da União.

(iv) O ITEM 6.2.4 DO ANEXO 2 – DIRETRIZES TÉCNICAS E PARÂMETROS DO ARRENDAMENTO DO STS36 AO PREVER QUE O ARRENDATÁRIO DEVERÁ REALOCAR O SISTEMA DE MOVIMENTAÇÃO DE GRANÉIS SÓLIDOS VEGETAIS PARA UM BERÇO EM QUE NÃO TERÁ PRIORIDADE VIOLA O CONTRATO QUE PREVÊ EM CARÁTER EXCEPCIONAL A UTILIZAÇÃO DA ÁREA POR TERCEIROS

Alegam as Impugnantes que o Poder Concedente deveria atribuir à Arrendatária do STS36 uma remuneração adicional pela utilização do berço que ela construir, tendo por fundamento o item 7.1.1, subitem XXVII do Contrato. Alega ainda que a utilização do berço sem remuneração implicaria em hipótese de enriquecimento sem causa, solicitando a nulidade do item 6.2.4.4 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento.

Neste ponto a impugnação também não merece prosperar. Isso porque a obrigação de construção do berço e disponibilização a terceiros está devida e expressamente prevista no Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento. Trata-se de uma obrigação original, inclusive precificada pelos estudos de viabilidade. Neste sentido, não há que se falar em enriquecimento sem causa, pois os investimentos foram considerados para fins de precificação da licitação do STS36.

A hipótese citada no item 7.1.1, subitem XXVII refere-se a situações não previstas no edital, contrato e anexos, que não tenham sido precificadas pelo futuro Arrendatário e pelo Poder Concedente.

(v) A FUTURA ARRENDATÁRIA NÃO PODE SER RESPONSABILIZADA POR PROBLEMAS NA OPERAÇÃO DO SISTEMA DE MOVIMENTAÇÃO DE GRANÉIS SÓLIDOS A SER REALOCADO, CONFORME ITEM 6.2.4.1 DO ANEXO 2 – DIRETRIZES TÉCNICAS E PARÂMETROS DO ARRENDAMENTO DO STS36

Alegam as Impugnantes que a ANTAQ não esclareceu de forma adequada quanto à responsabilidade da futura Arrendatária por eventuais paralisações, acidentes ou prejuízos decorrentes do sistema de movimentação de granéis sólidos, sendo necessária a inclusão de hipótese no item 13.3 prevendo a excludente de responsabilidade.

Quanto a esta alegação, deve ser mencionada a citada cláusula 13, que é subdividida em 3 itens distintos. O item 13.1 trata dos riscos atribuídos integralmente à Arrendatária, o item 13.2 trata de hipóteses que também são consideradas risco da Arrendatária, mas cuja ocorrência não gera penalidades, e o item 13.3 atribui ao Poder Concedente riscos com base em uma lista taxativa.

Assim, conforme esta Comissão manifestou-se quando da resposta aos pedidos de esclarecimentos, não cabe a análise de pedidos de reequilíbrio em tese nesta fase da licitação, sendo que eventuais pedidos de reequilíbrio, desde que devidamente embasados nas hipóteses reguladas pelo contrato, poderão ser avaliadas pelo ANTAQ e pelo Poder Concedente, quando de sua ocorrência.

Inclusive na hipótese mencionada pelas Impugnantes, caberá uma análise quanto à responsabilidade por eventuais paralisações, acidentes ou prejuízos decorrentes do sistema de movimentação de granéis sólidos à luz do contrato e respectivos anexos, não sendo necessária qualquer alteração do contrato, tal como solicitado na impugnação.

(vi) O ITEM 2.1 DO ANEXO 04 MINUTA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO NÃO É CLARO QUANTO À NÃO APLICAÇÃO DOS PARÂMETROS DE DESEMPENHO AO ARRENDAMENTO EM QUESTÃO

Alegam as Impugnantes que a previsão do item 2.1 da Minuta do Contrato – Parte Específica é obscura, não tendo sido esclarecido seu significado, uma vez que o Anexo 2 vincularia as proponentes.

Quanto a este item também não merece prosperar a impugnação. Trata-se apenas de um mal entendimento do edital por parte das Impugnantes. Conforme é de conhecimento das Impugnantes, a ANTAQ dividiu as minutas de edital e contrato em parte geral e parte específica, de forma a uniformizar as condições gerais de diversos arrendamentos a serem licitados.

Por isso, há determinadas cláusulas da Minuta do Contrato – Condições gerais que não são aplicáveis a todos os arrendamentos. Na hipótese levantada pelas Impugnantes, o item 2.1 menciona que as cláusulas que tratam de Parâmetros de Desempenho não serão aplicáveis, justamente porque o Anexo 2-Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento não prevê Parâmetros de Desempenho.

Assim sendo, não há qualquer obscuridade no item 2.1 da Minuta do Contrato – Parte Específica, cuja redação está conforme a necessidade do STS36 em plena consonância com o Anexo 2- Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento.

(vii) O ITEM 5.1.1 DO ANEXO 4 (MINUTA DO CONTRATO – PARTE ESPECÍFICA), AO PREVER A GARANTIA DE PROFUNDIDADE DO BERÇO, DA BACIA DE EVOLUÇÃO E DO CANAL DE ACESSO CORRESPONDENTE A 10,5 METROS VAI DE ENCONTRO COM A JUSTIFICATIVA DA LICITAÇÃO DE GERAR EFICIÊNCIA PORTUÁRIA, JÁ QUE OS NAVIOS QUE ATUALMENTE OPERAM NO PORTO DE SANTOS DEMANDAM CALADO MÉDIO DE 12,5 METROS

Alegam as Impugnantes que a previsão do item 5.1.1 da Minuta do Contrato – Parte Específica ao prever a garantia de profundidade do berço, da bacia de evolução e do canal de acesso correspondente a 10,5 metros vai de encontro com a justificativa da licitação de gerar eficiência portuária, já que os navios que atualmente operam no porto de santos demandam calado médio de 12,5 metros.

A motivação para a presente impugnação é o fato de que a Arrendatária não se responsabilizará, segundo os termos editalícios, por prejuízos em função da impossibilidade de tráfego de embarcações que demandem profundidade de berço, da bacia de evolução e do canal de acesso correspondente a 10,5 metros – MLLW, em razão da redução dessa profundidade ao longo do prazo de vigência do Contrato, afirmando que 80% dos navios que operam no Porto de Santos com celulose são do tipo “Panamax”, tendo calado de 12,5m.

Com isso, as embarcações correriam o risco de ficarem subutilizadas, o que iria de encontro a diretriz de política pública no sentido de ampliar a infraestrutura gerando maior eficiência operacional ao setor.

Sobre este ponto a impugnação não merece prosperar.

O conhecimento prévio de todas as condições operacionais, incluindo a cláusula objeto da presente discussão, permite aos licitantes a correta mensuração de seus riscos, a fim de evitar imprevisibilidades e, com isso, reduzir as chances de imbrólios judiciais entre o Poder Público

WUF

e o futuro Arrendatário, como é costumeiro no setor para os contratos celebrados nas últimas décadas.

É importante destacar que o estabelecimento da cláusula em questão insere-se na esfera de discricionariedade do Poder Público, cabendo aos eventuais interessados a análise quanto à atratividade de concorrer ao negócio.

(viii) A MULTA FIXADA NO ITEM 8.1 DO ANEXO 04 (MINUTA DO CONTRATO – PARTE ESPECÍFICA) É ESTABELECIDADA SEM SE OBSERVAR O DEVIDO PROCESSO LEGAL, A PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE

As Impugnantes apresentam suas razões de inconformidade em relação à cláusula 8.1, do Anexo 4 - Minuta do Contrato de Arrendamento - Parte Específica, referente à área e infraestrutura pública para a movimentação e armazenagem de papel, celulose e carga geral, cuja redação é a seguinte:

“Sem prejuízo das disposições das Condições Gerais do Contrato e da regulamentação específica sobre a aplicação de multas e demais penalidades, a Arrendatária sujeitar-se-á à aplicação das multas específicas indicadas abaixo:

	<i>Descrição da conduta faltosa</i>	<i>Critério de aplicação</i>	<i>Valor da multa</i>
1	<i>Não encaminhar à ANTAQ no prazo contratualmente estabelecido qualquer um dos Relatórios do Arrendamento, consistentes no Relatório Operacional, Relatório de Atendimento ao Usuário e Relatório Contábil e Financeiro</i>	<i>Por infração</i>	<i>R\$ 907.200,00 (novecentos e sete mil e duzentos reais)</i>

O inconformismo da Impugnante se funda em seu entendimento de que o esclarecimento prestado por esta Comissão Especial de Licitação por meio da Ata de Esclarecimentos aos Editais dos Leilões n.º 1, 2 e 3/2015-ANTAQ, demonstraria o afastamento dos princípios do devido processo legal, da proporcionalidade e razoabilidade.

Entretanto, o entendimento das Impugnantes é equivocado e suas alegações desprovidas de qualquer fundamento legal ou contratual.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a Minuta do Contrato em tela, prevê expressamente na cláusula 20.8 das Condições Gerais que *“o processo administrativo de aplicação de penalidades observará o disposto na legislação e regulamentação vigentes”*.

Isso significa, portanto, que eventuais aplicações de penalidades observarão os procedimentos previstos na Resolução n.º 3.259-ANTAQ, que aprova a norma que dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador em matéria de competência da ANTAQ.

Ou seja, equivocam-se as Impugnantes ao afirmar que a cláusula 8.1 não observa o princípio do devido processo legal, vez que a cláusula ora impugnada será aplicada em observância à 20.8 das Condições Gerais e ao procedimento sancionador previsto na Resolução n.º 3.259-ANTAQ, por meio do qual é garantido aos entes regulados, dentre os quais o futuro arrendatário, o devido processo legal, bem como o contraditório e ampla defesa.

Igualmente desprovido de fundamento o argumento de que a penalidade seria desprovida de proporcionalidade ou razoabilidade.

lv17



Isso porque trata-se de penalidade imposta em função do não encaminhamento à ANTAQ de relatórios que auxiliam e norteiam a fiscalização da Agência em relação à atuação do arrendatário no contrato em tela, sem os quais o ente não poderia exercer a fiscalização da maneira eficaz e célere, para os quais os relatórios foram criados. Essa conduta, se existente, pode gerar, portanto, severos prejuízos à ANTAQ e, sobretudo, aos usuários. Daí a extrema relevância dos relatórios e, por conseguinte, da previsão de penalidade contratual.

Isso posto, fica evidenciado que a penalidade contratual tem por finalidade trazer incentivos contratuais suficientes para que o arrendatário apresente os relatórios e, para que, caso não os apresente, seja obrigado a pagar multa compatível.

Vale ainda ressaltar que o valor da multa foi estabelecido com base em racional vinculado ao plano de negócios referencial.

Ademais, igualmente equivocada a interpretação dada pelas Impugnantes ao esclarecimento prestado por esta Comissão Especial de Licitação. Ao mencionar que *“não haverá dosimetria no cálculo uma vez que se trata de penalidade contratual e não regulatória”*, esta Comissão pretendeu esclarecer que a multa contratual suscitada no esclarecimento e ora impugnada não seria aplicável a dosimetria prevista na Resolução n.º 3.259-ANTAQ, exclusiva para penalidades regulatórias não previstas expressamente em contrato. Isso não significa, entretanto, que para a valoração da penalidade contratual não foi considerada dosimetria específica.

Conforme acima explicitado e detalhado, a multa em questão foi calculada com base na gravidade do ato e por infração cometida, não havendo que se falar em ausência de dosimetria, nem tampouco de ausência de razoabilidade ou proporcionalidade.

Não há, portanto, qualquer ilegalidade na cláusula contratual impugnada, cuja razoabilidade e proporcionalidade, bem como a observância do devido processo legal em sua aplicação, estão amplamente demonstrados em todo o processo administrativo que instruiu a publicação do Edital.

Pelas razões acima expostas, não assiste razão à Impugnação quanto ao aludido item.

3. Conclusão

Diante do acima exposto, esta Comissão Especial de Licitação conhece do pedido de impugnação e decide por sua improcedência, pelos motivos acima expostos.

LUIZ OSMAR SCARDELLI JUNIOR
Presidente da Comissão Especial de Licitação



Processo Administrativo nº 50300.002129/2015-31

Impugnante: FIBRIA CELULOSE S/A e TOJAL RENAULT ADVOGADOS ASSOCIADOS

Licitação: Leilão nº 03/2015

Objeto: Arrendamento de áreas e infraestruturas públicas para movimentação e armazenamento de papel, celulose e carga geral, localizados dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominadas STS07 e STS36.

Assunto: Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação.

1. Impugnação

Trata-se de impugnação apresentada por FIBRIA CELULOSE S/A e TOJAL RENAULT ADVOGADOS ASSOCIADOS, tendo por objeto o Edital 03/2015. A impugnação é conhecida por ter sido apresentada tempestivamente e em observância aos requisitos do edital.

A peticionária insurge-se contra os itens a seguir, alegando, em suma, o seguinte:

- (i) O item 5.1.4 da Minuta do Contrato de Arrendamento – Parte Específica prevê que a área 2 deverá ser disponibilizada em até 36 meses, contrariando os esclarecimentos prestados;
- (ii) O item 2.1.1 do Contrato – Parte Específica (STS07) ao prever indefinidamente que a Arrendatária deverá permitir a utilização por quaisquer terceiros da linha férrea até a efetiva conclusão das obras de deslocamento da linha férrea viola o princípio de que os licitantes devem ter pleno acesso a todas as informações;
- (iii) O item 2.1 do Anexo 04 Minuta do Contrato de Arrendamento não é claro quanto à não aplicação dos Parâmetros de Desempenho ao Arrendamento em questão;
- (iv) O item 5.1.1 do Anexo 4 (Minuta do Contrato – Parte Específica), ao prever a garantia de profundidade do berço, da bacia de evolução e do canal de acesso correspondente a 10,5 metros vai de encontro com a justificativa da licitação de gerar eficiência portuária, já que os navios que atualmente operam no Porto de Santos demandam calado médio de 12,5 metros; e
- (v) A multa fixada no item 8.1 do Anexo 04 (Minuta do Contrato – Parte Específica) é estabelecida sem se observar o devido processo legal, a proporcionalidade e a razoabilidade.

2. Mérito

- (i) O ITEM 5.1.4 DA MINUTA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO – PARTE ESPECÍFICA PREVÊ QUE A ÁREA 2 DEVERÁ SER DISPONIBILIZADA EM ATÉ 36 MESES, CONTRARIANDO OS ESCLARECIMENTOS PRESTADOS

Luiz



Alegam as Impugnantes que, segundo os estudos de engenharia disponibilizados, a Área 2 somente seria disponibilizada quando da conclusão das obras de realocação da linha férrea, sendo que tal entrega deveria ocorrer em até 36 meses contados da data de assunção, estando os esclarecimentos, portanto, em desconformidade com o edital, por preverem prazos diferentes.

Razão não assiste às Impugnantes, uma vez que esta Comissão prestou os esclarecimentos com base no Edital, Contrato e seus anexos, não havendo qualquer inovação ao quanto previsto nestes documentos. Inicialmente, deve-se esclarecer que os estudos de engenharia são meramente referenciais, conforme inclusive a previsão do item 7.10 das Condições Gerais do Edital.

Conforme o item 3.1 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento a área do STS07 é assim descrita:

“3.1. A área total do Arrendamento, cujo código de identificação é STS07, é de aproximadamente 33.000 m² (trinta e três mil metros quadrados), sendo constituída pela Área 1, com aproximadamente 20.900 m² (vinte mil e novecentos metros quadrados); e pela Área 2, com aproximadamente 12.100 m² (doze mil e cem metros quadrados), nas quais estão e serão implantados os equipamentos e edificações a serem utilizados no desembarque (desembarque, movimentação interna, armazenagem e expedição) e no embarque (recepção, armazenagem, movimentação interna e embarque) de cargas gerais não acondicionadas em contêineres, conforme as regras previstas no Contrato e em seus Anexos. O Apêndice “B” indica referencialmente os contornos das áreas do Arrendamento.”

Conforme pode ser verificado, desde o início o STS07 é constituído pelas Áreas 1 e 2, sendo ambas entregues quando da Data de Assunção. Tanto é assim que o Contrato – Parte Específica, regulamenta como se dará a utilização da linha férrea por terceiros a partir da Data de Assunção até a efetiva conclusão das obras, conforme se verifica do item 2.1.1 abaixo transcrito:

“2.1.1. A Arrendatária deverá permitir, sem qualquer direito a indenização ou compensação, a utilização por quaisquer terceiros da linha férrea que cruza a Área 2, identificada no Apêndice “B”, do Anexo 2 - Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento, até a efetiva conclusão das obras de deslocamento das linhas férreas existentes para área localizada fora dos limites do Arrendamento, a ser realizada pela Administração do Porto.”

Por fim, o Contrato – Parte Específica delimita um tempo máximo pelo qual a Arrendatária deverá operar sem direito a reequilíbrio, mesmo que a limitação da área lhe cause prejuízo, conforme o item 5.1.4:

“5.1.4. Comprovação de prejuízo para a Arrendatária em função do atraso no prazo de conclusão das obras da Perimetral no entorno do Arrendamento, para além do 3º (terceiro) ano contado da Data de Assunção, desde que tal atraso inviabilize a realocação da linha férrea que cruza a Área 2 do Arrendamento até referida data.

W#



Assim, resta demonstrado que os esclarecimentos prestados por esta Comissão estão em total consonância com o quanto previsto nas minutas de edital, contrato e anexos, não havendo qualquer violação ao princípio da vinculação ao edital, sendo improcedente o ponto impugnado.

(ii) O ITEM 2.1.1 DO CONTRATO – PARTE ESPECÍFICA (STS07) AO PREVER INDEFINIDAMENTE QUE A ARRENDATÁRIA DEVERÁ PERMITIR A UTILIZAÇÃO POR QUAISQUER TERCEIROS DA LINHA FÉRREA ATÉ A EFETIVA CONCLUSÃO DAS OBRAS DE DESLOCAMENTO DA LINHA FÉRREA VIOLA O PRINCÍPIO DE QUE OS LICITANTES DEVEM TER PLENO ACESSO A TODAS AS INFORMAÇÕES

Com relação a este item, as Impugnantes alegam que a Arrendatária não poderá ficar indefinidamente aguardando a conclusão das obras de deslocamento da linha férrea sem ter conhecimento mínimo do Regramento de Trânsito de Trens, de forma a poder avaliar os impactos que a movimentação terá no seu cronograma de execução das obras. Alegam ainda que a Comissão não prestou os esclarecimentos necessários, pois a avaliação quanto à movimentação de trens não pode ser definida em visita técnica.

Novamente não assiste razão às Impugnantes. Conforme amplamente tratado no item anterior, há todo um regramento contratual relacionado à Área 2, bem como ao período de tempo no qual a Arrendatária será obrigada a conviver com a linha férrea, até que ocorra a efetiva conclusão das obras da Perimetral no entorno do Arrendamento.

Assim, deverão as Impugnantes considerar tal fato quando da elaboração de suas propostas, bem como, nos termos do item 8.1.1 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento, realizar todos os estudos necessários considerando que a Área 2 continuará sendo utilizada por terceiros, sem qualquer ônus, até a efetiva conclusão das obras de deslocamento das linhas férreas existentes para área localizada fora dos limites do Arrendamento, a ser realizada pela Administração do Porto.

(iii) O ITEM 2.1 DO ANEXO 04 MINUTA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO NÃO É CLARO QUANTO À NÃO APLICAÇÃO DOS PARÂMETROS DE DESEMPENHO AO ARRENDAMENTO EM QUESTÃO

Alegam as Impugnantes que a previsão do item 2.1 da Minuta do Contrato – Parte Específica é obscura, não tendo sido esclarecido seu significado, uma vez que o Anexo 2 vincularia as proponentes.

Quanto a este item, também não merece prosperar a impugnação. Trata-se apenas de um mal entendimento do edital por parte das Impugnantes. Conforme é de conhecimento das Impugnantes, a ANTAQ dividiu as minutas de edital e contrato em parte geral e parte específica, de forma a uniformizar as condições gerais de diversos arrendamentos a serem licitados.

Por isso, há determinadas cláusulas da Minuta do Contrato – Condições gerais que não são aplicáveis a todos os arrendamentos. Na hipótese levantada pelas Impugnantes, o item 2.1 menciona que as cláusulas que tratam de Parâmetros de Desempenho não serão aplicáveis, justamente porque o Anexo 2 - Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento não prevê Parâmetros de Desempenho.

WR



Assim sendo, não há qualquer obscuridade no item 2.1 da Minuta do Contrato – Parte Específica, cuja redação está conforme a necessidade do STS36 em plena consonância com o Anexo 2 - Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento.

(iv) O ITEM 5.1.1 DO ANEXO 4 (MINUTA DO CONTRATO – PARTE ESPECÍFICA), AO PREVER A GARANTIA DE PROFUNDIDADE DO BERÇO, DA BACIA DE EVOLUÇÃO E DO CANAL DE ACESSO CORRESPONDENTE A 10,5 METROS VAI DE ENCONTRO COM A JUSTIFICATIVA DA LICITAÇÃO DE GERAR EFICIÊNCIA PORTUÁRIA, JÁ QUE OS NAVIOS QUE ATUALMENTE OPERAM NO PORTO DE SANTOS DEMANDAM CALADO MÉDIO DE 12,5 METROS

Alegam as Impugnantes que a previsão do item 5.1.1 da Minuta do Contrato – Parte Específica ao prever a garantia de profundidade do berço, da bacia de evolução e do canal de acesso correspondente a 10,5 metros vai de encontro com a justificativa da licitação de gerar eficiência portuária, já que os navios que atualmente operam no porto de santos demandam calado médio de 12,5 metros.

A motivação para a presente impugnação é o fato de que a Arrendatária não se responsabilizará, segundo os termos editalícios, por prejuízos em função da impossibilidade de tráfego de embarcações que demandem profundidade de berço, da bacia de evolução e do canal de acesso correspondente a 10,5 metros – MLLW, em razão da redução dessa profundidade ao longo do prazo de vigência do Contrato, afirmando que 80% dos navios que operam no Porto de Santos com celulose são do tipo “Panamax”, tendo calado de 12,5m.

Com isso, as embarcações correriam o risco de ficarem subutilizadas, o que iria de encontro a diretriz de política pública no sentido de ampliar a infraestrutura gerando maior eficiência operacional ao setor.

Sobre este ponto a impugnação não merece prosperar.

O conhecimento prévio de todas as condições operacionais, incluindo a cláusula objeto da presente discussão, permite aos licitantes a correta mensuração de seus riscos, a fim de evitar imprevisibilidades e, com isso, reduzir as chances de imbrólios judiciais entre o Poder Público e o futuro Arrendatário, como é costumeiro no setor para os contratos celebrados nas últimas décadas.

É importante destacar que o estabelecimento da cláusula em questão insere-se na esfera de discricionariedade do Poder Público, cabendo aos eventuais interessados a análise quanto à atratividade de concorrer ao negócio.

(v) A MULTA FIXADA NO ITEM 8.1 DO ANEXO 04 (MINUTA DO CONTRATO – PARTE ESPECÍFICA) É ESTABELECIDADA SEM SE OBSERVAR O DEVIDO PROCESSO LEGAL, A PROPORCIONALIDADE E A RAZOABILIDADE

As Impugnantes apresentam suas razões de inconformidade em relação à cláusula 8.1, do Anexo 4 - Minuta do Contrato de Arrendamento - Parte Específica, referente à área e infraestrutura pública para a movimentação e armazenagem de papel, celulose e carga geral, cuja redação é a seguinte:

“Sem prejuízo das disposições das Condições Gerais do Contrato e da regulamentação específica sobre a aplicação de multas e demais penalidades, a Arrendatária sujeitar-

lit



se-á à aplicação das multas específicas indicadas abaixo:

	<i>Descrição da conduta faltosa</i>	<i>Critério de aplicação</i>	<i>Valor da multa</i>
1	<i>Não encaminhar à ANTAQ no prazo contratualmente estabelecido qualquer um dos Relatórios do Arrendamento, consistentes no Relatório Operacional, Relatório de Atendimento ao Usuário e Relatório Contábil e Financeiro</i>	<i>Por infração</i>	<i>R\$ 907.200,00 (novecentos e sete mil e duzentos reais)</i>

O inconformismo da Impugnante se funda em seu entendimento de que o esclarecimento prestado por esta Comissão Especial de Licitação por meio da Ata de Esclarecimentos aos Editais dos Leilões n.º 1, 2 e 3/2015-ANTAQ, demonstraria o afastamento dos princípios do devido processo legal, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Entretanto, o entendimento das Impugnantes é equivocado e suas alegações desprovidas de qualquer fundamento legal ou contratual.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a Minuta do Contrato em tela prevê expressamente na cláusula 20.8 das Condições Gerais que “o processo administrativo de aplicação de penalidades observará o disposto na legislação e regulamentação vigentes”.

Isso significa, portanto, que eventuais aplicações de penalidades observarão os procedimentos previstos na Resolução n.º 3.259-ANTAQ, que aprova a norma que dispõe sobre a fiscalização e o procedimento sancionador em matéria de competência da ANTAQ.

Ou seja, equivocam-se as Impugnantes ao afirmar que a cláusula 8.1 não observa o princípio do devido processo legal, vez que a cláusula ora impugnada será aplicada em observância ao item 20.8 das Condições Gerais e ao procedimento sancionador previsto na Resolução n.º 3.259-ANTAQ, por meio do qual é garantido aos entes regulados, dentre os quais o futuro arrendatário, o devido processo legal, bem como o contraditório e a ampla defesa.

Igualmente desprovido de fundamento o argumento de que a penalidade seria desprovida de proporcionalidade ou de razoabilidade.

Isso porque trata-se de penalidade imposta em função do não encaminhamento à ANTAQ de relatórios que auxiliam e norteiam a fiscalização da Agência em relação à atuação do arrendatário no contrato em tela, sem os quais o ente não poderia exercer a fiscalização da maneira eficaz e célere, para os quais os relatórios foram criados. Essa conduta, se existente, pode gerar, portanto, severos prejuízos à ANTAQ e, sobretudo, aos usuários. Daí a extrema relevância dos relatórios e, por conseguinte, da previsão de penalidade contratual.

Isso posto, fica evidenciado que a penalidade contratual tem por finalidade trazer incentivos contratuais suficientes para que o arrendatário apresente os relatórios e, para que, caso não os apresente, seja obrigado a pagar multa compatível.

Vale ainda ressaltar que o valor da multa foi estabelecido com base em racional vinculado ao plano de negócios referencial.

10/17



Ademais, igualmente equivocada a interpretação dada pelas Impugnantes ao esclarecimento prestado por esta Comissão Especial de Licitação. Ao mencionar que “*não haverá dosimetria no cálculo uma vez que se trata de penalidade contratual e não regulatória*”, esta Comissão pretendeu esclarecer que a multa contratual suscitada no esclarecimento e ora impugnada não seria aplicável a dosimetria prevista na Resolução n.º 3.259-ANTAQ, exclusiva para penalidades regulatórias não previstas expressamente em contrato. Isso não significa, entretanto, que para a valoração da penalidade contratual não foi considerada dosimetria específica.

Conforme acima explicitado e detalhado, a multa em questão foi calculada com base na gravidade do ato e por infração cometida, não havendo que se falar em ausência de dosimetria, nem tampouco de ausência de razoabilidade ou de proporcionalidade.

Não há, portanto, qualquer ilegalidade na cláusula contratual impugnada, cuja razoabilidade e proporcionalidade, bem como a observância do devido processo legal em sua aplicação, estão amplamente demonstrados em todo o processo administrativo que instruiu a publicação do Edital.

Pelas razões acima expostas, não assiste razão à Impugnação quanto ao aludido item.

3. Conclusão

Diante do acima exposto, esta Comissão Especial de Licitação conhece do pedido de impugnação e decide por sua improcedência, pelos motivos acima expostos.


LUIZ OSMAR SCARDUELLI JUNIOR
Presidente da Comissão Especial de Licitação



Processo Administrativo nº 50300.002128/2015-96

Impugnante: TOJAL RENAULT ADVOGADOS ASSOCIADOS

Licitação: Leilão nº 01/2015

Objeto: Arrendamento de área e infraestrutura pública para movimentação e armazenagem de graneis sólidos e vegetais, localizados dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominada STS04.

Assunto: Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação.

1. Impugnação

Trata-se de impugnação apresentada por TOJAL RENAULT ADVOGADOS ASSOCIADOS, tendo por objeto o Edital 01/2015 (Área STS04). A impugnação é conhecida por ter sido apresentada tempestivamente e em observância aos requisitos do edital.

A peticionária insurge-se contra o edital, alegando, que as respostas apresentadas por parte da Comissão Especial de Licitação aos esclarecimentos do Leilão não dão a devida garantia de prioridade de atracação (“prioridade única”) aos interessados no procedimento, o que viria a comprometer a elaboração de suas propostas.

2. Mérito

Primeiramente, mostra-se relevante frisar a diferença dos conceitos de Prioridade e Exclusividade na utilização de berços. Para isso, recorre-se às definições trazidas no Dicionário Michaelis (<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/>).

exclusivo

ex.clu.si.vo

adj (excluso+ivo) 1 Que exclui; que tem força ou direito para excluir. **2**Incompatível com outra coisa. **3** Especial, privativo, restrito. **sm** Direito de não ter concorrentes numa indústria ou numa empresa.

prioridade

pri.o.ri.da.de

sf (lat med prioritare) 1 Qualidade ou estado de primeiro; antecedência no tempo. **2** Precedência no tempo ou no lugar; primazia, preferência. **3** Direito de falar primeiro ou de ser atendido em primeiro lugar. **4** Preferência de fabricação, fornecimento, transporte etc. decretada para produtos ou materiais escassos em tempos de emergência. **5 Inform** Importância de um dispositivo ou rotina de **software**, num sistema de computador.

604



Não há que se falar em "prioridade única", como mencionado da impugnação ora em análise, uma vez que este conceito se confunde com exclusividade, que claramente não é a regra estabelecida no edital.

Além disso, mostra-se cabível apresentar manifestação da CODESP sobre as regras de atracação no Berço 38 do Porto de Santos, na região da Ponta da Praia:

REGRAMENTO PARA A ENTRADA E PERMANÊNCIA DE NAVIOS OPERACIONAIS NO CORREDOR DE EXPORTAÇÃO

1. *O atual Corredor de Exportação é composto pelo alinhamento dos Armazéns 38, XL e XLII, além do Armazém XXXIX (Caramuru/Terminal XXXIX) detentor do Contrato de Arrendamento nº 01/97, cuja esteira de expedição é interligada ao sistema de esteiras de embarque dos armazéns alinhados, objeto do leilão do STS04, direcionados ao embarque de granéis sólidos de origem vegetal no cais do Armazém 38.*

2. *A atracação de navios destinados ao cais do Armazém 38 obedece primeiramente aos preceitos da Resolução nº 176/79 de 16 de Outubro de 1979, da extinta Portobras (em vigor), cujo §3º define que "será concedida prioridade "B" para atracação, navio que tenha a movimentar exclusivamente mercadorias para as quais o Porto possua cais preferencial", e seu §6º, item a) define CAIS PREFERENCIAL como "...o provido de aparelhagem especial para movimentar determinadas mercadorias, o servido por instalação especial de armazenamento;...", isto satisfeitas as condições descritas no §8º que estabelece a obediência a **ordem cronológica de chegada na barra do Porto de Santos** (data e hora) e, em compatibilidade com o espaço e calado operacional do berço, e no §9º com relação a documentação e prazos estabelecidos pela própria Resolução, quanto ao navio e sua operação.*

3. *Um ACORDO OPERACIONAL PARA ATRACAÇÃO E OPERAÇÃO DE NAVIOS NO BERÇO DO 38 DO CORREDOR DE EXPORTAÇÃO DO PORTO DE SANTOS celebrado em 16 de Abril de 2004 entre a CODESP e as empresas participantes do Corredor de Exportação, estabeleceu regras e disposições específicas para o complexo como um todo, definindo Índices de Carga Armazenada em função do Volume Total de Embarque para a garantia de atracação do navio, satisfeitas as condições acima descritas, e Pranchas Médias Mínimas Diárias para cada tipo de mercadoria movimentada no complexo, ressalvadas as condições adversas contidas nos itens a.1) e a.3), que garantem a manutenção do Ritmo Normal de Operação e a produtividade estabelecida para cada navio.*

Do exposto, percebe-se que não há nenhum impedimento que dois ou mais arrendatários tenham semelhante grau de prioridade (Prioridade "B"), respeitando-se, neste caso, as normas de atracação vigentes, tais como o Regulamento de Exploração e Acordos Operacionais existentes.

Essa é, inclusive, uma realidade usual nos berços do Porto de Santos, o que se coaduna com o princípio estabelecido para a utilização de um Berço Público.

Verifica-se também que com vistas a regerar situações potenciais de conflito para atracações no Berço 38, dado que, reitera-se, se trata de um berço público (e continuará o sendo), foi celebrado Acordo Operacional em 2004 entre todos os operadores que se utilizam do berço.

lut



Considerando as condições do edital, ao arrendatário do STS04 incidirá o mesmo regramento para utilização do Berço 38.

Ademais, ressalta-se que o TERMINAL XXXIX DE SANTOS S.A. aguarda a liberação do Berço 37 pela atual arrendatária, conforme já previsto na Cláusula Oitava, parágrafos 2º e 4º do Segundo Termo Aditivo ao Contrato PRES/32.98, de 25 de junho de 1998, celebrado com a Libra Terminais S.A.

Após a citada liberação e reunidas as condições necessárias à operação do berço, o TERMINAL XXXIX deixará de ter a prioridade no Berço 38, passando a detê-la no Berço 37.

Dessa forma, fica garantida a prioridade de atracação para o futuro arrendatário, conforme previsto no Edital.

3. Conclusão

Diante do acima exposto, esta Comissão Especial de Licitação conhece do pedido de impugnação e decide por sua improcedência, pelos motivos acima expostos.

LUIZ OSMAR SCARDUELLI JUNIOR
Presidente da Comissão Especial de Licitação



Processo Administrativo nº 50300.002128/2015-96

Impugnante: TOJAL RENAULT ADVOGADOS ASSOCIADOS

Licitação: Leilão nº 01/2015

Objeto: Arrendamento de área e infraestrutura pública para movimentação e armazenagem de graneis sólidos e vegetais, localizados dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominada STS04.

Assunto: Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação.

1. Impugnação

Trata-se de impugnação apresentada por TOJAL RENAULT ADVOGADOS ASSOCIADOS, tendo por objeto o Edital 01/2015. A impugnação é conhecida por ter sido apresentada tempestivamente e em observância aos requisitos do edital.

A peticionária insurge-se contra o Edital em referência, alegando, em suma, que há ilegalidade nos itens 11.1.1 e 19.1, das Condições Gerais do Edital do Leilão, ao exigir, na fase de habilitação jurídica, a constituição e registro do consórcio.

2. Mérito

Os Itens combatidos, quais sejam, 11.1.1. e 19.1, das Condições Gerais do Edital assim preceituam, *in verbis*:

“11.1.1. Na formação e organização dos Consórcios, as Proponentes deverão observar o disposto nesta seção e na legislação aplicável;”

“19.1. A Proponente deverá apresentar os documentos a seguir listados, tanto no caso de participação isolada quanto em Consórcio, quando houver:

19.1.1. Estatuto ou Contrato Social, acompanhado de prova dos administradores em exercício, devidamente registrados na Junta Comercial ou Cartório de Registro competente;

19.1.2. Certidão expedida pela Junta Comercial ou Cartório de Registro competente, com as informações atualizadas sobre o registro da empresa.

19.1.3. Apresentar estrutura societária, indicando as participações diretas e indiretas em seu capital até o seu último nível, bem como a exibição dos acordos de sócios ou acionistas ou a declaração de sua inexistência, ressalvada a possibilidade de requerer que o acesso a eventual acordo de sócios ou acionistas seja restrito à Comissão Especial de Licitação.

Lucy



19.1.3.1. Para fins do atendimento ao disposto no Item 19.1.3, a Proponente deve considerar todo tipo de participação, inclusive minoritária, superior a 5% (cinco por cento) do capital, votante ou não, inclusive para os Fundos de Investimento.”

Quando em resposta a esclarecimentos solicitados, conforme Ata publicada em data de 26 de novembro do corrente ano, esta Comissão assim esclareceu:

“Está correto o entendimento de que o contrato de Consórcio deverá ser registrado na Junta Comercial do lugar da sua sede. Além disso, deve ser apresentado o Termo de Compromisso de Constituição de Sociedade de Propósito Específico nos termos do Edital e do Modelo 15 do Apêndice 1- Modelos do Edital, não sendo obrigatório o registro deste na Junta Comercial.”

Ora, não cabe qualquer razão à Impugnante no sentido de que se está exigindo, quando da documentação de habilitação, no Edital, documentação exorbitante, em ofensa à legislação federal, posto que, tal como acima restou explicitado, em sede de esclarecimentos, não há obrigatoriedade alguma de a Proponente efetuar o registro do Termo de Compromisso de Constituição de Consórcio na Junta Comercial.

Realizando simples leitura do quanto disposto no instrumento convocatório, há exigência de apresentação, no Volume 1, do Termo de Compromisso de Constituição de Sociedade de Propósito Específico, de acordo com o constante nos Itens 11.4 e 15.2.2.4, do Edital - e conforme o Modelo 15, do Apêndice 1 - Modelos do Edital:

“11.4. Além de outros documentos exigidos no Edital, a participação da Proponente em regime de Consórcio fica condicionada à apresentação de compromisso de Constituição de Sociedade de Propósito Específico, subscrito pelos Consorciados, nos termos do Apêndice 1 - Modelos do Edital indicando expressamente cada um dos Arrendamentos em relação aos quais forem apresentadas Propostas.”

“15.2.2.4. compromisso de constituição de Sociedade de Propósito Específico subscrito pelos Consorciados, nos moldes do Apêndice 1 - Modelos do Edital.”

Sendo assim, verifica-se que as disposições editalícias acima se encontram totalmente pertinentes, tal como dispõe a Lei nº 8.666/93, *literis*:

*“Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:
I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados; ”*

Com relação à obrigatoriedade de registro do Contrato de Consórcio na fase de habilitação, esta Comissão entende ter havido, quando da leitura dos esclarecimentos efetuados, uma interpretação extensiva, um equívoco por parte da própria Impugnante nesse sentido.

Luff



Isto porque, tal como bem preceitua a Lei n.º 6.404/76, bem como a Lei de Licitações, respectivamente:

“Art. 279.:

(...)

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.”

“Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.”

Sendo assim, por primeiro, esta Comissão, ao esclarecer que deverá o Contrato de Consórcio ser registrado na Junta Comercial do lugar de sua sede, nada mais está fazendo do que atentando aos próprios ditames legais, conforme acima expressamente previsto.

Outrossim, e diversamente do quanto alegado pela Impugnante, em momento algum, esta Comissão de Licitação vislumbrou e exigiu o registro do Contrato de Consórcio na fase de habilitação. O Edital assim não determina, muito menos os esclarecimentos se encontram nesse sentido, muito pelo contrário, não havendo que se falar em qualquer violação à legislação em vigor.

3. Conclusão

Diante do acima exposto, esta Comissão Especial de Licitação conhece do pedido de impugnação e decide por sua improcedência, pelos motivos acima expostos.

LUIZ OSMAR SCARDELLI JUNIOR
Presidente da Comissão Especial de Licitação



Processo Administrativo nº 50300.002129/2015-31 e 50300.002130/2015-65

Impugnante: FIBRIA CELULOSE S/A e TOJAL RENAULT ADVOGADOS ASSOCIADOS

Licitação: Leilão nº 03/2015

Objeto: Arrendamento de áreas e infraestruturas públicas para movimentação e armazenamento de papel, celulose e carga geral, localizados dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominadas STS07 e STS36.

Assunto: Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação.

1. Impugnação

Trata-se de impugnação apresentada por FIBRIA CELULOSE S/A e TOJAL RENAULT ADVOGADOS ASSOCIADOS, tendo por objeto o Edital 03/2015. A impugnação é conhecida por ter sido apresentada tempestivamente e em observância aos requisitos do edital.

As petionárias insurgem-se contra o edital, alegando, em suma, o seguinte:

- (i) Há ilegalidade nos itens 1.1.1 e 19.1 das Condições Gerais do Edital do Leilão ao exigir a constituição e registro do consórcio antes da adjudicação;
- (ii) Os valores de estiva devem ser expressamente indicados na Tarifa de Movimentação nos itens 4.4.1, 4.5 e 4.7 das minutas do Anexo 4 – Minuta do Contrato de Arrendamento – Parte Específica;
- (iii) O edital não é claro acerca dos valores indicados e respectiva data-base;
- (iv) A Comissão esclareceu que somente serão aceitos documentos emitidos de forma eletrônica se contarem com código de autenticação, sendo que há documentos eletrônicos que não possuem tal código;
- (v) A exigência de proposta com prazo de validade de 1 ano viola o disposto no artigo 64, da Lei 8.666/93;
- (vi) O item 20.7 das Condições Gerais do Edital e 2.1 do Anexo 1 – Das Condições Específicas do Edital exigem de forma excessiva a garantia de proposta para ambos os arrendamentos, o que restringe a competitividade;
- (vii) O item 27.2.1 do Edital prevê que o pagamento dos emolumentos da BM&FBovespa devem ser pagos em até 45 dias e o manual da BM&FBovespa prevê o prazo de 15 dias, havendo conflito entre as disposições;

lwt



- (viii) O item 27.2.1.1 das Condições Gerais do Edital prevê que o contrato firmado entre o Poder Concedente e a BM&FBovespa será divulgado conjuntamente com o edital, o que não ocorreu;
- (ix) O item 27.2.6 das Condições Gerais do Edital prevê que a adjudicatária deverá comprovar que se pré-qualificou como operador portuária ou que contratou operador pré-qualificado em até 45 dias da adjudicação, sendo tal prazo inviável para tanto;
- (x) O item 2.1 da Minuta do Contrato – Parte Geral precisa ser mais claro quanto às condições da área que será recebida;
- (xi) O item 3.1 da Minuta do Contrato – Parte Geral precisa ser mais claro quanto às condições da área que será recebida;
- (xii) O item 7 do Anexo 3 – Minuta do Contrato de Arrendamento – Parte Geral deve prever as obrigações do Poder Concedente, nos termos da legislação;
- (xiii) O item 13 do Anexo 3 – Minuta do Contrato de Arrendamento – Parte Geral é excessiva em relação à alocação de riscos para o futuro arrendatário, o que pode onerar a prestação do serviço; e
- (xiv) Impossibilidade de atribuir ao Arrendatário os riscos relacionados à Caso Fortuito e Força Maior, conforme Item 13.1.13, das Condições Gerais do Edital do Leilão n.º 03/2015.

2. Mérito

(i) HÁ ILEGALIDADE NOS ITENS 1.1.1 E 19.1 DAS CONDIÇÕES GERAIS DO EDITAL DO LEILÃO AO EXIGIR A CONSTITUIÇÃO E REGISTRO DO CONSÓRCIO ANTES DA ADJUDICAÇÃO

Os Itens combatidos, quais sejam, 11.1.1. e 19.1, das Condições Gerais do Edital assim preceituam, *in verbis*:

“11.1.1. Na formação e organização dos Consórcios, as Proponentes deverão observar o disposto nesta seção e na legislação aplicável;”

“19.1. A Proponente deverá apresentar os documentos a seguir listados, tanto no caso de participação isolada quanto em Consórcio, quando houver:

19.1.1. Estatuto ou Contrato Social, acompanhado de prova dos administradores em exercício, devidamente registrados na Junta Comercial ou Cartório de Registro competente;

19.1.2. Certidão expedida pela Junta Comercial ou Cartório de Registro competente, com as informações atualizadas sobre o registro da empresa.

19.1.3. Apresentar estrutura societária, indicando as participações diretas e indiretas em seu capital até o seu último nível, bem como a exibição dos

WT



acordos de sócios ou acionistas ou a declaração de sua inexistência, ressalvada a possibilidade de requerer que o acesso a eventual acordo de sócios ou acionistas seja restrito à Comissão Especial de Licitação.

19.1.3.1. Para fins do atendimento ao disposto no Item 19.1.3, a Proponente deve considerar todo tipo de participação, inclusive minoritária, superior a 5% (cinco por cento) do capital, votante ou não, inclusive para os Fundos de Investimento.”

Quando em resposta a esclarecimentos solicitados, conforme Ata publicada em data de 26 de novembro do corrente ano, esta Comissão assim esclareceu:

“Está correto o entendimento de que o contrato de Consórcio deverá ser registrado na Junta Comercial do lugar da sua sede. Além disso, deve ser apresentado o Termo de Compromisso de Constituição de Sociedade de Propósito Específico nos termos do Edital e do Modelo 15 do Apêndice 1- Modelos do Edital, não sendo obrigatório o registro deste na Junta Comercial.”

Ora, não cabe qualquer razão à Impugnante no sentido de que se está exigindo, quando da documentação de habilitação, no Edital, documentação exorbitante, em ofensa à legislação federal, posto que, tal como acima restou explicitado, em sede de esclarecimentos, não há obrigatoriedade alguma de a Proponente efetuar o registro do Termo de Compromisso de Constituição de Consórcio na Junta Comercial.

Realizando simples leitura do quanto disposto no instrumento convocatório, há exigência de apresentação, no Volume 1, do Termo de Compromisso de Constituição de Sociedade de Propósito Específico, de acordo com o constante nos Itens 11.4 e 15.2.2.4, do Edital - e conforme o Modelo 15, do Apêndice 1 - Modelos do Edital:

“11.4. Além de outros documentos exigidos no Edital, a participação da Proponente em regime de Consórcio fica condicionada à apresentação de compromisso de Constituição de Sociedade de Propósito Específico, subscrito pelos Consorciados, nos termos do Apêndice 1 - Modelos do Edital indicando expressamente cada um dos Arrendamentos em relação aos quais forem apresentadas Propostas.”

“15.2.2.4. compromisso de constituição de Sociedade de Propósito Específico subscrito pelos Consorciados, nos moldes do Apêndice 1 - Modelos do Edital.”

Sendo assim, verifica-se que as disposições editalícias acima se encontram totalmente pertinentes e conformes à legislação federal, *litteris*:

“Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação do compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados; “

wit



Com relação à obrigatoriedade de registro do Contrato de Consórcio na fase de habilitação, esta Comissão entende ter havido, quando da leitura dos esclarecimentos efetuados, uma interpretação extensiva, um equívoco por parte da própria Impugnante nesse sentido.

Isto porque, tal como bem preceitua a Lei n.º 6.404/76, bem como a Lei de Licitações, respectivamente:

“Art. 279.:

(...)

Parágrafo único. O contrato de consórcio e suas alterações serão arquivados no registro do comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada.”

“Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

§ 2º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.”

Sendo assim, por primeiro, esta Comissão, ao esclarecer que deverá o Contrato de Consórcio ser registrado na Junta Comercial do lugar de sua sede, nada mais está fazendo do que atentando aos próprios ditames legais, conforme acima expressamente previsto.

Outrossim, e diversamente do quanto alegado pela Impugnante, em momento algum, esta Comissão de Licitação vislumbrou e exigiu o registro do Contrato de Consórcio na fase de habilitação. O Edital assim não determina, muito menos os esclarecimentos se encontram nesse sentido, muito pelo contrário, não havendo que se falar em qualquer violação à legislação em vigor.

(ii) OS VALORES DE ESTIVA DEVEM SER EXPRESSAMENTE INDICADOS NA TARIFA DE MOVIMENTAÇÃO NOS ITENS 4.4.1, 4.5 E 4.7 DAS MINUTAS DO ANEXO 4 – MINUTA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO – PARTE ESPECÍFICA

Quanto a este item, as Impugnantes alegam que fizeram questionamentos nas duas áreas (STS07 e STS36) quanto às eventuais atividades que estão incluídas na Tarifa de Movimentação de Papel e de Celulose e que tais questionamentos não foram objetivamente respondidos, de forma a esclarecer se a tarifa inclui todas as operações desde a recepção da carga no Terminal, armazenagem até a movimentação e estocagem da carga a bordo do navio, sendo vedada qualquer cobrança adicional. Alega que a resposta da Comissão informando que as atividades estão descritas no item 4.5 do Anexo 4 – Minuta de Contrato – Parte Específica não esclarece o ponto.

W 4



Ocorre que, conforme respondido por esta Comissão na ata de esclarecimentos, o item 4.5 do Anexo 4 – Minuta de Contrato – Parte Específica, possui a regra clara e expressa de quais serviços estão inclusos na Tarifa de Movimentação de Papel e de Celulose, conforme pode ser verificado de sua transcrição literal:

“4.5. A Tarifa de Movimentação de Papel e Celulose tem por finalidade remunerar a realização de atividades de movimentação e armazenagem, pelo período mínimo de 15 (quinze) dias (Período Livre), de celulose e papel. A Tarifa em questão inclui as seguintes subatividades:

4.5.1. Atividades de preparação para início ou término da operação de embarque realizadas pelo operador;

4.5.2. Recepção rodoviária ou ferroviária da carga, conferência de documentos e processamento de informações na entrada e saída do Arrendamento;

4.5.3. Uma pesagem por caminhão ou vagão na saída ou entrada do terminal;

4.5.4. Armazenagem da carga pelo Período Livre;

4.5.5. Movimentação interna da carga realizada por iniciativa do operador ou motivada por Autoridades durante o Período Livre;

4.5.6. Transporte da carga para o costado da embarcação e seu posicionamento para içamento com guindastes de bordo da Embarcação.”

Assim, não cabe à Comissão inovar quanto à regra expressamente prevista no item contratual acima, cujo texto regrará a cobrança da tarifa pela futura Arrendatária, estando clara de sua leitura os serviços inclusos na tarifa e que devem ser considerados pelo licitante.

(iii) O EDITAL NÃO É CLARO ACERCA DOS VALORES INDICADOS E RESPECTIVA DATA-BASE

Alegam as Impugnantes que esta Comissão não esclareceu adequadamente quais valores demandam ou demandarão atualização monetária, ao responder em diversas questões o seguinte: *“Os valores que demandam atualização constam no edital e seus anexos”*. As Impugnantes mencionam que não fica claro como se dará a atualização da tarifa prevista no item 4.4.1 da Minuta do Contrato – Parte Específica, dos valores indicados nos itens 2.1.1, 2.1.2, 4.2, 4.4.1 e 4.4.2 das Condições Específicas do Edital.

Na verdade, verifica-se por parte das Impugnantes uma insistência em solicitar esclarecimentos em fase de impugnação do edital. Conforme respostas prestadas por esta Comissão, de fato, os valores que serão atualizados estão expressamente previstos no edital e seus anexos, bastando, por parte das Impugnantes, uma leitura mais atenta de seu conteúdo.

Assim, quanto ao reajuste, a cláusula 9.3 do Anexo 3 – Minuta do Contrato – Parte Geral é expressa quanto à aplicação de reajuste a todos os valores monetários indicados no Anexo 4 – Minuta do Contrato de Arrendamento – Parte Específica e no Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento, na data de assinatura do Contrato, sendo tais valores referenciados a junho de 2013.

Wit



Da mesma forma, o item 17.3 é expresso ao prever que todos os valores mencionados no Edital e seus anexos estão referenciados a junho de 2013, com exceção do Valor da Outorga, que terá como data base a data para recebimento dos Envelopes.

Quanto ao item 4.2, conforme Ata de Esclarecimento dos Editais dos Leilões, o valor será reajustado pelo IPCA, tendo como data-base outubro/2015.

Por fim, quanto aos itens 4.4.1 e 4.4.2 o licitante deverá pagar os valores exatamente como indicados, sem qualquer reajuste quando do pagamento.

Sendo assim, a impugnação é improcedente neste ponto, uma vez que o edital e seus anexos são claros quanto a eventuais reajustes de valores, conforme exposto.

(iv) A COMISSÃO ESCLARECEU QUE SOMENTE SERÃO ACEITOS DOCUMENTOS EMITIDOS DE FORMA ELETRÔNICA SE CONTAREM COM CÓDIGO DE AUTENTICAÇÃO, SENDO QUE HÁ DOCUMENTOS ELETRÔNICOS QUE NÃO POSSUEM TAL CÓDIGO

A Impugnante insurge-se contra o item 13.1, das Condições Gerais do Edital, alegando que, nos termos da reposta dada pela Comissão Especial de Licitação com relação ao referido item, seriam aceitas apenas e tão somente as certidões nas quais constem a autenticação digital. Contudo, tal entendimento está equivocado.

Não obstante tal dúvida já tenha sido respondida em fase de esclarecimento por esta Comissão de Licitação, cumpre novamente esclarecer que, para fins de habilitação da proponente, serão aceitas as certidões emitidas pelos sítios eletrônicos oficiais, e cuja autenticidade seja demonstrável pelo código de autenticação assentado no próprio documento, se houver.

No caso de certidão obtida por via eletrônica na qual não conste código de autenticação, esta será aceita como se original fosse, desde que expedida pelo sítio eletrônico oficial do órgão competente.

Em conclusão, serão aceitas, como se originais fossem, todas as certidões expedidas por sítios eletrônicos de órgãos competentes.

(v) A EXIGÊNCIA DE PROPOSTA COM PRAZO DE VALIDADE DE 1 ANO VIOLA O DISPOSTO NO ARTIGO 64, DA LEI 8.666/93

A impugnante expõe que o prazo constante no Edital de Licitação para validade da proposta é injustificadamente extenso e vinculará as proponentes pelo prazo de 1 (um) ano com possibilidade de prorrogação. Assim, solicita que seja modificado o prazo contido no item 17.2 das Condições Gerais do Edital, para o prazo legal de 60 (sessenta) dias, nos termos do § 3º, artigo 64, da Lei nº 8.666/93, por ser razoável e proporcional com a finalidade de validade de proposta no presente certame licitatório.

Não guarda razão a impugnante.

Segundo Marçal Justen Filho, a regra constante no art. 64, § 3º da Lei nº. 8.666/93 é supletiva, aplicando-se quando o instrumento convocatório não dispuser em contrário. Como a prazo de

17



validade das propostas é matéria referida preponderantemente ao interesse privado, o instrumento convocatório pode estabelecer regras diversas, quer ampliando, quer reduzindo o prazo previsto no §3º. Aliás, essa orientação acabou sendo consagrada no art. 6º, da Lei nº. 10.520/02 que disciplina o pregão, devendo-se reputar que o dispositivo configura normal geral, que se aplica a todas as hipóteses de licitação, alterando parcialmente a disciplina constante do § 3º do art. 64 da Lei nº. 8.666/93^[1].

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de se manifestar conforme abaixo:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. PRAZO DE VALIDADE DAS PROPOSTAS. LEI 8.666/93, ART. 64, § 3º. NORMA SUPLETIVA.

1. Mandado de segurança impetrado com a finalidade de anular multa imposta em procedimento licitatório realizado pelo TJSP, em virtude da recusa da licitante vencedora em assinar o contrato, sob a alegação de que expirou-se o prazo da proposta em razão de recurso interposto.

2. No que pertine ao prazo de validade das propostas, a Lei 8.666/93 dispõe em seu art. 64 que: "§ 3o Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos."

3. **A regra do § 3º do art. 64 tem caráter supletivo, devendo ser aplicada apenas na hipótese de o instrumento convocatório não dispor de modo diverso.**

4. Hipótese em que o edital previu a suspensão do prazo de validade da proposta pela interposição de recurso administrativo, o que acarretou o recebimento pela licitante da convocação para assinar o termo de contato de forma tempestiva. Assim, vinculada a empresa licitante à proposta ofertada, na forma do disposto no instrumento convocatório, afigura-se legítima a imposição da multa prevista no edital pela recusa da adjudicatária em assinar o contrato.

5. **Deveras, o princípio da vinculação ao edital, que norteia todo o procedimento licitatório, incide tanto para a Administração quanto para os licitantes.**

6. In casu, o edital previa no seu item 6.8: "O prazo de validade da proposta não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias, contados da data de abertura do envelope nº 2, suspendendo-se este prazo na hipótese de interposição de recurso administrativo ou judicial."

7. Em consequência, o Grupo Técnico de Licitações e Contratos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu: "A data apazada para a abertura do envelope nº 2 estava prevista para 31/08/00, iniciando-se a contagem do prazo de validade no primeiro dia útil subsequente, ou seja, 1º/09/00. No dia 28/09/00 publicou-se a interposição de recurso e, via de consequência, suspendendo-se o prazo de validade nesta data. Decidido o recurso e adjudicado os itens às respectivas licitantes em 14/11/00, retoma-se a contagem no dia útil subsequente, começando novamente no dia 16/11/00. Então, do dia 1º/09/00 até o dia 27/09/00, decorreram-se 27 dias e, reiniciando-se a contagem em 16/11/00 até o 60º (sexagésimo) dia de validade da proposta, chegar-se-á no dia 18/12/00".

WIE



8. Nada obstante, em razão do recurso interposto, a impetrante insistiu na expiração do prazo de validade da proposta e admitiu expressamente a hipótese de dar cumprimento à obrigação, desde que houvesse o reajuste do preço, decorrente da variação no período, provocando o desequilíbrio financeiro entre os contratantes e requerendo pesquisa de mercado para apuração dessa alteração, no que foi atendida.

9. Deveras, esse reajuste foi concedido e aceito pelo Tribunal, mas a impetrante, voltando atrás, optou por retomar, pura e simplesmente, a alegação de que o prazo estava superado e, por isso, desobrigada de satisfazer a obrigação.

10. Desta sorte, bem concluiu o aresto recorrido ao assentar que: "Descumprida a obrigação, apesar de atendida a pretensão ao reajuste, assegurado o mínimo de doze por cento proposto pela interessada, outra não poderia ser a decisão administrativa, impondo a multa prevista em lei, no mínimo de vinte por cento, da qual a impetrante recorreu, sem sucesso, de tal sorte que inexistente qualquer vício ou ilegalidade nos atos praticados, impossível afastar a decisão administrativa, respaldada em lei, o que aconselha a denegação da ordem."

11. Recurso ordinário a que se nega provimento.

(STJ. RMS 15378/SP. 2002/0127227-0. Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 22/02/2005, T1 - PRIMEIRA TURMA) Grifei.

(vi) O ITEM 20.7 DAS CONDIÇÕES GERAIS DO EDITAL E 2.1 DO ANEXO 1 – DAS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DO EDITAL EXIGEM DE FORMA EXCESSIVA A GARANTIA DE PROPOSTA PARA AMBOS OS ARRENDAMENTOS, O QUE RESTRINGE A COMPETITIVIDADE

As Impugnantes apresentam suas razões de inconformidade em relação aos itens 20.7 das Condições Gerais do Edital e 2.1 do Anexo 1 – Das Condições Específicas do Edital, ora transcritos:

"20.7. No caso de apresentação de Proposta pelo Arrendamento para mais de um Arrendamento, poderá a Proponente entregar um único "Volume nº 1" (Declarações Preliminares, Documentos de Representação e Garantia de Proposta), bem como um único "Volume nº 3" (Documentos de Habilitação), devendo, entretanto, apresentar um "Volume nº 2" (Proposta pelo Arrendamento) para cada Arrendamento de seu interesse."

"2.1. A Garantia da Proposta deverá ser aportada, para cada um dos Arrendamentos para os quais a Proponente pretenda apresentar Proposta, nos seguintes valores:

2.1.1. Arrendamento de Macuco (STS07): valor de R\$ 15.120.000,00 (quinze milhões, cento e vinte mil reais); e

2.1.2. Arrendamento de Paquetá (STS36): valor de R\$ 15.120.000,00 (quinze milhões, cento e vinte mil reais)."

Luiz



De acordo com os argumentos suscitados pelas Impugnantes, uma vez que o item 1.4 das Condições Específicas do Edital estabelece que cada Proponente somente poderá adjudicar um Arrendamento objeto do Leilão, a exigência de apresentação de Garantia de Proposta para os dois Arrendamentos seria desproporcional e limita a competitividade do certame.

Após a análise da impugnação por esta Comissão, conclui-se que não assiste razão à Impugnante em relação a esse ponto.

Considerando que o Edital prevê que a análise dos documentos de habilitação do proponente vencedor ocorrerá após a abertura da proposta comercial e realização do leilão viva-voz, faz-se necessário que a Administração Pública tome as cautelas necessárias para garantir a lisura do processo licitatório, bem como da integridade das propostas apresentadas, o que é reforçado pela possibilidade de execução da Garantia de Proposta.

A legalidade na instituição da garantia da proposta tem por objetivo resguardar a futura celebração do contrato a ser celebrado, assegurando-se que o Licitante vencedor observe o atendimento de todas as condições objetivas de habilitação, possibilitando a formalização ulterior do contrato sob pena de execução da garantia ofertada e demais cominações.

A necessidade de apresentação de garantia da proposta restringe-se ao(s) arrendamento(s) do qual(is) a proponente pretende apresentar proposta.

Considerando o objetivo da garantia da proposta de assegurar a integridade da proposta apresentada pela Licitante, bem como a impossibilidade de se prever de antemão quais das propostas da Licitante será sagrada vencedora do certame nos casos de apresentação de mais de uma proposta, não se vislumbra qualquer ilegalidade ou desproporcionalidade na fixação do montante da garantia e na sua individualização por Arrendamento.

Igualmente, foi rigorosamente observado o limite de 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação para a fixação da garantia da proposta. Isso porque, o limite foi calculado em relação a cada arrendamento licitado, justamente com o objetivo de permitir aos licitantes que apresentem as garantias correspondentes aos objetos que pretendem apresentar proposta, não se vislumbrando qualquer ilegalidade também sob tal enfoque.

Ademais, não há qualquer restrição a competitividade do certame com a fixação da garantia da proposta, uma vez que as garantias previstas são aquelas estabelecidas pelo artigo 56 da Lei Federal n.º 8.666/93, de fácil acessibilidade no mercado pelas Proponentes.

Por fim, cumpre destacar que semelhante previsão foi igualmente consignada nas concessões aeroportuárias promovidas pela Secretaria de Aviação Civil, não havendo objeção do Tribunal de Contas da União quanto a referido item.

(vii) O ITEM 27.2.1 DO EDITAL PREVÊ QUE O PAGAMENTO DOS EMOLUMENTOS DA BM&FBOVESPA DEVEM SER PAGOS EM ATÉ 45 DIAS E O MANUAL DA BM&FBOVESPA PREVÊ O PRAZO DE 15 DIAS, HAVENDO CONFLITO ENTRE AS DISPOSIÇÕES

- O Item 27.2.1, das Condições Gerais do Edital, assim determina:

W 4



“27.1. As obrigações previstas na presente subseção, mais precisamente no Item 27.2, devem ser cumpridas pela Adjudicatária de cada Arrendamento em até 45 (quarenta e cinco) dias a contar da publicação do ato de homologação e adjudicação, prorrogáveis, justificadamente, a critério do Poder Concedente.

27.2. Caberá à Adjudicatária apresentar ao Poder Concedente os seguintes documentos:

27.2.1. Comprovante de recolhimento da remuneração à BM&FBOVESPA, consoante previsto no Anexo 1 - Condições Específicas do Edital;

27.2.1.1. O valor de que trata o Item acima poderá ser alterado nos termos do contrato firmado entre o Poder Concedente e a BM&FBOVESPA, divulgado conjuntamente com o presente Edital”.

As Impugnantes alegam que referido prazo, qual seja, de 45 (quarenta e cinco) dias para o pagamento dos emolumentos da BM&FBovespa contraria o constante do próprio Manual de procedimento do leilão, divulgado pela BM&FBovespa, que prevê o prazo de 15 (quinze) dias.

Ocorre que não há qualquer conflito entre referidas disposições, muito pelo contrário, ambas precisam ser lidas em conjunto, de modo complementar.

Primeiramente, importa consignar que a determinação do Edital, conforme acima, refere-se ao prazo limite para comprovação do pagamento à BM&Bovespa, por parte da Adjudicatária, qual seja, de 45 (quarenta e cinco) dias, a contar da publicação do ato de homologação e adjudicação.

No entanto, o que determina o Manual é o prazo para a realização do próprio pagamento à BM&Bovespa, qual seja, de 15 (quinze) dias.

Trata-se de obrigações distintas, porém complementares. Sendo assim, o prazo previsto no Manual ora referido em nada contradiz o quanto constante do Item editalício em comento.

Não há que se falar em poder discricionário do Poder Público, no sentido de diminuição de prazo já constante do Edital, tal como está pretendendo alegar a Impugnante. Ora, não houve qualquer restrição, com o advento do Manual em comento, ao prazo limite anteriormente determinado no instrumento convocatório, muito pelo contrário, como acima se verificou.

Importante ressaltar que restou objeto de questionamento, sendo clara e devidamente respondido por esta Comissão, em ata lavrada em data de 26 de novembro do corrente ano, o quanto segue:

Questionamento:

“Considerando que (i.) o Manual de Procedimento do Leilão, divulgado pela BM&FBOVESPA, estabelece que "caso exista conflito entre as disposições deste documento e as do Edital, prevalecerá o disposto no Edital"; (ii.) o capítulo 6 do referido Manual estabelece que o pagamento da BM&FBOVESPA deverá ocorrer "em até 15 dias após a publicação da homologação do resultado do*

lut



Leilão" e (iii.) o item 27.1. das Condições Gerais do Edital estabelece que as obrigações previstas na subseção I (Das Obrigações Prévias à Celebração do contrato) devem ser cumpridas "em até 45 (quarenta e cinco) dias a contar da publicação do ato de homologação e adjudicação" é correto o entendimento que a obrigação prevista no item 27.2.1. das Condições Gerais do Edital deverá ser adimplida no prazo fixado no Item 27.1. do Edital?"

Resposta:

"O pagamento à BM&FBOVESPA ocorrerá em até quinze dias após a publicação da homologação, entretanto o comprovante do pagamento realizado deverá observar o prazo previsto no item 27.1 do Edital."
(Destacamos)

Pela leitura da resposta emanada por esta Comissão, resta patente não haver qualquer conflito entre as disposições acima elencadas. Houve perfeita observância ao Item editalício 27.1., tal como bem observado na Resposta constante da Ata acima mencionada.

Uma vez mais, deve ser realizada leitura de toda a documentação da Licitação em comento, para que haja o correto entendimento de suas disposições. Nesse sentido, quando da leitura do Manual, verifica-se que o prazo para pagamento à BM&FBOVESPA deverá ocorrer em até quinze dias, após a publicação da homologação, sendo que o comprovante de referido pagamento deverá observar o prazo limite de 45 (quarenta) dias.

(viii) O ITEM 27.2.1.1 DAS CONDIÇÕES GERAIS DO EDITAL PREVÊ QUE O CONTRATO FIRMADO ENTRE O PODER CONCEDENTE E A BM&FBOVESPA SERÁ DIVULGADO CONJUNTAMENTE COM O EDITAL, O QUE NÃO OCORREU

A Impugnante propugna que, a despeito do disposto no item 27.2.1.1 das Condições Gerais do Edital do Leilão nº 03/2015, o contrato firmado entre o Poder Concedente e a BM&FBOVESPA não foi divulgado junto com o edital, de sorte que os eventuais interessados não tem conhecimento sobre o valor que deverá ser pago à BM&FBOVESPA, tendo em vista que poderá ser alterado pelo referido contrato.

Em razão disso, solicita a imediata divulgação do contrato firmado com a BM&FBOVESPA, condição necessária à formulação da proposta do arrendamento.

Sobre este tema, cumpre informar que o Aviso de Inexigibilidade de Licitação referente à celebração de contrato com a empresa BM&FBOVESPA S.A. - BOLSA DE VALORES, MERCADOS E FUTUROS, para prestar serviços técnicos especializados de assessoria aos leilões de arrendamentos de instalações portuárias para a exploração de áreas e infraestruturas junto aos portos organizados incluídos no Programa Nacional de Desestatização – PND, foi publicado no Diário Oficial da União, Seção 3, página 2, do dia 23 de outubro de 2015.

Assim sendo, a partir da citada data, o referido instrumento de contrato passou a estar disponível a qualquer interessado, nos termos da Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), por não se tratar de informação sigilosa, nos autos do processo nº 50300.002078/2013-85.

Wit



(ix) O ITEM 27.2.6 DAS CONDIÇÕES GERAIS DO EDITAL PREVÊ QUE A ADJUDICATÁRIA DEVERÁ COMPROVAR QUE SE PRÉ-QUALIFICOU COMO OPERADOR PORTUÁRIO OU QUE CONTRATOU OPERADOR PRÉ-QUALIFICADO EM ATÉ 45 DIAS DA ADJUDICAÇÃO, SENDO TAL PRAZO INVIÁVEL PARA TANTO

A Impugnante propugna que, a despeito do disposto no item 27.2.6 das condições gerais do edital do leilão nº 03/2015, a adjudicatária deverá comprovar que se pré-qualificou como operador portuário ou que contratou operador pré-qualificado em até 45 dias da adjudicação, sendo tal prazo inviável para tanto.

Sobre este tema, cabe informar que não há exiguidade no prazo conferido, como suscitado pelo interessado na impugnação. O que se espera do futuro arrendatário é que seja proativo na apresentação de todos os documentos solicitados para que assim a decisão da autoridade portuária, que deverá ser em até 30 dias, conforme art. 11 da Portaria nº 111/2013, seja dada antes mesmo do término desse prazo, podendo-se, desta forma, ter significativa redução do prazo estabelecido na portaria.

Além disso, não caberá considerar descumprimento contratual em caso de culpa exclusiva da administração portuária.

Insurge-se ainda, quanto à possibilidade de não atendimento pela administração portuária do prazo estabelecido, o que – em tese – poderia causar risco a adjudicatária.

Neste caso, é claro que, em se tratando de culpa exclusiva da Administração portuária, caberá a ela dilatar tal prazo, uma vez que não se pode repassar a terceiros culpa pela qual não tenha dado causa/motivo. Importante frisar, mais uma vez que, sendo o interessado proativo na entrega da documentação solicitada, contribuirá este na redução do prazo ao qual a administração tem, por estabelecimento normativo, para dar sua decisão.

Questiona-se também quanto à ausência de razoabilidade na exigência de qualificação como operador portuário diante da não movimentação de carga no início do prazo contratual. Casos concretos serão analisados em recurso pela SEP/PR, conforme disposto no art. 3º do citado normativo.

Além disso, não haveria razoabilidade por parte da administração portuária se penalizasse um operador que não movimenta carga por um período de 12 meses no caso de o motivo ensejador se ancorar no fato de existirem obras no terminal em consonância com contrato assinado pelo próprio Poder Público.

Sendo assim, estando as obras dentro do cronograma físico estabelecido e apresentado, certamente não ensejarão cancelamento do certificado, justamente por se tratar de motivo alheio ao qual a portaria trata.

Por fim, insurge-se em razão da desnecessária oneração devido a eventual contratação de operador portuário. Neste ponto, ressalta-se não existir obrigatoriedade de contratação de operador portuário e em nenhum momento essa hipótese foi mencionada. Isso é uma faculdade que caberá ao futuro arrendatário.

Wit



(x) O ITEM 2.1 DA MINUTA DO CONTRATO – PARTE GERAL PRECISA SER MAIS CLARO QUANTO ÀS CONDIÇÕES DA ÁREA QUE SERÁ RECEBIDA

As Impugnantes apresentam suas razões de inconformidade em relação ao item 2.1 do Contrato – Parte Geral, ora transcrito:

“2.1 Compõem o Arrendamento objeto deste Contrato as áreas, instalações portuárias e infraestrutura públicas, localizadas dentro do Porto Organizado, conforme previsto no Anexo 2 - Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento.”

De acordo com os argumentos suscitados pelas Impugnantes, não houve elucidação dos esclarecimentos formulados quanto às condições atualmente existentes no Arrendamento STS07.

Aduz adicionalmente que as dúvidas relacionadas as condições das instalações portuárias não puderam ser equacionadas durante as visitas técnicas realizadas, havendo a impossibilidade de adequada formulação de proposta.

Após a análise da impugnação por esta Comissão, conclui-se que não assiste razão às Impugnantes em relação a esse ponto.

De fato, tal como já consignado na ata de esclarecimentos prestados pela Comissão, é responsabilidade de cada Proponente, promover a avaliação do estado atual das instalações portuárias para fins de elaboração de sua proposta.

Tal previsão é igualmente consignada de forma expressa no item 7.10 das Condições Gerais do Edital que prevê:

“7.10. As informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos ou dados disponibilizados no sítio eletrônico da ANTAQ foram realizados e obtidos para fins exclusivos de precificação do Leilão, não possuindo qualquer caráter vinculativo que responsabilize a ANTAQ e/ou o Poder Concedente perante as Proponentes e/ou perante a futura Arrendatária.”

Desta forma, é claro o comando editalício ao estabelecer como responsabilidade exclusiva de cada Proponente a realização de toda e qualquer investigação necessária a elaboração de sua Proposta.

Da mesma sorte, na ata de esclarecimentos também foi consignado pela Comissão que para viabilizar a devida avaliação das condições de cada Arrendamento seria facultada a realização de não uma, mas duas visitas técnicas ao Arrendamento, de sorte que não há que se falar na impossibilidade de avaliação das condições do local.

De fato, caso as Impugnantes não tivessem conseguido obter as informações necessárias para a correta avaliação do estado atual do Arrendamento na primeira visita realizada, deveriam ter diligenciado para realizar os aprofundamentos necessários na segunda visita técnica ao local,

Lu H



não havendo a oposição de qualquer entrave pela Administração Pública para a inspeção dos locais.

(xi) O ITEM 3.1 DA MINUTA DO CONTRATO – PARTE GERAL PRECISA SER MAIS CLARO QUANTO ÀS CONDIÇÕES DA ÁREA QUE SERÁ RECEBIDA

As Impugnantes apresentam suas razões de inconformidade em relação ao item 3.1 do Contrato – Parte Geral, ora transcrito:

“3.1 O Prazo do Arrendamento é aquele previsto na Cláusula 3 do Anexo 4 - Minuta do Contrato de Arrendamento - Parte Específica, sempre contado a partir da Data de Assunção. 3.1.1 Para os fins deste Contrato, considera-se Data da Assunção a data de celebração do Termo de Aceitação Provisória e Permissão de Uso de Ativos, apêndice do Anexo 4 - Minuta do Contrato de Arrendamento - Parte Específica, que deverá ser celebrado pelas Partes em até 30 (trinta) dias, contados da comunicação de não objeção, pelo Poder Concedente, ao Plano Básico de Implantação apresentado pela Arrendatária como condição para a celebração deste Contrato.”

De acordo com os argumentos suscitados pelas Impugnantes, não houve elucidação dos seguintes esclarecimentos formulados quanto as condições atualmente existentes no Arrendamento STS36:

“Tendo em vista que o item 3.1 da Minuta do Contrato de Arrendamento - Parte Geral estabelece que o prazo do Arrendamento contará a partir da Data de Assunção, solicita-se os seguintes esclarecimentos:

a) a área do Arrendamento estará completamente desimpedida de pessoas e bens para o Ingresso da Arrendatária na Data de Assunção?

b) existe licenciamento prévio para o Porto Organizado, o qual inclui esta área? As atividades previstas para o Arrendamento são compatíveis com esta licença?

c) haverá necessidade de licenciamento junto ao IPHAN? Ou este já existe?”

Após a análise da impugnação por esta Comissão, conclui-se que não assiste razão às Impugnantes em relação a esse ponto.

Conforme destacado no item anterior, na ata de esclarecimentos prestados pela Comissão foi expressamente consignado que é responsabilidade de cada Proponente promover a avaliação do estado atual das instalações portuárias para fins de elaboração de sua proposta.

Tal previsão é igualmente consignada de forma expressa no item 7.10 das Condições Gerais do Edital que prevê:

“7.10. As informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos ou dados disponibilizados no sítio eletrônico da ANTAQ foram realizados e obtidos para fins exclusivos de

Luiz



precificação do Leilão, não 16 possuindo qualquer caráter vinculativo que responsabilize a ANTAQ e/ou o Poder Concedente perante as Proponentes e/ou perante a futura Arrendatária.”

Desta forma, é claro o comando editalício ao estabelecer como responsabilidade exclusiva de cada Proponente a realização de toda e qualquer investigação necessária a elaboração de sua Proposta.

Da mesma sorte, na ata de esclarecimentos também foi consignado pela Comissão que para viabilizar a devida avaliação das condições de cada Arrendamento seria facultada a realização de não uma, mas duas visitas técnicas ao Arrendamento, o que permite o pleno conhecimento e avaliação das condições atuais do local.

A seu turno, os questionamentos levantados pela Impugnante foram devidamente esclarecidos pela Comissão na ata de esclarecimentos, que endereçou as dúvidas levantadas pela Impugnante de acordo com as disposições constantes do Contrato.

Em suma, as perguntas das Impugnantes foram:

a) a área do Arrendamento estará completamente desimpedida de pessoas e bens para o Ingresso da Arrendatária na Data de Assunção?

Nesse item, a Comissão expressamente remete a Proponente ao tratamento contratual atribuído nas Cláusulas 13 e 14 do Contrato – Parte Geral. Analisando o Contrato, verifica-se que a cláusula 13.3.4 estabelece:

“13.3 A Arrendatária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados ao Arrendamento, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

(...)

13.3.4 Custos decorrentes do atraso na disponibilização da Área do Arrendamento em que serão desenvolvidas as Atividades objeto deste Contrato, desde que o atraso seja superior a 12 (doze) meses da data prevista para a Data de Assunção e haja comprovação de prejuízo significativo; ficando a Arrendatária, neste caso, isenta das penalidades decorrentes do atraso no cumprimento de suas obrigações.”

Logo, constata-se que eventuais problemas na transferência de áreas aos novos arrendatários possuem tratamento adequado nas condições gerais do edital e nas condições gerais do contrato, com os prazos máximos para sua disponibilização, efeitos contratuais e critérios para realização do reequilíbrio econômico-financeiro bem definidos, restando devidamente esclarecido o questionamento formulado pela Impugnante.

b) existe licenciamento prévio para o Porto Organizado, o qual inclui esta área? As atividades previstas para o Arrendamento são compatíveis com esta licença?

c) haverá necessidade de licenciamento junto ao IPHAN? Ou este já existe?

Unif



Nesses itens, a Comissão expressamente esclareceu que:

“Com relação aos Itens (b) e (c), a obtenção de todas as licenças necessárias à implantação e operação do terminal é de responsabilidade da arrendatária, observados o disposto na Cláusula 12 e na cláusula 13 do Anexo 3 - Minuta do Contrato de Arrendamento - Parte Geral.”

Desta forma, constata-se a efetiva prestação de esclarecimentos a todos os questionamentos formulados pelas ora Impugnantes.

Sobre a existência de comunidade pesqueira na área do STS36, reitera-se que o contrato anteriormente vigente encontra-se rescindido por meio de ato da SEP/PR (Portaria SEP nº 460/2015).

Essa informação se confirma através de recente decisão do Desembargador Federal Presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região pela suspensão da decisão proferida pelo Juízo Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, nos autos da Ação Ordinária 009270- 14.2013.4.01.3400, que preservava os efeitos do “Contrato de Arrendamento DP n. 32/200232/2002, firmado entre a BRASPORTOS e a Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP”, bem como “a anulação da decisão 1576, proferida pela Diretoria Executiva da CODESP, realizada em 24/01/2013, a qual rescindiu o contrato supracitado”.

(xii) O ITEM 7 DO ANEXO 3 – MINUTA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO – PARTE GERAL DEVE PREVER AS OBRIGAÇÕES DO PODER CONCEDENTE, NOS TERMOS DA LEGISLAÇÃO

As Impugnantes se insurgem contra o item 7, das Condições Gerais do Edital do Leilão n.º 03/2015, alegando, em síntese, que não há previsão no Contrato de obrigações para o Poder Concedente, nos termos da Lei Federal n.º 8.987/95 e da Lei Federal n.º 12.815/13. Contudo, tal entendimento está equivocado.

As obrigações do Poder Concedente estão encerradas no Subitem 7.2, do item 7, das Condições Gerais do Edital do Leilão n.º 03/2015, sob a denominação de “Atribuições e Prerrogativas do Poder Concedente e da ANTAQ”.

Neste sentido, tal qual definido no Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa (Rio de Janeiro, Ed. Objetiva, 2001), a significação do vocábulo “atribuições” compreende as “*funções, obrigações, prerrogativas, poderes, direitos de certas autoridades*”.

Ademais, há diversas previsões no Edital, no contrato e nos anexos que tratam de obrigações do Poder Concedente.

Em conclusão, resta evidenciada a existência no item 7, das Condições Gerais do Edital do Leilão n.º 03/2015, das obrigações para o Poder Concedente, nos termos da Lei Federal n.º 8.987/95 e da Lei Federal n.º 12.815/13.

Luiz



(xiii) O ITEM 13 DO ANEXO 3 – MINUTA DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO – PARTE GERAL É EXCESSIVA EM RELAÇÃO À ALOCAÇÃO DE RISCOS PARA O FUTURO ARRENDATÁRIO, O QUE PODE ONERAR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO

As Impugnantes apresentam suas razões de inconformidade em relação à cláusula 13 do Contrato – Parte Geral – que estabelece a repartição de riscos relacionados ao Arrendamento.

De acordo com os argumentos suscitados pelas Impugnantes, a matriz de riscos relacionada ao Arrendamento mostra-se desproporcional, onerando excessivamente a Arrendatária.

Após a análise da impugnação por esta Comissão, conclui-se que não assiste razão às Impugnantes em relação a esse ponto.

De início, cumpre destacar que as Impugnantes não apresentaram o necessário detalhamento e fundamentação sobre quais itens da cláusula que fixa a matriz de risco das partes entendem por inadequado, limitando-se a alegar sua inadequação e desproporcionalidade de maneira genérica, o que, por si, já caracterizaria motivo suficiente para justificar a improcedência desse item da Impugnação.

De outro lado, verifica-se que a cláusula 13 do Contrato Parte Geral já estabelece de forma detalhada a repartição dos riscos relacionados aos arrendamentos, considerando a efetiva capacidade de mensuração, mitigação e resolução de eventos dos riscos relacionados.

Por fim, consta-se que a alocação de risco está adequada com as diretrizes traçadas pelo art. 3º da Lei nº 12.815/2013, promovendo o aumento da competitividade e do desenvolvimento do País, por meio da: expansão, modernização e otimização da infraestrutura e da superestrutura que integram os portos organizados e instalações portuárias; garantia da modicidade e da publicidade das tarifas e preços praticados no setor, da qualidade da atividade prestada e da efetividade dos direitos dos usuários; estímulo à modernização e ao aprimoramento da gestão dos portos organizados e instalações portuárias, à valorização e à qualificação da mão de obra portuária e à eficiência das atividades prestadas; estímulo à concorrência, incentivando a participação do setor privado e assegurando o amplo acesso aos portos organizados, instalações e atividades portuárias.

(xiv) IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIR AO ARRENDATÁRIO OS RISCOS RELACIONADOS À CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR, CONFORME ITEM 13.1.13, DAS CONDIÇÕES GERAIS DO EDITAL DO LEILÃO N.º 03/2015

As Impugnantes insurgem-se contra o item 13.1.13, das Condições Gerais do Edital do Leilão n.º 03/2015, alegando, em síntese a respeito da impossibilidade de se atribuir ao Arrendatário os riscos relacionados a Caso Fortuito e Força Maior. Contudo, tal entendimento está equivocado.

Não obstante tal dúvida já tenha sido respondida em fase de esclarecimento por esta Comissão de Licitação, cumpre novamente esclarecer que somente os riscos relacionados a Caso Fortuito e Força Maior seguráveis no Brasil é que se caracterizam como riscos de responsabilidade do Arrendatário, isto porque em havendo apólice cobrindo tais eventos, resta, portanto, disponível ao Arrendatário um instrumento jurídico hábil para se evitar os efeitos danosos desses eventos.

Luiz



Em outros termos, quando o mercado segurador oferece cobertura que garanta os riscos, independentemente de sua origem – e de serem caracterizados, ou não, como eventos de Caso Fortuito e Força Maior – não se pode dizer que esses riscos se situam no âmbito da imprevisibilidade ou da inevitabilidade, isto porque sua incidência já foi estatisticamente apurada, submetida a cálculos atuariais e colocado sob proteção contratual (por meio de seguro).

Em conclusão, não há como se caracterizar como impossíveis de se atribuir ao Arrendatário os riscos relacionados a Caso Fortuito e Força Maior, quando são esses devidamente segurados no mercado brasileiro, tal qual exigido no item 13.1.13, das Condições Gerais do Edital do Leilão em comento.

3. Conclusão

Diante do acima exposto, esta Comissão Especial de Licitação conhece do pedido de impugnação e decide por sua improcedência, pelos motivos acima expostos.

LUIZ OSMAR SCARDUELLI JUNIOR
Presidente da Comissão Especial de Licitação

Processo Administrativo nº 50300.002130/2015-65

Impugnante: ELDORADO BRASIL CELULOSE S/A

Licitação: Leilão nº 03/2015

Objeto: Arrendamento de áreas e infraestruturas públicas para movimentação e armazenamento de papel, celulose e carga geral, localizados dentro do Porto Organizado de Santos, no Estado de São Paulo, denominadas STS07 e STS36.

Assunto: Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação.

1. Impugnação

Trata-se de impugnação apresentada por ELDORADO BRASIL CELULOSE S/A, tendo por objeto o Edital 03/2015 (Área STS36). A impugnação é conhecida por ter sido apresentada tempestivamente e em observância aos requisitos do edital.

A petionária insurge-se contra o edital, alegando, em suma, o seguinte:

- (i) O edital não exige que o licitante comprove possuir carga própria ou de terceiros para movimentação de papel e celulose na área;
- (ii) Ilegalidade da exigência de que o Arrendatário do STS36 construa estrutura que não beneficiará o Arrendatário, mas apenas outra empresa privada;
- (ii) O edital atribui ao futuro arrendatário o ônus por ações judiciais que desconhece e por passivos ambientais existentes sem que haja direito a reequilíbrio econômico-financeiro;
- (iii) O edital não exige a apresentação de balanço patrimonial ou demonstrações contábeis, conforme art. 31 da Lei 8.666/93;
- (iv) A apresentação do PBI somente após o anúncio do vencedor do leilão não se mostra razoável; e
- (v) O contrato atribui à Arrendatária o risco por situações de caso fortuito e força maior, que são alheias ao controle do licitante, conforme Item 13.1.13, das Condições Gerais do Edital.

2. Mérito

(i) O EDITAL NÃO EXIGE QUE O LICITANTE COMPROVE POSSUIR CARGA PRÓPRIA OU DE TERCEIROS PARA MOVIMENTAÇÃO DE PAPEL E CELULOSE NA ÁREA

A Impugnante alega que o presente edital não tem por objeto papel e celulose, mas sim carga geral, o que contraria a fase de audiência pública, em que a minuta apresentada tratava da carga específica de papel e celulose. Com isso, o Impugnante alega que eventual arrendatário possa apenas movimentar carga geral, pagar as multas e não cumprir com o a movimentação

mínima de papel e celulose, por não haver no edital garantia de movimento de papel e celulose nos índices mínimos estipulados. Alega ainda que o critério de seleção por maior valor de outorga desvirtua o interesse público. Menciona que o edital não possui objeto definido, pois não se delimita a questão da movimentação de papel e celulose, sendo, por isso, nulo o edital. Alega ainda que o fato de se mudar a carga principal do arrendamento estaria contrariando o projeto básico realizado há 3 anos.

Tal entendimento não merece prosperar. De fato, a fase de audiência pública tem por objetivo colher sugestões da sociedade e dos interessados para aprimorar as minutas e estudos existentes sobre determinada área.

Na hipótese específica da área denominada STS36, após a análise por parte do Poder Concedente e da ANTAQ, verificou-se que o objeto adequado para atendimento ao interesse público seria o de movimentação de cargas gerais não acondicionadas em contêineres, conforme o item 3.1 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento.

No entanto, de forma a assegurar o atendimento à demanda verificada de movimentação de carga de celulose e papel, foi prevista uma Movimentação Mínima Exigida de tal carga, conforme item 5.2 do Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento. Em consonância com tal item, o Anexo 4 – Minuta do Contrato – Parte Específica definiu uma Tarifa de Movimentação de Papel e Celulose, bem como estabeleceu seu teto.

Assim, a minuta do edital sofreu as alterações necessárias após a fase de audiência pública de forma a melhor atender ao interesse público, mantendo uma vocação mínima para a movimentação de papel e celulose.

Ademais, conforme a cláusula 25 do Contrato – Parte Geral, o Poder Concedente poderá declarar a rescisão do Contrato por culpa da Arrendatária na hipótese de execução parcial ou total do Contrato, o que inclui eventual hipótese de não atendimento à Movimentação Mínima Exigida, além das penalidades previamente aplicadas.

Portanto, não há qualquer desvirtuamento do objeto contratual ou alteração de premissas. O objeto é a movimentação de cargas gerais não acondicionadas em contêineres, mas com a obrigação de cumprir integralmente com a Movimentação Mínima Exigida de celulose e papel.

Com relação a eventual mudança de projeto básico, tal ponto também não merece prosperar, pois o presente arrendamento é licitado com base em estudos de viabilidade, os quais foram devidamente atualizados e aprovados pelo Tribunal de Contas da União.

Ademais, o critério de seleção com base na outorga atende ao interesse público, pois permite selecionar o Arrendatário que proverá a execução mais eficiente das atividades, sendo tal critério autorizado pelo Decreto nº 8.033/13.

(ii) ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE QUE O ARRENDATÁRIO DO STS36 CONSTRUA ESTRUTURA QUE NÃO BENEFICIARÁ O ARRENDATÁRIO, MAS APENAS OUTRA EMPRESA PRIVADA

Alega a Impugnante que o Anexo 2 – Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento, em seu item 6.2.4 onera a Arrendatária do STS36 ao impor a ela o ônus de custear uma infraestrutura de movimentação de granéis vegetais sólidos que beneficiará outra empresa privada. Alega ainda que o ônus é agravado pelo fato de que um dos berços deverá ser obrigatoriamente prioritário à atividade de outro particular, o que não estava previsto quando da discussão na audiência pública. Alega ainda que o incremento de 31,14% do Capex

inviabiliza qualquer plano de operação e negócios no mercado de papel e celulose. Aduz ainda que não há previsão de reequilíbrio econômico-financeiro por tal fato, bem como que a legislação veda a inclusão de serviços ou obras não previstas no Projeto Executivo. Alega ainda que a operação portuária de granéis sólidos vegetais é poluente e pode contaminar a carga de papel e celulose.

No que tange as previsões relacionadas a implantação de Berços pela Arrendatária, não se vislumbra qualquer ilegalidade. De fato, a implantação de Berços sem acesso prioritário à Arrendatária viabiliza o aumento da disponibilidade do berço 12-A, atualmente compartilhado por diversos operadores, estando em plena consonância com as diretrizes de estímulo da concorrência e de amplo acesso aos Portos, traçadas no art. 3º da Lei Federal nº 12.815/2013, razão pela qual não se vislumbra qualquer vício na escolha adotada pela Administração Pública.

Ademais, seja em alegação de superdimensionamento dos investimentos seja em relação a alegação de que a operação simultânea de navios de granéis sólidos e carga geral provoca riscos de contaminação, verifica-se que não foram apresentados fundamentos e dados técnicos suficientes para subsidiar as alegações da Impugnante. Ademais, caberá à futura Arrendatária tomar as cautelas necessárias para evitar que haja contaminação da carga movimentada.

Ainda que alegue a inviabilidade econômica do arrendamento com o investimento previsto, de fato, para sustentar suas alegações, não foram apresentados quaisquer estudos, estimativas ou dados técnicos concretos que pudessem infirmar as obrigações de investimentos previstas nos contratos de arrendamentos.

A seu turno, a definição dos investimentos obrigatórios de cada Arrendamento foi estipulada com base nos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental, sendo tal estudo amplamente discutido junto aos agentes envolvidos com a prestação de serviços portuários e devidamente analisados e aprovados pelo Tribunal de Contas da União.

Ademais, todos os investimentos obrigatórios e previstos no edital, contrato e anexos foram considerados nos Estudos de Viabilidade, não havendo qualquer razão para reequilíbrio econômico-financeira pelos investimentos realizados na infraestrutura de granéis sólidos vegetais, estrutura esta, repita-se, que beneficiará o Porto de Santos, atendendo plenamente ao interesse público.

Por essas razões não merece prosperar a impugnação neste ponto.

(iii) O EDITAL ATRIBUI AO FUTURO ARRENDATÁRIO O ÔNUS POR AÇÕES JUDICIAIS QUE DESCONHECE E POR PASSIVOS AMBIENTAIS EXISTENTES SEM QUE HAJA DIREITO A REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Alega a Impugnante que não pode ser obrigada a ter conhecimento de ações judiciais cuja origem lhe é alheia, bem como a arcar com passivos ambientais que desconhece.

Inicialmente, deve ser esclarecido que ao Proponente cabe declarar que tem pleno conhecimento das demandas judiciais envolvendo a área STS36, conforme item 1.2 do Anexo 1 – Condições Específicas do Edital, sendo tais ações judiciais públicas. Não se trata de definir ou

não hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, mas apenas uma declaração de conhecimento.

Quanto aos passivos ambientais, a regra quanto à atribuição de responsabilidades está amplamente tratada no item 12 do Anexo 3 – Minuta do Contrato – Parte Geral. Caberá à Arrendatária, nos termos do item 12.1, providenciar a recuperação, remediação e gerenciamento dos passivos ambientais relacionados ao Arrendamento. Tais passivos são aqueles conhecidos, tal como definidos no item 12.2.1. Já os passivos não conhecidos, têm tratamento específico, conforme item 12.3, podendo ser objeto de reequilíbrio do contrato.

Desta forma, o Contrato trata de forma adequada as responsabilidades do futuro Arrendatário, prevendo de forma adequada as hipóteses de reequilíbrio econômico-financeiro, não devendo prosperar os argumentos da Impugnante.

(iv) O EDITAL NÃO EXIGE A APRESENTAÇÃO DE BALANÇO PATRIMONIAL OU DEMONSTRAÇÕES CONTÁBEIS, CONFORME ART. 31 DA LEI Nº 8.666/93

Insurge-se a Impugnante contra o fato de o edital não exigir a documentação para qualificação econômico-financeira dos proponentes, como o balanço patrimonial e as demonstrações contábeis, prevista no art. 31, da Lei Federal nº 8.666/93.

Argumenta a Impugnante que em razão do grande vulto do objeto do arredamento, faz-se necessário estabelecer parâmetros mínimos legais para a qualificação econômico-financeira das proponentes. Contudo, tal entendimento não merece prosperar.

O rol de documentos exigidos nos artigos 30 e 31 da Lei Federal n.º 8.666/93 apenas demarca a limitação máxima que pode ser requerida pelo Poder Público nesse intento. Isso significa dizer que a Administração Pública não pode exigir além do quanto ali previsto, porém, pode exigir menos do que o ali previsto.

O art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988, é claro ao determinar que somente “permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Logo, caberá à própria Administração Pública decidir quais dos documentos previsto no rol dos artigos 30 e 31 são necessários para aferir a capacidade técnica e econômico-financeira do proponente.

Tal discricionariedade concedida à Administração Pública é comentada por FIGUEIREDO:

“Nos arts. 30 e 31, concernentes à qualificação técnica e econômico-financeira, o legislador apenas relacionou os tipos de documentos que podem ser exigidos, deixando ao administrador público a competência discricionária para estabelecer, em cada licitação, quais serão requeridos e quais as características de cada documento a ser apresentado pelos licitantes, conforme a particularidade do objeto a ser licitado e as características do futuro contrato.

Pelo princípio da legalidade, o Administrador Público deve escolher, dentre os documentos relacionados nesses dois artigos, quais são indispensáveis para a garantia do cumprimento das obrigações contratadas, conforme dispõe o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

LM 11

A competência discricionária é um dever-poder: o administrador público não pode se furtar a identificar, em cada licitação, conforme as características do objeto licitado e do futuro contrato, quais seriam as exigências indispensáveis para assegurar a boa execução contratual.”¹

MARÇAL JUSTEN FILHO, observa que o elenco dos artigos 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa para que a Administração Pública exija a comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir o mais do que ali previsto. Mas poderá demandar menos.²

Corroborando com tal entendimento a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), cuja ementa segue transcrita abaixo:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. ALEGATIVA DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 27, III E 31, I, DA LEI 8666/93. NÃO COMETIMENTO. REQUISITO DE COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA CUMPRIDA DE ACORDO COM A EXIGÊNCIA DO EDITAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. A comprovação de qualificação econômico-financeira das empresas licitantes pode ser aferida mediante a apresentação de outros documentos. A Lei de Licitações não obriga a Administração a exigir, especificamente, para o cumprimento do referido requisito, que seja apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis, relativo ao último exercício social previsto na lei de licitações (art. 31, inc. I), para fins de habilitação.

2. “In casu”, a capacidade econômico-financeira foi comprovada por meio da apresentação da Certidão de Registro Cadastral e certidões de falência e concordata pela empresa vencedora do Certame em conformidade com o exigido pelo Edital.

3. Sem amparo jurídico a pretensão da recorrente de ser obrigatória a apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, por expressa previsão legal. Na verdade, não existe obrigação legal a exigir que os concorrentes esgotem todos os incisos do artigo 31, da Lei 8666/93.

4. A impetrante, outrossim, não impugnou as exigências do edital e acatou, sem qualquer protesto, a habilitação de todas as concorrentes.

5. Impossível, pelo efeito da preclusão, insurgir-se após o julgamento das propostas, contra as regras da licitação.

6. Recurso improvido.”³

Portanto, resta claro que não há obrigação legal de se exigir toda a documentação prevista no art. 31, da Lei Federal n.º 8.666/93, tendo a Administração Pública entendido que, no âmbito

¹ FIGUEIREDO, José Domingos Frid. E. Da qualificação técnica no pregão – uma visão constitucional. Juris Síntese IOB, São Paulo, n. 64, mar/abr, 2007. CD-ROM.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 11.ª Edição. São Paulo: Editora Dialética, 2005. P. 306.

³ STJ. REsp n.º 402.711/SP. Rel. Min. José Delgado. Julgado em 11/6/2002.

deste leilão, a garantia de proposta e os demais documentos exigidos no Edital são suficientes para suportar a qualificação dos licitantes, não sendo necessária a exigência de balanço patrimonial.

(v) A APRESENTAÇÃO DO PBI SOMENTE APÓS O ANÚNCIO DO VENCEDOR DO LEILÃO NÃO SE MOSTRA RAZOÁVEL

A Impugnante apresenta suas razões de inconformidade em relação ao item 27.2.7 do Edital, ora transcrito:

“27.2. As obrigações previstas na presente subseção, mais precisamente no Item 27.2, devem ser cumpridas pela Adjudicatária de cada Arrendamento em até 45 (quarenta e cinco) dias a contar da publicação do ato de homologação e adjudicação, prorrogáveis, justificadamente, a critério do Poder Concedente.

(...)

27.2.7. O Projeto Básico de Implantação (PBI) dos investimentos exigidos no Anexo 2 - Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento.”

De acordo com os argumentos suscitados pela Impugnante, não é razoável que a apresentação do Projeto Básico de Implantação (PBI) seja realizada somente após o anúncio do vencedor e passe pelo escrutínio exclusivo do Poder Público.

De acordo com o entendimento da Impugnante, a apresentação do PBI não só viola o direito ao contraditório dos proponentes participantes, como também o próprio interesse público, ao ferir os princípios administrativos da eficiência, economia e celeridade.

Novamente, conclui-se que não assiste razão à Impugnante em relação a esse ponto.

De fato, conforme estabelecido no Contrato Parte Geral e, em especial no Anexo 2 - Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento, o PBI tem por objetivo:

- (i) Informar ao Poder Concedente as etapas e estratégias de implantação das Atividades por parte da Arrendatária;
- (ii) Assegurar que a Arrendatária tem as condições necessárias e planeja implantar as estruturas necessárias para realizar todas as Atividades objeto do Contrato sem gerar interferências desnecessárias no sistema portuário e no entorno do Porto Organizado; e
- (iii) Demonstrar com clareza e precisão que a Arrendatária possui todas as condições necessárias para cumprir todas as Diretrizes Técnicas e Parâmetros do Arrendamento indicadas no Contrato e em seus Anexos.

Como se nota o PBI consiste em um instrumento de planejamento e acompanhamento da execução contratual, não tendo, portanto, qualquer papel no processo de seleção da licitante vencedora do certame.

Desta forma, confunde-se a Impugnante com relação ao objetivo do PBI, o qual repita-se, não está inserido entre o rol de documentos exigidos para fins de qualificação técnica, não sendo tampouco uma Proposta Técnica.

Assim, não há que se falar em qualquer violação ao contraditório e a ampla defesa dos licitantes.

Wx



Por fim, é importante esclarecer que a apresentação do PBI antes da assinatura do Contrato busca assegurar maior eficiência e celeridade no processo de avaliação do planejamento necessário a execução do Contrato, não havendo que se falar em violação a tais princípios.

(vi) O CONTRATO ATRIBUI À ARRENDATÁRIA O RISCO POR SITUAÇÕES DE CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR, QUE SÃO ALHEIAS AO CONTROLE DO LICITANTE, CONFORME ITEM 13.1.13, DAS CONDIÇÕES GERAIS DO EDITAL

A Impugnante insurge-se contra o item 13.1.13, das Condições Gerais do Edital, alegando, em síntese a respeito da impossibilidade de se atribuir ao Arrendatário os riscos relacionados a Caso Fortuito e Força Maior. Contudo, tal entendimento está equivocado.

Não obstante tal dúvida já tenha sido respondida em fase de esclarecimento por esta Comissão de Licitação, cumpre novamente esclarecer que somente os riscos relacionados a Caso Fortuito e Força Maior seguráveis no Brasil é que se caracterizam como riscos de responsabilidade do Arrendatário, isto porque em havendo apólice cobrindo tais eventos, resta, portanto, disponível ao Arrendatário um instrumento jurídico hábil para se evitar os efeitos danosos desses eventos.

Em outros termos, quando o mercado segurador oferece cobertura que garanta os riscos, independentemente de sua origem – e de serem caracterizados, ou não, como eventos de Caso Fortuito e Força Maior – não se pode dizer que esses riscos se situam no âmbito da imprevisibilidade ou da inevitabilidade, isto porque sua incidência já foi estatisticamente apurada, submetida a cálculos atuariais e colocado sob proteção contratual (por meio de seguro).

Em conclusão, não há como se caracterizar como impossíveis de se atribuir ao Arrendatário os riscos relacionados a Caso Fortuito e Força Maior, quando são esses devidamente segurados no mercado brasileiro, tal qual exigido no item 13.1.13, das Condições Gerais do Edital do Leilão em comento.

3. Conclusão

Diante do acima exposto, esta Comissão Especial de Licitação conhece do pedido de impugnação e decide por sua improcedência, pelos motivos acima expostos.

LUIZ OSMAR SCARDUELLI JUNIOR

Presidente da Comissão Especial de Licitação