



Poder Judiciário
JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRO GRAU

MANDADO DE SEGURANÇA (120) Nº 5000246-09.2020.4.03.6104 / 4ª Vara Federal de Santos

IMPETRANTE: VAN OORD SERVICOS DE OPERACOES MARITIMAS LTDA

Advogado do(a) IMPETRANTE: JOEL FERREIRA VAZ FILHO - SP169034

IMPETRADO: CASEMIRO TERCIO DOS REIS LIMA CARVALHO, ADEMIR BENTO JÚNIOR - COORDENADOR DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO, COMPANHIA DOCAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - CODESP

LITISCONSORTE: DTA ENGENHARIA LTDA

Advogado do(a) LITISCONSORTE: MAURICIO GARCIA PALLARES ZOCKUN - SP156594

Advogado do(a) IMPETRADO: RODRIGO OCTAVIO FRANCO MORGERO - SP183631

DECISÃO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por **Van Oord Serviços de Operações Marítimas Ltda.** contra ato praticado pelos **Srs. Diretor-Presidente da Companhia Docas do Estado de São Paulo - CODESP e Pregoeiro responsável pelo Pregão Eletrônico nº 27/2019**, cujo escopo é a contratação de pessoa jurídica para a prestação dos serviços de dragagem de manutenção nos trechos 1, 2, 3 e 4 do canal de acesso, acesso aos berços e berços de atracação do Porto de Santos, por um período de 24 (vinte e quatro) meses.

Acoimou de ilegal o ato que considerou vencedora do certame a empresa DTA Engenharia Ltda., arrazoando que a sua proposta não observou aos termos do Edital de Pregão Eletrônico.

Expõe a liquidez e certeza do direito postulado, asseverando sobre: *i) a indisponibilidade das dragas oferecidas para prestação do serviço; (ii) a proposta vencedora não atender a “produtividade exigida pelo Edital de Licitação – Nítida “conta de chegada”;* *(ii. a – Tempo de efetiva operação de absurdas 24h por dia ou mais; ii. b – Manipulação do fator “in situ” – alteração injustificável do percentual); (iii) violação ao princípio constitucional da isonomia, ante o agendamento de vistoria técnica aos equipamentos da licitante DTA Engenharia pelo Sr. Pregoeiro menos de duas horas antes da diligência, prejudicando a participação dos demais concorrentes.*



Nesses termos, formulou os seguintes pedidos:

- i. *Seja concedida medida liminar inaudita altera pars para determinar às Autoridades Coatoras que suspendam todos os atos e procedimentos relacionados à contratação da DTA ENGENHARIA no âmbito do Pregão Eletrônico nº 27/2019, em especial, mas sem se limitar, ao impedimento de que as mesmas assinem contrato com a DTA ENGENHARIA e/ou emitam Ordem de Serviço, intimando-as, em regime de urgência, para lhe dar imediato cumprimento, sob pena de multa a ser fixada por esse MM. Juízo;*
- ii. *Seja dada ciência do presente mandamus, nos termos do artigo 7º, II da Lei nº 12.016/09, ao órgão de representação judicial da União Federal;*
- iii. *Seja determinada a intimação das Autoridades Coatoras para, se assim entenderem, prestarem informações no decêndio legal, bem como seja oportunizada a manifestação do Ministério Público e da DTA Engenharia;*
- iv. *Ao final, seja julgado procedente o pedido para confirmar a liminar e conceder a segurança, no sentido de se determinar a desclassificação da DTA ENGENHARIA do Pregão Eletrônico nº 27/2019, dando-se prosseguimento ao procedimento licitatório; e*
- v. *Em caráter subsidiário ao pedido (iv) acima, que, ao menos, seja ao final julgado procedente o pedido para confirmar a liminar e conceder a segurança, no sentido de se determinar a anulação do Pregão Eletrônico nº 27/2019, ante a inequívoca violação ao princípio constitucional da isonomia, conforme exposto em capítulo próprio.*

Com a inicial vieram documentos.

Em decisão id 26854492, no âmbito do poder geral de cautela, este juízo determino a suspensão de todos os atos e procedimentos dirigidos à celebração do contrato objeto do Pregão Eletrônico nº 27/2019, inclusive a expedição de ordem de serviço, caso já assinado o contrato.

Notificadas, as autoridades impetradas prestaram suas informações (id's 27454359/27454370), acompanhadas de documentos. Em preliminar arguíram a ilegitimidade do Sr. Pregoeiro e a falta de interesse de agir pela inadequação da via do mandado de segurança, requerendo a extinção do feito sem exame do mérito.

Noticiaram a assinatura do Contrato DIPRE nº 01/2020 em 09/01/2020, não publicado em respeito à decisão id 26854492.

No mérito, negando qualquer ilegalidade ou abuso de poder, defenderam a legalidade do ato impugnado, argumentando que :

- i. DTA Engenharia Ltda. apresentou declaração emitida pela Administração dos Portos de Paranaguá e Antonina no sentido de as dragas “Seine” e “Elbe” estarem disponíveis para mobilização e operação em outros serviços de dragagem em águas jurisdicionais brasileiras, sem prejuízo à avença da Concorrência Pública Internacional nº 02/2018 da APPA, cujo objeto prevê a prestação de serviços de dragagem por 05 anos - ou seja, até 2023;
- ii. após todos os esclarecimentos prestados, a área técnica da companhia verificou que a proposta atendeu o quanto previsto no Edital e no Termo de Referência do Pregão Eletrônico nº 27/2019;
- iii. a impetrante constrói raciocínio pautado em elementos subjetivos e que o Termo de Referência “*não faz menção à necessidade de serem evidenciadas as produtividades mensais*”, tampouco estipula a forma pela qual os proponentes estabelecem a composição de preços unitários (CPU), que são realizados com base na “expertise” de cada um deles;
- iv. “*os cálculos apresentados pela licitante DTA Engenharia evidenciaram o cumprimento do valor mínimo requerido pela produtividade diária no canal de acesso aos berços.*”
- v. foram observadas todas as formalidades legais (RILC e Lei nº 13.303/16, art. 56, § 3º) com relação ao agendamento da diligência.



Instada, a União Federal manifestou desinteresse em compor a lide (id 27526654).

Antes de sua citação, DTA Engenharia Ltda., formulou pedido de reconsideração (id 2791354), indeferido (id 27333465). Ofertou contestação (id 27839014), suscitando, preliminarmente: (i) afronta ao art. 486, §1º, do CPC c/c art. 19 da Lei federal 12.016, em virtude da propositura de demanda idêntica – MS nº 50009123-69.2019.4.03.6104 – extinta sem solução de mérito em plantão judiciário; (ii) inadequação da via eleita.

No mérito, discorreu sobre a disponibilidade das dragas Elbe e Seine, afirmando que “*disponibilizou outras dragas para a execução do contrato travado com a APPA.*” Ressaltou que “o produto da multiplicação entre os fatores ‘tempo de ciclo (h)’ e ‘ciclos/dia’ não supera as 24 horas tal como apontado pela Impetrante.

Reiterou os termos das informações prestadas pelas autoridades quanto ao atendimento à produtividade exigida no edital e observância ao princípio da isonomia.

Do despacho que designou audiência (id 28040316), foram cientificadas as partes e o Ministério Público Federal.

Em caráter de urgência as autoridades impetradas foram intimadas para juntarem aos autos eletrônicos: a) as decisões administrativas que julgaram improcedente o recurso interposto por Van Oord Serviços de Operações Marítimas Ltda. (id 26691700), bem como as análises técnicas e jurídica que as embasaram; b) as contrarrazões ofertadas por DTA Engenharia Ltda. e CHEC DREDGING CO. Ltda.

Em atenção ao determinado, a Companhia Docas do Estado de São Paulo, nos termos da petição id 28990985, anexou os documentos requisitados, dos quais as partes e o I. órgão de representação do *parquet* federal foram cientificados.

Houve amplo debate a respeito dos aspectos jurídicos e técnicos que envolvem o litígio, tendo sido as partes alertadas e esclarecidas sobre a conveniência acerca do reexame da decisão administrativa questionada, admitida pela Impetrante e pela CODESP, negada por sua litisconsorte.

É o resumo do necessário. Decido.

De início, imperioso consignar que em plantão judiciário de recesso forense, **Van Oord Serviços de Operações Marítimas Ltda.**, no dia 19/12/2019 impetrou mandado de segurança similar, com pedido de liminar, contra ato praticado pelos **Srs. Diretor-Presidente da Codesp** e o **Pregoeiro responsável pelo Pregão Eletrônico nº 27/2019**, arrazoando as ilegalidades aqui reproduzidas, exceto violação ao princípio da isonomia pelo agendamento de diligência em curto espaço de tempo e não atendimento à produtividade mínima considerando a velocidade média e duração de ciclos de dragagem.

Em análise perfunctória própria daquela fase e das peculiaridades do momento, o MM. Juiz Federal de plantão que primeiro tomou conhecimento da questão, levando em conta os questionamentos da área técnica da CODESP em relação à proposta apresentada pela licitante DTA Engenharia Ltda. (id 2606185 dos autos MS 5009123-69.2019.4.03.6104; id 26691674 dos presentes autos), cautelarmente, determinou ao primeiro impetrado que se abstinhasse de assinar o contrato objeto do Pregão Eletrônico CODESP nº 27/2019.

No prazo assinalado, sobrevieram informações por meio das quais, dentre outros aspectos em relação à defesa do ato atacado, arguiu-se inadequação da via do mandado de segurança, pois a solução do litígio demandaria dilação probatória.

Ainda em recesso forense, no dia 3/01/2020, a MM. Juíza plantonista que segundo teve conhecimento do processo, acolheu a preliminar, julgando extinta aquela demanda sem exame do mérito.



Distribuídos os autos ao juízo da 4ª Vara Federal quando do retorno do expediente regular, a ora Impetrante, então embargante, insurgiu-se contra a sentença proferida por meio de embargos declaratórios, cuja apreciação restou prejudica ante a desistência e renúncia à interposição de outros recursos. A homologação dos pedidos ocorreu em 09/01/2020, mesma data em que impetrou este novo *writ*.

Nesse contexto, ainda que seja defensável a vedação à repositura de ação idêntica, impõe-se consignar que a nova sistemática processual inaugurada com o advento do CPC/2015 privilegia expressamente **o princípio da primazia no julgamento de mérito**, por força do qual o Judiciário realiza a garantia constitucional do acesso à justiça, garantia que só se cumpre quando o provimento jurisdicional deságua em “decisão de mérito justa e efetiva”.

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva

Também por isso regem o processo **os princípios da instrumentalidade das formas**, de acordo com o qual preconiza-se o máximo aproveitamento dos atos processuais, e o **da economia**.

O novo CPC traz alguns outros exemplos desse princípio infraconstitucional, fundamental para o sistema processual brasileiro (artigos 317 e 488), que trata o processo, conforme ensina CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 5ª edição, São Paulo: Atlas, 2019, p. 7) como “*método de resolução do caso concreto, e não um mecanismo destinado a impedir que o caso concreto seja solucionado. Assim, deve-se privilegiar, sempre, a resolução do mérito da causa. Extinguir o processo sem resolução do mérito (assim como decretar a nulidade de um ato processual ou não conhecer de um recurso) é algo que só pode ser admitido quando se estiver diante de vício que não se consiga sanar, ou por ser por natureza insanável, ou por se ter aberto a oportunidade para que o mesmo fosse sanado e isso não tenha acontecido. Deve haver, então, sempre que possível, a realização de um esforço para que sejam superados os obstáculos e se desenvolva atividade tendente a permitir a resolução do mérito da causa.*”

Sendo assim, a r. decisão que julgou extinto o processo sem resolução do mérito em plantão judiciário de recesso forense, com as devidas vênias, é medida anômala que não contribui, tampouco corrobora a efetividade da tutela jurisdicional.

Ademais, é importante ressaltar: sem que tenha apreciado o mérito em qualquer um de seus aspectos, a r. sentença não fez coisa julgada material, apenas formal, oportunizando a reapreciação da controvérsia, até mesmo por meio de outro mandado de segurança, não obstante as disposições do artigo 468 do CPC cc artigo 19 da Lei nº 12.016.

Analisando por outro ângulo a mesma questão, e ainda à luz dessa moderna concepção doutrinária, a maior ou menor complexidade do tema litigioso não é condição da ação de segurança, pois o que se exige para a adequação do rito sumário é que estejam nos autos elementos suficientes de modo a permitir o deslinde da matéria submetida à apreciação judicial.

Significa dizer que a complexidade das questões jurídicas ou dos fatos não excluem o caminho do remédio heroico, desde que os seus pressupostos materiais possam ser constatados pelo exame da prova oferecida com o pedido, ou de palavras ou omissões de informações da autoridade impetrada.

Ademais, não vejo como escapar do controle judicial (CR, art. 5º, XXXV) por meio do *writ* a alegação de desrespeito a preceitos fundamentais, tal como o é o princípio da igualdade, ao fundamento de violação aos termos do edital/termo de referência relativos a certame licitatório.



In casu, encontra-se suficientemente pré-constituída a prova dos fundamentos de fato que ensejaram a impetração. Apesar de parecerem complexos os fatos, e por mais intrincados e difíceis que se apresentem, a via mandamental não pode servir de obstáculo, por si só, ao conhecimento da segurança a qual se mostra adequada para verificar a liquidez e certeza do direito postulado e solucionar o conflito por meio de decisão de mérito justa e efetiva.

No mais, a objeção confunde-se com o mérito e com ele será examinada.

Quanto a **ilegitimidade do Sr. Pregoeiro**, melhor sorte não socorre a preliminar suscitada. O ato impugnado decorre também de sua atuação enquanto profissional responsável pela condução e julgamento das licitações promovidas sob a modalidade “pregão”.

Dentre as atribuições do pregoeiro e respectiva equipe de apoio (Lei 10520, art. 3º), estão o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

Sem outras preliminares, passo ao exame dos requisitos específicos para o deferimento da liminar postulada, quais sejam, a relevância dos fundamentos da impetração e a ineficácia da medida caso concedida apenas ao final da demanda.

Com efeito. O mandado de segurança está previsto no art. 5º, inciso LXIX da Constituição Federal, e pode ser definido, segundo Carlos Alberto Menezes Direito, como *“uma ação constitucional de rito próprio sumaríssimo, destinada a proteger direito líquido e certo, ameaçado ou violado por ato praticado ilegalmente ou com abuso de poder, concedendo-se a ordem para que o coator cesse imediatamente a ameaça ou violação”*

Trata-se da ação civil de rito especial visando principalmente a invalidação de atos de autoridade ou a supressão de efeitos de omissões administrativas capazes de lesar direito individual, próprio, líquido e certo. O objeto do mandado de segurança sempre será a correção de ato ou omissão de autoridade, desde que ilegal e ofensivo a direito líquido e certo do impetrante.

Conquanto ato de autoridade seja toda manifestação praticada por autoridade do poder público, no exercício de suas funções, equiparam-se a ele as omissões administrativas das quais possa resultar lesão a direito subjetivo da parte e não apenas a interesses gerais da coletividade.

Direito líquido e certo é aquele que não precisa de dilação probatória para ser demonstrado, pois os elementos de plano apresentados ou indicados mostram-se aptos a comprovar a sua existência e o seu limite.

Tecidas essas breves considerações passo à contextualização do litígio.

Trata-se de licitação (empregada por preço global) de extrema relevância para o Porto de Santos (o maior porto da América Latina), e por assim dizer para a economia nacional, sendo indiscutível o interesse público envolvido na seleção da melhor proposta, que resultará na contratação mais vantajosa e segura para a execução do objeto licitado.

Sob a modalidade Pregão Eletrônico (nº 27/2019 (DOU 303/09/2019), com o objetivo de proporcionar a eficácia dos calados operacionais, a CODESP lançou edital cujo escopo é a contratação de pessoa jurídica para a prestação dos serviços de dragagem de manutenção nos trechos 1, 2, 3 e 4 do canal de acesso, acesso aos berços e berços de atracação do Porto de Santos, por um período de 24 (vinte e quatro) meses.

Porque pertinentes ao debate, destaco as seguintes descrições e exigências fixadas no **Termo de Referência** (id 26691667), que além de estabelecer a delimitação do objeto contratual, especifica a metodologia de execução dos serviços de dragagem de manutenção nos trechos indicados:



1. O material a ser dragado e transportado, proveniente das áreas citadas, é constituído de silte, silte argiloso, argila, areia fina e areia média, cuja densidade está compreendida entre 1,20 e 2,23 kg/m³.

1. Os volumes estimados a serem dragados é oriundo de modelagem matemática, considerando ciclos anuais de aporte de sedimentos contínuos. Desta forma, para o período de até 24 meses (2 anos) os volumes estimados para os trechos 1, 2, 3 e 4 do canal de acesso, nos acessos aos berços de atracação dos trechos 2, 3 e 4 e nos berços de atracação do Porto de Santos são: Canal de Acesso e Acesso aos Berços de Atracação 11.896.000m³ - Berços de Atracação 1.304.000 m³

1. Todos os serviços e/ou equipamentos que constam da planilha de preços deverão ser fornecidos pela CONTRATADA, sempre que solicitados pela CONTRATANTE

1. A dragagem de manutenção objeto deste Termo de Referência consiste em dragar os volumes estimados que são depositados e acumulados paulatinamente ao longo do tempo nos trechos 1, 2, 3 e 4 do canal de acesso, acesso aos berços e nos berços de atracação do Porto de Santos. A dragagem nos trechos 1, 2, 3 e 4 do canal de acesso e bacias de evolução deve ser realizada de forma a atingir a cota de - 15,30 m DHN.

1. Os volumes serão pagos em m³ in situ, conforme sua realização, calculados a partir do levantamento hidrográfico final a ser realizado pela CODESP ou empresa por ela designada.

1. A CONTRATADA deverá manter disponíveis pelo menos dois trens de dragagem, um para a dragagem do acesso aquaviário e outro para os berços. Considera-se disponíveis os equipamentos que estejam em serviço ou à disposição, em condições operacionais. Os equipamentos à disposição deverão estar mobilizados no local do empreendimento. A saída de equipamentos para manutenção programada ou não programada deverá ser comunicada e autorizada pela CODESP. Alinhamento prévio entre CONTRATADA e CODESP irão estipular prazo máximo para saída do equipamento, podendo ser solicitada a disponibilização de equipamento similar ou de capacidade superior neste íterim.

1. Os equipamentos deverão ser adequados à realização dos serviços, tais como: Dragas Autotransportadoras de Arrasto – TSHD, também chamadas de dragas Hopper, para as áreas do canal de acesso, e draga estacionária auxiliada por batelões lameiros para as áreas dos berços de atracação, ou ainda, neste último caso, dragas do tipo Backhoe. **A definição dos equipamentos a serem utilizados cabe às empresas licitantes, desde que atenda aos requisitos expostos neste Termo de Referência.** O porte dos equipamentos deverá ser rigorosamente adequado aos locais a serem dragados, às profundidades a serem atingidas, aos volumes estimados, aos prazos e, principalmente, aos trechos retilíneos longos e curtos, cantos de cais, inflexões, retaguarda de píeres, proximidades de dolphins e embarcações atracadas, dentre outros, por exemplo: Corte do Saboó e Valongo, Saboó Ponto1, entrada da Alamoá 4 e do píer de Barcaça na Alamoá.



1. **A proponente deverá comprovar para os berços de atracação uma produtividade mínima in situ de 3.300 m³/dia quando em efetiva operação, e 25.000 m³/dia, também em caso de efetiva operação, para o canal de acesso e acesso aos berços de atracação. Caso a produtividade mínima requerida não esteja sendo cumprida, além de eventual aplicação de penalidades, a CODESP poderá solicitar, às custas da CONTRATADA, a mobilização de um novo equipamento de dragagem, de maneira a atender os valores solicitados.**

1. Caso a produtividade mínima requerida não esteja sendo cumprida, além de eventual aplicação de penalidades, a CODESP poderá solicitar, às custas da CONTRATADA, a mobilização de um novo equipamento de dragagem, de maneira a atender os valores solicitados;

1. A CONTRATADA definirá, por sua conta e risco, a quantidade, a dimensão e as características operacionais dos equipamentos a serem efetivamente empregados, garantindo a manutenção das cotas de dragagem ao fim dos serviços de cada Ordem de Serviço, além das produtividades mínimas requeridas neste Termo de Referência. Para a dragagem do canal de acesso e acesso aos berços a capacidade de cisterna mínima total deve ser de 7.000 m³.

1. A CONTRATADA é responsável pela permanente disponibilização dos equipamentos a serem utilizados nos serviços objeto desta Licitação de forma a garantir condições para dragar nas profundidades previstas.

1. A licitante deverá informar a relação dos equipamentos a serem empregados e os respectivos cálculos de produtividade (ciclos operacionais), respeitando os diferentes locais a dragar nos trechos 1, 2, 3 e 4 do canal de acesso e nos berços de atracação, de forma a dragar os volumes previstos no Item 4, Título I, deste documento. Caso os equipamentos empregados sejam de terceiros, a licitante deverá apresentar **declaração de disponibilidade** dos equipamentos para atendimento ao prazo de vigência do contrato.

1. A CONTRATADA deverá respeitar rigorosamente a velocidade máxima de 9 nós no canal de acesso, conforme determinação da Capitania dos Portos de São Paulo para o Porto de Santos.

1. Os equipamentos de dragagem deverão estar disponíveis para operação 144 horas semanais.

1. As especificações técnicas dos equipamentos empregados nos serviços objeto do presente Termo de Referência deverão ser apresentadas minuciosamente detalhadas nas propostas das licitantes. A CODESP reserva o direito de diligenciar os equipamentos indicados para a realização dos serviços a qualquer momento da contratação, ou ainda, na vigência do contrato.



1. A apresentação das propostas deverá obedecer rigorosamente aos dispositivos e exigências do Edital e deste Termo de Referência;

1. As proponentes devem incluir, de acordo com os serviços objeto do presente Termo de Referência, todos os itens imprescindíveis à realização integral dos serviços, mesmo que tais itens não estejam aqui explicitamente relacionados, os quais devem estar contemplados no valor total apresentado na proposta comercial.

1. O regime de execução dos serviços será empreitada por preços unitários, a serem aplicados às quantidades de serviços efetivamente executados. Nos serviços deverão estar incluídas todas e quaisquer despesas mesmo quando não mencionadas expressamente na composição de preços unitário fornecida pela CONTRATADA.

1. Apenas para fins de julgamento na licitação a ser realizada, as propostas deverão indicar o preço global, que será fornecido pela somatória dos produtos dos preços unitários obtidos das composições de preços pelas respectivas quantidades estimadas de serviços, materiais e equipamentos correspondentes, tudo em conformidade à estrutura da planilha de preços do Item 18, Título I.

1. **É obrigatório o correto preenchimento da Planilha de Serviços, Quantidades e Preços a que se refere o Item 18, Título I, não sendo admitidas quaisquer alterações dos itens e quantitativos ali expressos, sob pena de desclassificação do licitante.**

1. Somente serão aceitas as propostas cujo preço global estiver abaixo dos preços estimados pela CODESP. Os preços unitários deverão estar compatíveis com os praticados no mercado, o que será analisado em contraponto à composição de preços unitários obtida pela CODESP, quando da formação da formação da planilha de preços.

1. Todas as composições de preços unitários, para os itens relacionados na planilha do Item 18, Título I, deverão ser apresentadas de forma pormenorizada e detalhada com a descrição dos quantitativos, preços, materiais, taxas, mão de obra e equipamentos, para cada item, consignando-se os coeficientes e preços de cada elemento constituinte dos serviços e não deverão apresentar vícios ou omissões que resultem em deficiências orçamentárias que venham a indicar a impossibilidade de execução face aos custos correntes de materiais, mão de obra e equipamentos. Tais preços deverão também conter as parcelas de encargos sociais, custos diretos e indiretos, dentre outros fatores.



1. Todos os preços apresentados pela CONTRATADA devem corresponder a serviços prontos, sendo que na sua execução estarão incluídas todas e quaisquer despesas, mesmo quando não mencionadas expressamente.

1. A CONTRATADA deverá apresentar itemização pormenorizada de cada componente das Leis Sociais e do BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) e seus respectivos pesos percentuais.

1. A CONTRATADA declara ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no Contrato e ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta.

1. A CONTRATADA não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no Contrato venham a se materializar.

Pois bem. Colhe-se do exame dos documentos juntados nos autos que as licitantes interessadas em participar do referido pregão eletrônico apresentaram pedidos de esclarecimentos, respondidos pelo i. Pregoeiro; além disso, houve alguns pedidos de impugnação ao edital, julgados improcedentes.

A fase de lances iniciou-se em 29/10/2019, quando verificou-se que o menor preço foi oferecido pela empresa DTA ENGENHARIA LTDA: R\$ 274.700.000,00 (duzentos e setenta e quatro milhões e setecentos mil reais).

O valor estabelecido na licitação era de R\$ 309.028.488,34 (trezentos e nove milhões, vinte e oito mil, quatrocentos e oitenta e oito reais e trinta e quatro centavos), resultando numa diferença da ordem de R\$ 34.328.488,00 (trinta e quatro milhões, trezentos e vinte e oito mil, quatrocentos e oitenta e oito reais e trinta e quatro centavos).

Por essa razão, a proposta comercial foi enviada para análise da **área técnica que, por sua vez, apontou diversas discrepâncias e inconformidades**, conforme consta **do Relatório Técnico** datado de 01/11/2019 (**id 26691674**), a saber:

“Em atenção à Proposta Comercial apresentada pela empresa DTA ENGENHARIA LTDA. em 25/10/2019, que postula, atualmente, como licitante melhor classificada na etapa de lances do Pregão Eletrônico 27/2019, vimos apresentar análise realizada por esta área técnica para subsídio ao Pregoeiro.

Cabe, inicialmente, indicar que a proposta indexada ao processo contempla 129 (cento e vinte e nove páginas), constituída de 1 (uma) página de capa e o restante de conteúdo. O conteúdo está dividido da seguinte maneira:

- *Carta de Apresentação;*
- *Descritivo dos serviços;*
- *Planilha de Preços e Composição de Preços Unitários;*
- *Disponibilidade de Equipamentos;*



• *Termo de Encerramento.*

Em Carta de Apresentação, a licitante indica que a mobilização dos equipamentos de dragagem ocorrerá em até 20 (vinte) dias corridos, contados da data de recebimento da Ordem de Serviço, em consonância ao requerido no Termo de Referência.

No descritivo dos serviços a proponente demonstra o entendimento do escopo contratual, cabendo enfatizar que os levantamentos batimétricos a serem realizados nos berços de atracação serão, preferencialmente, multifeixe Categoria A, Ordem Especial, conforme Item 5, Título I, da página 49 do Termo de Referência. Ainda, a licitante indica que a dragagem dos berços de atracação será realizada pelo conjunto de guindaste com clamshell sobre balsa e batelões autopropelidos. Dado que, na listagem de equipamentos apresentada um dos batelões não apresenta propulsão própria, recomendamos o esclarecimento deste ponto junto à empresa licitante.

Com relação à produtividade e prazos considerados para dragagem do canal de acesso e acesso aos berços, tem-se que a proponente considera 2 (duas) dragas do tipo hopper, com capacidade de cisterna total de 7.117 m³, valor este que atende ao mínimo requerido no Termo de Referência (de 7.000 m³), desde que ambas as dragas trabalhem simultaneamente. Dada a questão da simultaneidade, sugerimos solicitar à licitante que apresente menção explícita da disponibilidade dos equipamentos em simultâneo. Ainda, dadas as dimensões da draga Elbe, questionamos a compatibilidade da mesma aos serviços previstos e seu limite operacional, especialmente no Trecho I do canal de acesso (desabrigado).

Já, com relação ao cálculo de produtividade em si, restam dúvidas:

- *na ponderação adotada para velocidade de navegação;*
- *no tempo médio de cargas e manobras (dado que se tratam de equipamentos distintos (1 tubo de sucção de 800 mm, e 2 tubos de sucção de 900 mm, com a mesma consideração de tempo de carregamento);*
- *no tempo médio de cargas e manobras divergentes entre trechos;*
- *na consideração de horas trabalhadas ao dia, que levaria à produção diária;*
- *na previsão de tráfego com a cisterna cheia até seu limite (com água e sedimentos).*

Restando necessário, portanto, o detalhamento das premissas e parâmetros adotados.

Ainda, quando a licitante apresenta um total de 25,71 dias trabalhados ao mês, entende-se que foram considerados alguns fatores de redução da produtividade. Ocorre que, aplicando o mesmo fator de redução nas horas trabalhadas ao dia, a produção diária decai, indicando que o conjunto de dragas não atenderia a produtividade mínima diária requerida em instrumento convocatório para os trechos 3 e 4, conforme apresenta-se na tabela a seguir.

TRECHO	PRODUÇÃO MENSAL CALCULADA PELA PROPONENTE	PRODUÇÃO DIÁRIA EFETIVA
Draga 1		



1	616.879,85 m ³ /mês	20.280,98 m ³ /dia
2	484.401,04 m ³ /mês	15.925,51 m ³ /dia
3	418.251,65 m ³ /mês	13.750,74 m ³ /dia
4	397.357,70 m ³ /mês	13.063,82 m ³ /dia
Draga 2		
1	380.643,36 m ³ /mês	12.514,30 m ³ /dia
2	297.931,03 m ³ /mês	9.794,99 m ³ /dia
3	258.637,74 m ³ /mês	8.503,16 m ³ /dia
4	246.964,26 m ³ /mês	8.119,37 m ³ /dia
TOTAL		
1	998.200,47 m ³ /mês	32.795,28 m ³ /dia
2	782.201,68 m ³ /mês	25.720,50 m ³ /dia
3	677.470,06 m ³ /mês	22.253,90 m ³ /dia
4	643.853,73 m ³ /mês	21.183,19m ³ /mês

Desta forma, recomenda-se que sejam esclarecidos os pontos acima abordados, junto à licitante, com todas as premissas consideradas em cálculo.

De forma análoga à demonstração de produtividade feita para a dragagem do canal de acesso e acesso aos berços, a dragagem dos berços de atracação também não considerou o fator de redução da produtividade aplicado ao mês, em cálculo diário.



BERÇOS	PRODUÇÃO MENSAL CALCULADA PELA PROPONENTE	PRODUÇÃO DIÁRIA EFETIVA
<i>Alamoia e BTP</i>	<i>91.842,52 m³/mês</i>	<i>3.019,48 m³/dia</i>
<i>Ilha Barnabé, Saboó, Corte e Valongo</i>	<i>97.961,93 m³/mês</i>	<i>3.220,67 m³/dia</i>
<i>Arm. 10, Arm. 11 e Arm. 12</i>	<i>101.958,04 m³/mês</i>	<i>3.352,05 m³/dia</i>
<i>Arm. 12A até Arm. 25</i>	<i>107.205,88 m³/mês</i>	<i>3.524,58 m³/dia</i>
<i>Macuco</i>	<i>112.010,24 m³/mês</i>	<i>3.682,53 m³/dia</i>
<i>TEAG/TEG/TERMAG/TGG/Santos Brasil</i>	<i>112.010,24 m³/mês</i>	<i>3.682,53 m³/dia</i>
<i>Arm. 37 e Corredor Exportação</i>	<i>116.640,00 m³/mês</i>	<i>3.834,74 m³/dia</i>

Novamente, recomenda-se que sejam esclarecidos os pontos acima abordados, bem como, a demonstração de produtividade seja realizada com base na capacidade de cisterna dos batelões vinculados à proposta realizada, de 660 m³ e 750 m³. Ainda, cabe pontuar que, dado que um dos batelões disponibilizados não apresenta propulsão própria, os tempos para manobras e posicionamentos deve divergir entre si.

Com relação à planilha de preços, não foram identificados vícios em sua elaboração, havendo conformidade no produto das quantidades pelos valores unitários, bem como no somatório dos valores totais de cada item da planilha. Todos os preços unitários dos itens de planilha, apresentados pela proponente, foram inferiores aos valores estimados pela Administração. A maioria dos itens apresentou desconto entre 0% e 12% dos preços unitários estimados. Os preços com maior variação foram relativos à paralisação e desmobilização, tanto para a dragagem do canal de acesso, quanto para os berços de atracação.

A licitante apresentou 3 (três) índices de BDI, aplicados caso a caso. Embora a fórmula apresentada não contemple a taxa de risco, verificou-se que a referida taxa foi considerada ao obter os valores finais de BDI. Com relação ao ISS adotado, embora seja indicada a ponderação utilizada, entende-se que o percentual adotado não reflete a ponderação mencionada, cabendo a verificação do valor. Ainda, recomenda-se o questionamento à licitante, com relação a desconsideração do tributo de ISS no BDI para mobilização/desmobilização, bem como a redução da Taxa de Administração Central para horas paradas.



Os encargos sociais são apresentados para profissionais que são remunerados por hora (horistas) ou por mês (mensalistas) e os somatórios apresentados não apresentam vícios em sua formulação.

Com relação às Composições de Preços Unitários, as considerações desta área técnica são apresentadas, resumidamente, a seguir:

- *Dragagem do canal de acesso e acesso aos berços:*

- *- *Mobilização, paralisação e desmobilização dragas hopper: O produto do custo total pelo BDI, considerando duas casas decimais, diverge do valor encontrado;*

- **Dragagem – Trecho 1, Trecho 2 e Trecho 4: A proporção, em percentual, das dragas considerada diverge do valor encontrado, mas o valor final do preço unitário está conforme;*

- * *Dragagem – Trecho 3: A proporção, em percentual, das dragas considerada diverge do valor encontrado, bem como o valor final do preço unitário, em sua última casa decimal;*

- *Dragagem dos berços de atracação:*

- * *Custo total mensal do batelão 660 m³: O somatório dos custos, considerando duas casas decimais, diverge do valor encontrado;*

- * *Custo total mensal da mão de obra e total geral para conjunto clamshell com batelões: O somatório dos custos, considerando duas casas decimais, diverge do valor encontrado;*

- * *Custo total mensal com redutor para conjunto clamshell com batelões: O valor encontrado para o custo do conjunto balsa com clamshell, após aplicação de fator redutor, diverge do valor encontrado;*

- * *Mobilização, paralisação e desmobilização draga mecânica: Não foram identificados, na proposta, fonte dos custos unitários utilizados. O produto do custo total pelo BDI, considerando duas casas decimais, diverge do valor encontrado;*

- * *Dragagem – Arm. 10, Arm.11 e Arm.12: O produto do custo total pelo BDI, considerando duas casas decimais, diverge do valor encontrado.*

Além das considerações acima, solicitamos que a proponente apresente as Composições de Preços Unitários devidamente detalhadas, sendo possível verificar, por exemplo, a remuneração da mão de obra, o custo do combustível, cotação do dólar – quando aplicável, dentre outros insumos ou composições auxiliares que subsidiaram a formação dos preços unitários.

Na Declaração de Disponibilidade dos equipamentos, a proponente listou os seguintes equipamentos:

- *Draga Elbe (TSHD 2.800 m³);*

- *Draga Seine (TSHD 4.317 m³);*



- *Balsa Equip 160 – Acoplada com Guindaste Zoomline de 160 ton com Clamshell de 5 jardas / balsa estacionária / escavadeira;*
- *Balsa Equip 170 – Acoplada com Guindaste Bucyres de 110 ton com Clamshell de 5 jardas / balsa estacionária / escavadeira;*
- *Balsa Equip 180 – Acoplada com Guindaste Bucyres de 110 ton com Clamshell de 5 jardas / balsa estacionária / escavadeira;*
- *Batelão Benjamim Abrahão (com propulsão, 750 m³);*
- *Guindaste American 999c (110 ton, Clamshell de 9 m³);*
- *Batelão HH203 (sem propulsão, 660 m³);*
- *Balsa Muliceiro III (sem propulsão); • Balsa Muliceiro VIII (sem propulsão, com nivelador de fundo).*

Com relação às dragas do tipo hopper, é de nosso conhecimento que as mesmas foram também ofertadas no âmbito do contrato 097/2018, celebrado entre a proponente e a Administração de Portos de Paranaguá e Antonina (APPA). Neste sentido, sugerimos o esclarecimento, pela licitante, da situação indicada. Principalmente, em caso de haver Ordens de Serviço vigentes em concomitância no Porto de Paranaguá e no Porto de Santos.

Por fim, com relação aos equipamentos disponibilizados para realização dos serviços de dragagem dos berços de atracação, principalmente as balsas e guindaste, sugerimos o esclarecimento de quais serão os equipamentos efetivamente empregados no contrato, dado que a lista apresenta uma diversidade de equipamentos, bem como a apresentação de gráfico de carga do guindaste, no intuito de evidenciar que o mesmo é compatível aos serviços previstos em contrato.

Sendo estas as considerações da área técnica com relação ao material disponibilizado, resguardando-nos ainda o direito de diligenciar os equipamentos ofertados, encaminhamos a presente análise para apreciação.

Em atenção à mencionada Análise Técnica, a DTA Engenharia Ltda. apresentou “Esclarecimentos” em 06/11/2019 (id 2669167), anexando também “Declaração” (pg. 150) firmada pelo Diretor Presidente da APPA, em 06/11/2019 com o seguinte teor:

“Atendendo pedido da DTA Engenharia, declaramos que:

- 1. A DTA apresentou o seguinte parque de equipamentos no processo licitatório para atender os serviços de dragagem dos Portos de Paranaguá e Antonina:*



Draga Seine

Draga Elbe

Draga Xin Hai Hu 9

Draga Hang Jun 5001

Draga Xin Hai Ma

Draga Xin Hai Beng

Batelão Hang Bo 2003

Batelão Hang Bo 2002

1. *Que a disponibilização das dragas “Xin Hai Hu 9”, “Hang Jun 5001” e “Xin Hai Beng” e os batelões “Hang Bo 2003” e “Hang Bo 2002”, a princípio, é suficiente para a regular execução do objeto do Contrato de Dragagem de Manutenção nº 097/2018, estabelecido com esta APPA.*

1. *Caso a DTA tenha um equipamento específico, que supra as necessidades da APPA, com vantagens em relação aos aqui especificados, há a possibilidade da substituição dos equipamentos.*

Isto posto, entendemos ser possível a disponibilização das dragas “Seine” e “Elbe” para mobilização e operação em outros projetos de dragagem em águas jurisdicionais brasileiras, sem prejuízos ao contrato firmado com esta APPA, apesar do compromisso formalizado.”

Conforme ata de sessão pública do dia 22/11/2019 (id 26691678), o Sr. Pregoeiro identificou a necessidade de novos esclarecimentos, que foram prestados pela DTA ENGENHARIA (id 26691686) em 26/11/2019

Em ata de sessão pública de 29/11/2019 (id 26691693), o Sr. Pregoeiro deu sequência à análise da proposta comercial da referida licitante e solicitou o envio de planilha de preços atualizada, bem como o agendamento de diligência nos equipamentos ofertados.

Como se pode constatar (id's 26691694 e 26691695), a DTA Engenharia Ltda. apresentou (nova) proposta em 29/11/2019 mantendo, porém o preço global antes ofertado.

Mensagens trocadas durante a sessão pública de 02/12/2019, iniciada às 9:00:57 (id 26691696), dão conta da realização diligência presencial para mesma data às 11:00 horas, cujo relatório encontra-se no id 26691697. Nesse aspecto, não antevejo ilegalidade, pois trata-se de prerrogativa da contratante prevista no RILC (§ 1º, artigo 105).

Em sessão pública do dia seguinte, o Sr. Pregoeiro informou sobre a correção da proposta da DTA Engenharia Ltda., a sua aceitação e a necessidade de serem anexados documentos para a sua habilitação (id 26691698).



Ato contínuo, a concorrente Van Oord manifestou o seu interesse de interpor Recurso Administrativo, o qual foi apresentado em 09/12/2019 (id 26691700), contrarrazoado pela vencedora (id 28990995) e julgado improcedente (id 2899099) com fundamento em pareceres técnico (id 28991411) e jurídico (id 28991418).

As contrarrazões e os pareceres que embasaram a decisão administrativa atacada, juntados por determinação judicial exarada nos autos, ante a falta ou pouca densidade das informações prestadas, bem como da contestação em correspondência à importância dos argumentos trazidos na petição inicial, corroborados pelo conteúdo do anterior parecer técnico acima transcrito, permitiram ao juízo formar convencimento no sentido de antever a **relevância dos fundamentos da impetração em face da omissão, ilegal e abusiva, das autoridades impetradas em esclarecerem e demonstrarem, como de se esperar, a adequação da proposta comercial vencedora ao edital/termo de referência, seja no tocante à efetiva utilização das dragas vinculadas a outro certame, ou mesmo ao modo pelo qual constatou “evidenciado” cumprimento do valor mínimo requerido pela produtividade diária.**

Sendo assim, permitiu inculcar fundadas dúvidas quanto **efetiva satisfação do objeto licitado, em franca ameaça ao interesse público, que não se contenta em relegar contratado risco da execução do contrato, sobretudo sob a justificativa de o Termo de Referência não fixar o modo pelo qual cada proponente demonstraria o cumprimento das produtividades mínimas ou porque dispõe de mecanismos de sanção.**

Ora, ainda que não tenha trazido o modelo, o Termo de Referência traz parâmetros seguros e capazes para serem aferidas as propostas em todos os seus aspectos.

Porque as informações constituem em defesa da Administração, tal como ensina Hely Lopes Meirelles (in Mandado de Segurança, 26ª edição atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes – Editora Malheiros), nelas o *“impetrado deverá esclarecer minuciosamente os fatos e o direito em que se baseou o ato impugnado.”* Poderá oferecer prova documental ou até mesmo perícia já produzida. Na hipótese de a prova depender de outro órgão público, deverá a autoridade indicá-la e solicitar a requisição pelo juiz; o que não se permite é o pedido de prova futura a ser produzida em juízo.

O renomado autor chega até mesmo a defender a posição no sentido de a falta de informações importar em confissão ficta dos fatos arguidos na petição inicial.

Apartada a divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, a falta de esclarecimento quanto a natureza jurídica das informações da autoridade coatora, entretanto, tem dificultado o consenso a respeito do cabimento da revelia quando intempestiva ou ausente. Merecem toda a credibilidade, até prova em contrário, dada a presunção de legitimidade dos atos da Administração e da palavra de suas autoridades. Por isso, tem prevalecido a orientação de que as informações equivalem à prova judiciária competindo ao impetrante comprovar a liquidez e certeza do direito invocado. Assim sendo, mesmo que constituam as informações peça meramente informativa, poderá ser utilizada pelo magistrado na formação do seu convencimento.

De seu turno, do litisconsorte, ao menos, havia a expectativa da impugnação específica de todos os fundamentos de fato apresentados pelo impetrante, indicando com precisão e de forma pormenorizada os fatos e fundamentos jurídicos do pedido que poderiam ser articulados contra os argumentos fáticos expostos na petição inicial. Notadamente, a prova de que **“disponibilizou outras dragas para a execução do contrato travado com a APPA.”** (fl. 13 da contestação).

Contudo, a DTA Engenharia Ltda., seguindo a linha das informações, cuja premissa assentou-se na necessária dilação probatória, ofertou respostas evasivas, deixando não somente dizer que os fatos são inverídicos, mas também como ocorreram ou que outros fatos são verdadeiros.

A Constituição Federal em seu artigo 37 e inc. XXI preconiza:



“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. “

A nova Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016), dispôs várias regras sobre o funcionamento das empresas públicas e das sociedades de economia mista, tornando-se evidente a necessidade de mecanismos de controle dos desvios e da garantia da eficiência dessas empresas. A legislação disciplina a **administração** dessas empresas e busca favorecer sua eficiência ao estabelecer uma série de **mecanismos de governança corporativa e de transparência**.

O arcabouço legal aplicado ao tema busca evitar as contratações desastrosas e ruinosas, exigindo a comprovação objetiva de que foram adotadas as cautelas cabíveis durante o processo licitatório, por meio de mecanismos de controle de eficiência e as implicações deles decorrentes, comprometidos com a obrigação de resultado.

Nesse passo, o recurso administrativo tem se mostrado como um instrumento apto para o particular opor-se à prática de irregularidades identificadas no âmbito de licitações e contratações administrativas, sem que isso signifique que todos os recursos devem ser julgados procedentes, mas implicam na necessidade de assegurar amplamente o exercício do direito de o particular insurgir-se contra qualquer ação ou omissão lesiva a seus interesses.

Tais ponderações se mostram oportunas nesse momento porquanto o debate travado em sede administrativa demonstrou graves insinuações/acusações de malfeitos recíprocos entre as licitantes, exigindo do administrador um posicionamento claro diante de elementos indicativos de desrespeito às exigências edilícias.

Nessa quadra é indispensável que a licitação para a contratação de obra da magnitude e importância da dragagem de manutenção do canal de acesso, acesso aos berços e aos berços de atracação do maior porto da América Latina seja conduzida por agente de tenha conhecimento sobre o objeto licitado, pois a eficiência nas contratações depende de que o processo seja, na sua integralidade, vinculado à satisfação da efetiva eficiência dos recursos públicos utilizados.

Bem por isso, a Lei nº 13.303/2016 estabelece :

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

§ 1º Para os fins do disposto no caput, considera-se que há:

I - sobrepreço quando os preços orçados para a licitação ou os preços contratados são expressivamente superiores aos preços referenciais de mercado, podendo referir-se ao valor unitário de um item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, ou ao valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por preço global ou por empreitada;



II - superfaturamento quando houver dano ao patrimônio da empresa pública ou da sociedade de economia mista caracterizado, por exemplo:

a) pela medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;

b) pela deficiência na execução de obras e serviços de engenharia que resulte em diminuição da qualidade, da vida útil ou da segurança;

c) por alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;

d) por outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a empresa pública ou a sociedade de economia mista ou reajuste irregular de preços.

§ 2º O orçamento de referência do custo global de obras e serviços de engenharia deverá ser obtido a partir de custos unitários de insumos ou serviços menores ou iguais à mediana de seus correspondentes no Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (Sinapi), no caso de construção civil em geral, ou no Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), no caso de obras e serviços rodoviários, devendo ser observadas as peculiaridades geográficas.

§ 3º No caso de inviabilidade da definição dos custos consoante o disposto no § 2º, a estimativa de custo global poderá ser apurada por meio da utilização de dados contidos em tabela de referência formalmente aprovada por órgãos ou entidades da administração pública federal, em publicações técnicas especializadas, em banco de dados e sistema específico instituído para o setor ou em pesquisa de mercado.

§ 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamentação a definição de suas regras específicas.

§ 5º Na hipótese a que se refere o § 4º, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa pública ou sociedade de economia mista caso não vença o certame, desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 80.

Art. 32. *Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:*

I - padronização do objeto da contratação, dos instrumentos convocatórios e das minutas de contratos, de acordo com normas internas específicas;

II - busca da maior vantagem competitiva para a empresa pública ou sociedade de economia mista, considerando custos e benefícios, diretos e indiretos, de natureza econômica, social ou ambiental, inclusive os relativos à manutenção, ao desfazimento de bens e resíduos, ao índice de depreciação econômica e a outros fatores de igual relevância;

III - parcelamento do objeto, visando a ampliar a participação de licitantes, sem perda de economia de escala, e desde que não atinja valores inferiores aos limites estabelecidos no art. 29, incisos I e II;

IV - adoção preferencial da modalidade de licitação denominada pregão, instituída pela [Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#), para a aquisição de bens e serviços comuns, assim considerados aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado;



V - observação da política de integridade nas transações com partes interessadas.

Não por outra razão a **Lei 9.784/99** que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, exige:

*Art. 50. Os atos administrativos deverão ser **motivados**, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:*

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

*§ 1º A **motivação deve ser explícita, clara e congruente**, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.*

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Cotejando, portanto, todos os elementos de cognição produzidos nos autos (*documentos, razões do recurso administrativo, a petição inicial com as informações, a contestação, as contrarrazões apresentadas pela concorrente DTA Engenharia Ltda. e os pareceres técnico e jurídico que embasaram a decisão administrativa que julgou improcedente o recurso interposto por Van Oord*) é possível verificar – **diversamente da direção acertada do primeiro parecer técnico (id 26691674)** – que a metodologia de execução disposta no Termo de Referência e os fatores nele especificados foram relegados em detrimento dos argumentos da recorrida (id 28991411).

Sem que os relevantes questionamentos ofertados pelo recorrente fossem motivados de modo explícito, claro e congruente, posicionou-se a contratante:

A análise técnica realizada para subsídio ao pregoeiro, considerou, sobretudo, os parâmetros objetivos estabelecidos no Termo de Referência (TR) do referido Pregão Eletrônico – um dos meios com o qual a Administração resguarda os princípios de isonomia no processo licitatório.



A proponente afirma, explicitamente, em sua proposta, a disponibilidade dos equipamentos de dragagem pelas 144 horas estabelecidas no Termo de Referência, estando, portanto, através de sua proposta, vinculada a esta Administração, com o cumprimento, de tal parâmetro.

O Termo de Referência não faz menção à necessidade de serem evidenciadas as produtividades mensais e tampouco estabelece a forma com a qual a proponente estabelecerá suas Composições de Preços Unitários (CPUs). A formação destes valores é realizada com base na expertise de cada proponente aliada à disponibilidade de equipamentos e a sua estratégia comercial. Neste caso específico, a DTA utilizou dos cálculos de produtividade mensal para estabelecer seus preços unitários.

Assim, a avaliação da produtividade deu-se, restritamente, com base nos valores diários, conforme estabelecido em TR, que para a dragagem do canal de acesso e acesso aos berços de atracação deveria apresentar valor mínimo de 25.000 m³/dia (volume in situ).

A avaliação do atendimento das produtividades deu-se de forma detalhada, exigindo diversos esclarecimentos. A proponente DTA indicou ter realizado alterações dentro dos intervalos operacionais de seus equipamentos, com aumento ou decréscimo de seu conservadorismo nas estimativas apresentadas.

O cálculo do ciclo operacional da dragagem considera diversos fatores como a velocidade de tráfego da embarcação, o tempo de carregamento da cisterna e tempo para manobras. Parte destes fatores é influenciado ainda pelo tipo de sedimentos dragados, pela potência do equipamento de dragagem, pelo número e diâmetro das tubulações de sucção, proporção da mistura succionada (água e sedimento), overflow, dentre outros coeficientes.

O domínio e conhecimento destes fatores é próprio das empresas draguistas, aliado ao seu conhecimento do local onde será realizado ao serviço. Assim, não é possível que a administração fixe a totalidade destes parâmetros, uma vez que serão variáveis com cada local de execução dos serviços e cada um dos equipamentos utilizados/propostos.

Desta forma, a Administração solicitou o detalhamento dos cálculos a fim de se evidenciar o cumprimento às produtividades mínimas requeridas. Todavia, não houve fixação do modo com o qual cada proponente cumpriria esta obrigatoriedade. Os cálculos apresentados pela licitante DTA evidenciaram o cumprimento do valor mínimo requerido para a produtividade diária no canal de acesso e acesso aos berços, conforme quadro a seguir, estando, portanto, a proponente vinculada ao cumprimento dos valores mínimos requeridos.

Trecho	Produção diária(m³/dia)
1	40.801,03
2	31.446,14
3	27.024,92
4	25.458,94



Tendo a proponente DTA apresentado premissas consideradas otimistas ou conservadoras, e justificando as modificações em seus índices pela aumento ou decréscimo de seu conservadorismo, não foi evidenciado o descumprimento, ao longo do processo, dos parâmetros estabelecidos de disponibilidade dos equipamentos de dragagem (144 h na semana), produtividades mínimas e velocidade máxima de tráfego permitida no canal de acesso (9 nós).

Ademais, a pretendida contratação resguarda a Administração com ferramentas contratuais que possibilitam a aplicação de penalidades ou mesmo a imposição de mobilização de novo equipamento de dragagem, caso, durante a gestão contratual, seja evidenciado o descumprimento das produtividades mínimas estabelecidas – o que não significa dizer, de forma alguma, que os padrões de desempenhos exigidos no Instrumento Convocatório não estejam mantidos na etapa de habilitação.

Ainda, com relação à abordagem feita pela Van Oord, utilizando dados de AIS pretéritos, com velocidade média de tráfego, de uma das dragas disponibilizadas pela proponente DTA neste processo, entende-se ser impossível afirmar, sem dúvidas, que as condições então praticadas (2014) refletem os limites operacionais máximos de tal equipamento. Dado, sobretudo, que o referido contrato considerava o equipamento como apoio aos equipamentos de dragagem nos berços de atracação, com distintos parâmetros de produtividade.

2) Em sequência, a licitante Van Oord aponta manipulações na proposta apresentada pela DTA, no que diz respeito aos valores, constatado a partir da discrepância entre os valores constantes na planilha de preços e no descritivo dos custos unitários. Além da mudança no BDI para os itens de mobilização e desmobilização que refletiu a redução da margem de lucro e da taxa de administração central apresentadas pela DTA.

Novamente, a proponente DTA refuta todos os pontos de argumentação da Van Oord.

Esta área técnica aponta, mais uma vez, que não foi estabelecido, em instrumento convocatório, método padrão para apresentação das Composição de Preços Unitários (CPUs) – dado que está correlacionado à expertise de cada licitante, bem como a sua estratégia comercial. Tampouco, solicitou-se que as CPUs elaboradas pelas proponentes estivessem atreladas à demonstração de produtividade.

Cada proponente pôde considerar os riscos associados à celebração do contrato, bem como os períodos inoperantes dada a inexistência de Ordens de Serviço vigentes, por exemplo.

O estabelecido em TR e, cumprido pela proponente DTA, foi o detalhamento e a pormenorização das CPUs.

A possibilidade nas adequações da proposta, ou mesmo dos valores unitários, é prevista em Edital, desde que não constituam alterações do valor global proposto.

3) A seguir, a Van Oord indica que a mudança no BDI para os itens de mobilização e desmobilização, resultando na redução da margem de lucro e da taxa de administração central apresentadas pela DTA resultaria na inexecutabilidade da proposta.

A proponente DTA seguiu com o mesmo posicionamento anterior.

Com relação à redução da margem de lucro e da taxa de administração no BDI aplicado aos itens de mobilização e desmobilização, também estão associados à estratégia comercial da proponente, e, salvo melhor juízo, não correspondem aos conceitos de inexecutabilidade aplicáveis. Ainda, conforme exposto acima, a possibilidade nas adequações da proposta está prevista em Edital.

Quanto à inexecutabilidade, conforme estabelece o Regulamento Interno de Licitações e Contratos (RILC) desta Administração, uma proposta poderá ser considerada inexecutável, para serviços de engenharia, caso apresente valor global inferior a 70% do menor dos seguintes valores:



• Média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor do orçamento estimado pela Administração;

• Valor do orçamento estimado pela Administração.

O quadro a seguir apresenta a média aritmética dos valores das propostas. Todas as propostas foram superiores a 50% do valor do orçamento estimado pela Administração.

PROPONENTE	VALOR TOTAL
DTA Engenharia	R\$ 274.700.000,00
Van Oord	R\$ 294.700.000,00
Chec Dredging	R\$ 294.800.000,00
Jan de Nul	R\$ 297.889.000,00
Enterpa Engenharia	R\$ 297.994.000,00
Boskalis do Brasil	R\$ 302.993.000,00
MÉDIA ARITMÉTICA	R\$ 293.846.000,00

Assim, o valor da proponente DTA é de cerca de 93% da média aritmética das propostas e aproximadamente 89% do valor estimado pela Administração, não havendo o enquadramento de inexequibilidade estabelecido pelo RILC.

4) Em sequência, a licitante Van Oord aponta pela incapacidade das embarcações indicadas na proposta com consequente comprometimento da execução dos serviços públicos e do interesse público. A proponente DTA seguiu com o mesmo posicionamento anterior. O instrumento convocatório não restringe o atingimento de capacidade de cisterna total mínimo, de 7.000 m³, para as dragas TSHD, exclusivamente com 1 (uma) draga. Isto posto, as dragas disponibilizadas pela DTA cumprem com o quesito relativo à capacidade de cisterna total (somatório de equipamentos com capacidade de cisterna igual a 7.117 m³). Ademais, a produtividade apresentada pela DTA para o Trecho 1, único trecho parcialmente desabrigado e com maior incidência de ações das ondas foi cerca de 60% superior ao requerido.

(... omissis...)

6) Por fim, a licitante Van Oord afirma que a draga Elbe estaria indisponível para realização dos serviços do pretendido contrato. A proponente DTA seguiu com o mesmo posicionamento anterior. A Van Oord sugere pelo questionamento e verificação quanto a disponibilidade da draga Elbe para eventual celebração de contrato junto à DTA. A DTA afirma que a referida draga estará disponível para atuar no contrato,



quando requerida. Esta área técnica pondera que foi apresentada Declaração de Disponibilidade do referido equipamento, assinada por representante legal do mesmo, e vinculada à proposta fornecida, atendendo, portanto, ao estabelecido em Instrumento Convocatório.

Impõe-se, nessa trilha, transcrever os seguintes trechos das informações prestadas ao justificarem a legalidade do ato vergastado (destaques estão no original) :

*A empresa DTA ENGENHARIA, por sua vez, afirmou, explicitamente, em sua proposta, a disponibilidade dos equipamentos de dragagem **pelas 144 horas estabelecidas no Termo de Referência, estando, portanto, através de sua proposta, vinculada a esta Administração, com o cumprimento de tal parâmetro.***

O Termo de Referência, ademais, não faz menção à necessidade de serem evidenciadas as produtividades mensais e tampouco estabelece a forma com a qual a proponente estabelecerá suas composições de preços unitários (CPU's).

A formação destes valores é realizada com base na expertise de cada proponente aliada à disponibilidade de equipamentos e sua estratégia comercial. Neste caso específico, a DTA ENGENHARIA utilizou dos cálculos de produtividade mensais para estabelecer seus preços unitários.

Desta feita, a avaliação da produtividade deu-se restritamente, com base nos valores diários conforme estabelecido em TR, que para a dragagem do canal de acesso e acesso aos berços de atracação deveria apresentar valor mínimo de 25.000 m³/dia (volume in situ)

Ademais, o cálculo do ciclo operacional da dragagem considera diversos fatores como a velocidade de tráfego da embarcação, o tempo de carregamento da cisterna e tempo para manobras. Parte destes fatores é influenciado ainda pelo tipo de sedimentos dragados, pela potência do equipamento de dragagem, pelo número e diâmetro das tubulações de sucção, proporção da mistura succionada (água e sedimento), overflow, dentre outros coeficientes.

O domínio e o conhecimento destes fatores são próprio das empresas draguistas, aliado ao seu conhecimento do local onde será realizado o serviço. Assim, não é possível que a administração fixe a totalidade desses parâmetros, uma vez que serão variáveis com cada local de execução dos serviços e cada um dos equipamentos utilizados/propostos.

Desta forma, a Administração solicitou o detalhamento dos cálculos a fim de se evidenciar o cumprimento às produtividades mínimas requeridas. Todavia, não houve fixação do modo como cada qual proponente cumpriria esta obrigatoriedade, eis que apenas se tratou de esclarecimento do que já fora apresentado.

Os cálculos apresentados pela licitante DTA ENGENHARIA evidenciaram o cumprimento do valor mínimo requerido pela produtividade diária no canal de acesso aos berços, conforme quadro a seguir, estando, portanto, a produtividade diária no canal de acesso e acesso aos berços vinculada ao cumprimento dos valores mínimos requeridos nos termos do edital e seus anexos.

Trecho	Produção diária(m ³ /dia)
1	40.801,03
2	31.446,14



3	27.024,92
4	25.458,94

Tendo a proponente DTA ENGENHARIA apresentado premissas que podem ser consideradas otimistas ou mesmo conservadoras, e justificando as modificações em seus índices pelo aumento ou decréscimo de seu conservadorismo, não foi evidenciado pelo setor técnico desta SPA/CODESP o descumprimento, ao longo do processo, dos parâmetros estabelecidos de disponibilidade dos equipamentos de dragagem (144 h na semana), produtividades mínimas e velocidade máxima de tráfego permitida no canal de acesso (9 nós).”

A defesa do patrimônio público e ao incremento da transparência da gestão das estatais exigem (notadamente com o advento da Lei nº 13.303) a demonstração explícita, clara e congruente da legalidade e da regularidade da proposta comercial, o que deixou de ser atendido de maneira transparente pelas autoridades impetradas.

Isso porque não levaram em conta o caráter condicional da Declaração firmada pelo Diretor Presidente da APPA, conformando-se com a sua afirmação hipotética acerca da disponibilidade das dragas Elbe e Seine, sujeitas, uma ou outra ou as duas, a evento futuro e incerto - (“*Caso a DTA tenha um equipamento específico, que supra as necessidades da APPA, com vantagens em relação aos equipamentos aqui especificados, há a possibilidade da substituição dos equipamentos.*”)

Deixaram também de demonstrar e consolidar, nas razões de decidir, de que maneira os cálculos da licitante DTA **evidenciaram** o cumprimento do valor mínimo da produtividade diária do canal de acesso, acesso aos berços e aos berços de atração, enquanto a proposta vencedora havia sido questionada com base em argumentos consistentes, alguns aferíveis de plano, e que encontravam ressonância nos primeiros pedidos de esclarecimentos da área técnica.

Ou seja, da omissão constatada pelo juízo, infere-se a opção do administrador em confiar nas afirmações da licitante vencedora, no seu conservadorismo ou não, na sua expertise ou estratégia comercial, nos mecanismos sancionatórios e no fato de o Termo de Referência não fixar o modo pelo qual cada proponente demonstraria o cumprimento das produtividades mínimas, muito embora a verificação dos diversos valores que a compõem sigam os critérios nele definidos, podendo ser obtidos por média aritmética ponderada.

Deveras questionável, igualmente, a teor do disposto no item 6 do Edital as “adaptações” efetivadas na proposta comercial apresentada no dia 29/11/2019, depois de efetuados os lances, a pretexto de sanear erro formal (*ISS não contabilizados sobre os itens de mobilização/desmobilização*), porquanto o prazo legal estipulado para a apresentação de proposta é até a data e horário marcados para a abertura da sessão de oferta de lances, aqui ocorrida em 29/10/2019.

Na ocasião, ciente de que a produção diária deve equivaler ao período operacional **efetivo**, a proponente alterou, entre outros pontos, as porcentagens do fator “in situ” indistintamente em mais 3% para todos os trechos, reduziu os dias operacionais de 25,71 dias/mês para 24,56, passou a eficiência de 142 h/semana para 136 h/semana e zerou a sua margem de lucro e taxa de administração, sem, contudo, modificar o valor global do preço antes ofertado.

Optou-se, assim, por considerar exequível a proposta, em que pese a insegurança e os riscos acerca da efetiva utilização das duas dragas, uma ou outra, enquanto vinculadas a serviços de dragagem até o ano de 2023 no Porto de Paranaguá e Antonina.



Nesses termos, antevejo violação aos princípios do julgamento objetivo (RICL artigos 98 a 111; 112 a 119), da vinculação ao instrumento convocatório e ao tratamento isonômico entre os licitantes que pautaram as suas propostas aos parâmetros do Edital.

Eis, portanto, os motivos pelos quais, independentemente de dilação probatória, é possível identificar a relevância dos fundamentos da impetração, sem que isso importe na anulação integral do processo licitatório, conquanto imperioso o aproveitamento dos atos e diligências já realizados.

A ineficácia da medida caso concedida apenas ao final da demanda reside nos riscos ao interesse público que representa a proposta vencedora tal como formulada. O perigo reverso, ademais, encontra-se alojado na própria incerteza acerca da efetiva e permanente utilização daqueles equipamentos ao longo da execução do objeto licitado no Pregão Eletrônico nº 27/2019.

Presentes os requisitos específicos, **defiro em parte da liminar** para o fim de determinar que sejam reexaminados os argumentos expostos no recurso administrativo interposto por Van Oord Serviços de Operações Marítimas Ltda., contra a proposta comercial e habilitação da empresa **DTA Engenharia Ltda.**, demonstrando as áreas técnicas da CODESP, em seus pareceres e decisões, motivação explícita, clara e congruente, a respeito da efetividade e da adequação de sua proposta ao Edital e ao Termo de Referência relativos ao Pregão Eletrônico nº 27/2019.

Mantenho, pois a suspensão do Contrato DIPRE01.2020 (id 27454369) até ulterior deliberação.

Comunique-se o teor da presente decisão ao Exmo. Sr. Desembargador Federal relator do agravo de instrumento interposto nos autos.

Ciência à Controladoria-Geral da União e ao Tribunal de Contas da União, para as considerações que o caso possa merecer (artigo 85 e seguintes da Lei nº 13.303/2016).

Saem as partes intimadas em audiência.

SANTOS, 4 de março de 2020.

