GRUPO I – CLASSE VII – Plenário
TC 037.266/2019-5.
Natureza: Representação.
Entidade: Autoridade Portuária de Santos S.A.
Representação legal: Anéia Viana da Silva (OAB/SP 314.766) e outros, representando DTA Engenharia Ltda; Cláudia de Carvalho Alves e outros, representando Enterpa Engenharia Ltda.

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. PREGÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE DRAGAGEM DE MANUTENÇÃO NO PORTO DE SANTOS/SP. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NO EDITAL. SOLICITAÇÃO DE ADOÇÃO DE MEDIDA CAUTELAR. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS. INDEFERIMENTO. CINCO INDÍCIOS IMPROCEDENTES. DESATUALIZAÇÃO DOS LEVANTAMENTOS BATIMÉTRICOS PARCIALMENTE PROCEDENTE. RECOMENDAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

- É possível a participação em licitações de empresas em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução elaborada por auditor da Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (Peça 25), endossada por seus dirigentes (peças 26 e 27), transcrita a seguir com os ajustes de forma pertinentes:

> 1. Cuidam os autos de representação, com pedido de medida cautelar, a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Companhia Docas do Estado de São Paulo (Codesp), relacionadas ao Pregão Eletrônico 27/2019 para contratação dos serviços de dragagem de manutenção do canal de acesso e berços de atracação do Porto de Santos, perfazendo o valor estimado de R$ 309.028.488,34 e duração de 24 meses, prorrogáveis até o limite de 60 meses.
>
> 2. A abertura da sessão de propostas ocorreu no dia 29/10/2019, a representação foi protocolada em 28/10/2019 e, após a sessão do pregão, o representante realizou solicitação de desistência do feito.
>
> **EXAME DE ADMISSIBILIDADE**
>
> 3. Inicialmente, deve-se registrar que a representação preenche os requisitos de admissibilidade constantes no art. 235 do Regimento Interno do TCU, haja vista a matéria ser de competência do Tribunal, referir-se a responsável sujeito a sua jurisdição, estar redigida em linguagem clara e objetiva, conter nome legível, qualificação e endereço do representante, bem como encontrar-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591429.

4. Além disso, a licitante Enterpa Engenharia Ltda. possui legitimidade para representar ao Tribunal, consoante disposto no inciso VII do art. 237 do RI/TCU c/c o art. 87, § 2º, da Lei 13.303/2016.

5. Ainda, conforme dispõe o art. 103, § 1º, *in fine*, da Resolução – TCU 259/2014, verifica-se a existência do interesse público no trato da suposta irregularidade/ilegalidade, pois a inobservância do prazo de 15 dias úteis entre a republicação do edital e abertura da sessão de propostas, a previsão de desclassificação automática de licitantes em processo de recuperação judicial, a adoção de critérios de habilitação técnica restritivos (superiores a 50% dos volumes estimados), a incompletude do projeto básico e a inadequação da matriz de alocação riscos entre as partes poderia, em tese, causar prejuízo aos cofres da Codesp.

6. Dessa forma, a representação poderá ser apurada, para fins de comprovar a sua procedência, nos termos do art. 234, § 2º, segunda parte, do Regimento Interno do TCU, aplicável às representações de acordo com o parágrafo único do art. 237 do mesmo RI/TCU.

EXAME TÉCNICO

7. Como exposto, a empresa protocolou a representação no dia anterior à abertura do certame, em 28/10/2019, e imediatamente após o certame, realizou pedido de desistência da representação (peça 23). Tal solicitação não pode ser acatada, conforme estabelece a jurisprudência dos Acórdãos 283/2014-TCU-Primeira Câmara (relator Ministro José Mucio Monteiro), 6.873/2018-TCU-Segunda Câmara (relator Ministro Augusto Nardes), 2.443/2017-TCU-Plenário e 1.893/2019-TCU-Plenário (ambos relatados pelo Ministro Aroldo Cedraz), todos seguindo o entendimento do enunciado do último Acórdão, *in verbis*:

> O pedido de desistência de representação formulada ao TCU não obsta o prosseguimento do processo, que não tem seu andamento condicionado ao desejo do representante, em atenção ao princípio do impulso oficial.

8. Logo, deve-se proceder à avaliação das irregularidades noticiadas.

9. A primeira das irregularidades apontadas diz respeito ao descumprimento do prazo de 15 dias úteis regulamentares entre a republicação do edital e a abertura da sessão do pregão. A republicação do edital ocorreu no dia 8/10/2019 e a abertura da sessão foi no dia 29/10/2019, perfazendo exatos 15 dias úteis exigíveis ao caso. No entanto, a representante alega que o dia 28/10/2019 não poderia ser computado como útil em razão do dia do servidor público, o que acarretaria o prazo de 14 dias úteis entre a republicação do edital e a abertura.

10. Cumpre esclarecer que a Portaria MP 442/2018, publicada no DOU em 28/12/2018, que divulgou a lista de feriados nacionais e estabeleceu os pontos facultativos do ano de 2019 para cumprimento pelos órgãos e entidades da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, estabeleceu que o dia 28/10/2019 é ponto facultativo, Dia do Servidor Público, não sendo feriado nacional para todos efeitos, portanto dia útil, afastando a tese da representante. Além disso, a referida portaria, trata da administração direta, autárquica e fundacional, logo o ponto facultativo não se aplicaria às empresas públicas, caso da Codesp, e sociedades de economia mista.

11. O representante alega que o pregoeiro responsável pelo certame deixou de responder aos pedidos de impugnação impetrados pela licitante, o que caracterizaria conduta irregular do pregoeiro.

12. Em consulta à página de licitações da Codesp, http://intranet.portodesantos.com.br/lei_acesso/licitacoes.asp, acesso em 29/10/2019, constavam dois pedidos de impugnações formulados pela empresa Enterpa Engenharia e as respectivas respostas, portanto as alegações não se confirmam e não houve irregularidade no processamento dos pedidos de impugnação por parte do pregoeiro.

13. Ademais, a segunda impugnação possui teor semelhante à presente representação, apontando as mesmas irregularidades, e as respostas remetidas serão utilizadas em apoio à presente análise, por isso a resposta foi juntada à peça 24.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591429.

14. O representante se insurge contra o item 3.2.1 (peça 6, p. 2) e contra o item 10.4.3 a (peça 6, p. 16), adiante expostos, tratando da participação de empresas em processo de recuperação judicial:

> 3.2. Não poderá participar deste Pregão a empresa: 3.2.1. Em processo de falência, recuperação judicial, concurso de credores, dissolução ou liquidação;
>
> (…)
>
> 10.4.3. Habilitação Financeira:
>
> a) Certidão negativa de falência ou recuperação judicial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física, em até no máximo 60 (sessenta) dias da data da sessão;

15. De forma a fundamentar seu apontamento, o representante cita a jurisprudência firmada no AREsp 309.867/ES, 1ª Turma do STJ, da relatoria do Ministro Gurgel de Faria, nos seguintes termos (peça 1, p. 7):

> ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO. POSSIBILIDADE. CERTIDÃO DE FALÊNCIA OU CONCORDATA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. DESCABIMENTO. APTIDÃO ECONÔMICO FINANCEIRA. COMPROVAÇÃO. OUTROS MEIOS. NECESSIDADE.
>
> 1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, 'aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça' (Enunciado Administrativo n. 2).
>
> 2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derrogado.
>
> 3. À luz do princípio da legalidade, 'é vedado à Administração levar a termo interpretação extensiva ou restritiva de direitos, quando a lei assim não o dispuser de forma expressa' (AgRg no RMS 44099/ES, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2016, DJe 10/03/2016). 4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação.
>
> 5. O escopo primordial da Lei n. 11.101/2005, nos termos do art. 47, é viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.
>
> 6. A interpretação sistemática dos dispositivos das Leis n.8.666/1993 e n. 11.101/2005 leva à conclusão de que é possível uma ponderação equilibrada dos princípios nelas contidos, pois a preservação da empresa, de sua função social e do estímulo à atividade econômica atendem também, em última análise, ao interesse da coletividade, uma vez que se busca a manutenção da fonte produtora, dos postos de trabalho e dos interesses dos credores.
>
> 7. A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.
>
> 8. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial" (AREsp 309.867/ES, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 08/08/2018) (grifo acrescido)

16. Como se depreende do excerto, é possível a participação de empresas em recuperação judicial em certames licitatórios, desde que demonstrada a viabilidade econômica e financeira da empresa.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591429.

No entanto, não se trata de vedar a exigência editalícia da certidão negativa de falência ou recuperação judicial, e sim a relativização durante a fase de julgamento, conforme o caso e as circunstâncias da fase do processo de recuperação judicial, cabendo a empresa em tal situação demonstrar sua viabilidade econômica.

17. Portanto, não há ilegalidade no edital do Pregão quanto a esse ponto, ademais o próprio edital prevê no item 10.2.6 a possibilidade de realização de diligência caso alguma certidão de habilitação estiver vencida ou ausente.

18. Ademais, esse foi exatamente o entendimento expresso pela Codesp na resposta à impugnação da licitante sobre o item (peça 24, p. 4 a 11).

19. Corroborando o entendimento, o Acórdão 8.330/2017-TCU-2ª Câmara, da relatoria do Ministro Augusto Nardes, expressamente manifesta concordância quanto a previsão do edital de exigir certidão negativa de falência, concordata ou recuperação judicial, conforme seguinte enunciado:

> Em licitação que permita a participação de pessoas físicas e jurídicas para disputa do mesmo objeto, havendo para as pessoas jurídicas exigência de certidão negativa de falência, concordata ou recuperação judicial deve-se, também, em observância ao princípio da isonomia, exigir da licitante pessoa física a certidão negativa de insolvência civil expedida pela Justiça Estadual.

20. Em sequência, o representante passa a discordar dos quantitativos mínimos a serem comprovados na licitação em termos de habilitação técnica, alegando restrição indevida à competitividade.

21. Em linhas gerais, os números são os seguintes, conforme item 10.4.4 do edital (peça 6, p. 17):

Tabela 1 – Volume estimado de dragagem x Exigência de habilitação técnica

Local	Volume de dragagem estimado (m^3)	Exigência em volume (m^3)	Exigência produtividade (m^3/dia)*
Berços de Atracação	11.896.000	3.000.000 (25%)	25.000
Canal de Navegação	1.304.000	300.000 (22,3%)	3.300

Fonte: Elaboração própria a partir da planilha de quantitativos (peça 8) e Termo de Referência (peça 7, p.21)

*Observação: A comprovação de capacidades técnicas em volume e diária são alternativas.

22. Segundo a empresa representante, os quantitativos de produtividade diária excederiam a produtividade diária estimada em até 150%. O cálculo realizado consistiu em dividir o volume de dragagem estimado pelo número de dias do prazo contratual, 24 meses, ou 720 dias, resultando nas produtividades de 1.811 m^3/dia para os berços de atracação e 16.522 m^3/dia para o canal de navegação. O que, de forma direta, acarreta exigências de produtividade diária na execução inferiores às requeridas no edital. Porém, há considerações relevantes.

23. Os volumes de assoreamento no Porto de Santos dependem de uma gama de fatores naturais e ocorre de forma variada no tempo e no espaço, por exemplo, há um volume maior de sedimentação no estuário durante o período chuvoso, e a realização da dragagem de manutenção visa a dar resposta em tempo desejável à operação do porto.

24. É provável que durante os 24 meses de execução contratual haverá dias de produtividade nula, em razão, por exemplo, da ausência de ordens de serviço, de suspensões dos serviços por condições adversas de navegação, de paralisações por tráfego, enfim, interrupções que impedem a simplificação de cálculo para a obtenção da produtividade diária requerida pela simples divisão dos volumes estimados pelo número de dias do contrato. Nesse sentido, até mesmo o termo de referência (peça 7, p. 24) exige a operação semanal de 144 horas (6 dias). Assim, há elevada imprecisão no cálculo de qual seria o requisito de produtividade mínima diária.

25. Além disso, a produtividade diária reflete as necessidades operacionais do porto para atendimento de eventos de ocorrência mais rara em tempo hábil e para evitar paralisações prolongadas das operações nos terminais devido aos serviços de dragagem dos berços de atracação.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591429.

Logo, a definição do valor exigido de produtividade diária do edital fundamenta-se também em outros parâmetros distintos do mero volume total estimado.

26. Nesse mesmo sentido é a resposta da área técnica da Codesp quanto tema, conforme exposto a seguir (peça 24, p. 12-13):

> Com relação ao Item 4, que trata da capacitação técnica solicitada, a argumentação apresentada pela licitante, relacionada às produtividades diárias mínimas estabelecidas, indica em sua demonstração matemática, contas aritméticas simples, dividindo os volumes estimados ao ano por 360 dias.
>
> Ocorre que, durante as atividades de dragagem são previstas paralisações decorrentes de manutenções corretivas, manutenções preventivas, abastecimento e ainda eventuais cargas/descargas de insumos à tripulação. Ainda, condições meteoceanográficas desfavoráveis, como ondas ou neblina, podem afetar o andamento dos serviços, ou, até, interrompê-los temporariamente.
>
> Tratando-se ainda de um Complexo Portuário em operação, é irreal imaginar que, as entradas, saídas, cruzamento ou atracação dos navios não afetarão o andamento das atividades. Sobretudo, ao equacionar uma conta simples para a dragagem dos berços de atracação, como resultado, a licitante indica que existiria interdição de ao menos um berço por toda a vigência contratual. A saber, os serviços de dragagem nos berços de atracação deverão ser programados, sempre que possível, para execução em janelas de atracação, reduzindo os impactos de dragagem diretamente na movimentação de cargas no Porto de Santos.
>
> Por fim, é importante indicar que, os volumes estimados para dragagem decorrem do aporte de sedimentos que incide nos trechos do canal de navegação, bacias de evolução, acessos e berços de atracação ao longo do tempo, não havendo distribuição linear por todo o período de vigência contratual, e, tampouco, a concentração dos volumes totais logo no início do contrato. A compreensão da sazonalidade e da distribuição irregular dos sedimentos, devido às variações hidrodinâmicas, hidrológicas e morfológicas, que resultam na dragagem de manutenção do Porto de Santos – fatores também descritos nos Anexos 03 e 04 do Termo de Referência, disponibilizados às proponentes, é essencial para conhecimento do objeto de contratação deste processo licitatório.
>
> Assim, com relação às produtividades requeridas, esta área técnica entende pela manutenção dos valores propostos inicialmente no Termo de Referência, dado que, a proponente não irá dispor de 360 dias ao ano para efetiva operação da dragagem (termo usado na produtividade mínima requerida), dados os fatores de redução supramencionados, e, sobretudo, porque os sedimentos a serem dragados serão depositados paulatinamente ao longo do período de vigência contratual, não estando acumulados nas áreas no início de sua vigência.
>
> Ademais, quanto à apresentação de atestado de capacidade técnica demonstrando execução pretérita de produtividade diária de 25.000 m^3/dia, sua apresentação não é mandatória, tendo este atestado, caráter cumulativo (e) ou alternativo (ou) ao(s) atestado(s) que apresente(m) volume dragado (in situ) mínimo de 3.000.000 m^3. Sobretudo, ressalta-se que os quantitativos solicitados para comprovação de experiência pretérita refletem percentual de 25% e 23%, respectivamente, às estimativas para dragagem do canal de acesso e dos berços de atracação.

27. Deve-se considerar ainda o caráter alternativo da comprovação da produtividade mínima diária, descrita no último parágrafo da transcrição. Ou seja, ao permitir alternativamente a comprovação de capacidade técnica por meio de produtividade diária, a contratante possibilita a participação de proponentes, que possuem produtividade satisfatória ao porto, mas não atuaram em contratos com volumes expressivos, de 3.000.000 m^3. Assim, pelo conjunto de fatores expostos, não há ilegalidade na exigência de capacidade técnica.

28. A representante também se insurge contra a não disponibilização das plantas batimétricas realizadas após a conclusão da obra de aprofundamento e readequação dos canais de navegação e berços de atracação, afirmando que tais projetos seriam indispensáveis para correta estimativa dos volumes a serem dragados.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591429.

29. Afirma que após contestação junto à autoridade portuária foi repassado um link de acesso aos arquivos com as plantas batimétricas: http://189.50.187.200/down/arquivos/pe272019.zip. No entanto, o levantamento disponibilizado estaria desatualizado, contendo batimetrias realizadas até mesmo em 2009.

30. Verificaram-se os arquivos disponibilizados no referido link, acesso em 30/10/2019. De fato, constam levantamentos desatualizados, mormente referentes aos diversos berços de atracação, enquanto os levantamentos do canal de navegação datam de novembro de 2018 a fevereiro de 2019.

31. Quanto ao ponto, cabe observar o seguinte há diferença entre a estimativa de volume de dragagem e a condição inicial das áreas a serem dragadas. A volume estimado a ser dragado para fins de manutenção de calado operacional decorre precipuamente do assoreamento vindouro, considerando o prazo contratual de 24 meses, e esse é estimado com base no tratamento estatístico dos dados históricos em conformidade com o procedimento adotado no Pregão 27/2019.

32. Enquanto que a condição atual dos canais, demonstrada por meio dos levantamentos batimétricos recentes, se presta à verificação da presença de acúmulo de sedimentos em determinados trechos em detrimento dos outros, da conformação dos canais e berços, das áreas disponíveis para manobras e operações dos distintos conjuntos de equipamentos a serem disponibilizados, da presença de locais de difícil acesso dos equipamentos e de outros aspectos.

33. Parte dessas informações foram prejudicadas com a disponibilização de levantamentos batimétricos desatualizados, entretanto, as plantas disponibilizadas referentes ao canal de navegação, parcela de maior relevância da obra, são do início do ano e refletem grande parte das intervenções da obra de aprofundamento do canal.

34. Não há uma referência regulamentar sobre o período mínimo de atualização para as plantas batimétricas numa licitação desse tipo, embora o ideal seria o último levantamento realizado. Dessa forma, não há critérios para afirmar que o procedimento adotado foi irregular. Além disso, há o *periculum in mora* reverso decorrente da eventual descontinuidade do pregão para a realização de novos levantamentos batimétricos e disponibilização de outro conjunto de plantas com a necessidade regulamentar de republicação do edital, implicando em mais acúmulo de sedimentos, restrições de profundidade de navegação, restrições de profundidade nos berços de atracação, enfim, diversos impactos na operação do porto e os prejuízos associados.

35. Dessa forma, entende-se adequado, apenas recomendar que, em licitações futuras para esse objeto, a Codesp disponibilize plantas com os levantamentos batimétricos mais atualizadas possíveis, sempre as últimas realizadas, permitindo aos licitantes maior conhecimento das condições das áreas a serem dragadas.

36. O último ponto tratado na representação diz respeito à gravosidade da matriz de riscos, segundo entendimento do representante a matriz impõe todos os riscos sobre o particular.

37. Em suma, a representante alega que as imposições da matriz de risco, edital e termo de referência tornam a execução contratual excessivamente onerosa ao exigir equipamentos e produtividades maiores que as necessidades do porto, segundo as estimativas de assoreamento. Tal situação, promoveria o esgotamento breve do volume de material a ser dragado, sendo certo que haverá capacidade ociosa não remunerada.

38. O representante observa que a programação das atividades de dragagem será estabelecida pela Codesp, a qual emitirá ordens de serviço durante o prazo de execução contratual conforme às necessidades de serviço, sendo possível, contratualmente, a ocorrência de períodos sem programação de dragagens, e ainda assim o equipamento deverá estar disponível. Nessas eventuais janelas entre ordens de serviços não há previsão de remuneração por paralisação ou o pagamento de mobilização e desmobilização.

39. De fato, esses são encargos que o contratado deverá suportar, e, utilizando-se do conhecimento técnico de dragagens na área do estuário de Santos, sopesar a proposta adequadamente.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591429.

40. Nesse ponto, o instrumento convocatório, englobando edital, termo de referência, matriz de riscos e, ainda, os questionamentos e respostas aos licitantes, todos servem para orientar as empresas na elaboração das propostas sobre as obrigações e os riscos a serem assumidos e, durante a fase de execução contratuais, tais disposições irão vincular as partes. A matriz de risco, anexa ao edital (peça 6, p. 57-63), veio a promover mais previsibilidade às partes, e diferentemente do alegado pelo representante, há riscos atribuídos também à contratante – Codesp.

41. Quanto ao argumento de que a produtividade mínima dos equipamentos a serem disponibilizados certamente implicará em capacidade ociosa ao longo do contrato, cumpre refutar, pois é apenas uma possibilidade. Isso porque a produtividade diária mínima requerida dos equipamentos é para o caso de efetiva operação, ou seja, equipamento operando sem impedimentos no porto. Não há exigência que as produtividades mínimas sejam atingidas todos os dias durante os períodos em que há ordem de serviço, pois ocorrem diversas interrupções nas operações de dragagem.

42. Dessa forma, a produtividade média, considerando toda a duração do contrato, pode ser inferior à produtividade mínima requerida dos equipamentos em efetiva operação, sem que haja descumprimento das exigências contratuais. Afastando a certeza manifestada pelo representante de que haverá capacidade ociosa dos equipamentos.

43. Logo, não há irregularidade nos pontos contestados pelo representante na matriz de riscos e nas exigências de produtividade. Cabe à contratante, utilizando-se de suas prerrogativas e conhecimento das necessidades dos serviços de dragagem, estabelecer os requisitos contratuais com a finalidade de manter as condições operacionais do porto, promovendo resposta em tempo adequado às necessidades de dragagem, e, a seu turno, as licitantes devem considerar adequadamente a assunção de riscos para elaborar suas propostas.

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

45. No entanto, analisando os elementos apresentados pelo representante, verifica-se que não há, nos autos, os pressupostos acima mencionados.

46. De fato, quanto ao *fumus boni iuris*, as irregularidades apresentadas não se mostraram procedentes, à exceção da desatualização das plantas batimétricas disponibilizada. No entanto, considera-se falha de menor relevância, conforme os argumentos do item 34 dessa instrução, ensejando, tão somente, a proposição de recomendação para a melhoria de procedimentos futuros.

47. Quanto ao *periculum in mora*, uma vez que a sessão de propostas ocorreu em 29/10/2019, haveria, em tese, risco de ineficácia de decisão futura do Tribunal caso fosse identificada irregularidades no certame. Todavia, há relevante *periculum in mora* reverso devido aos prejuízos decorrentes da demora em iniciar as dragagens de manutenção regulares no canal de navegação e berços de atracação, considerando os elevados volumes de assoreamento do estuário santista, principalmente no período de verão, época de intensas precipitações na baixada santista.

48. Portanto, ausente a fumaça do bom direito, e considerando o perigo da demora reverso, propõe-se indeferir o pedido de medida cautelar, sem prejuízo da proposição de recomendações para melhorias futuras desse tipo de licitação.

CONCLUSÃO

49. O documento constante da peça 1 deve ser conhecido como representação, por preencher os requisitos previstos nos arts. 235 e 237, VII, do Regimento Interno/TCU, c/c o art. 87, § 2º, da Lei 13.303/2016 e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014.

50. As irregularidades narradas, quais sejam: a inobservância do prazo de 15 dias úteis entre a republicação do edital e abertura da sessão de propostas (avaliada nos itens 9 a 13), a previsão de desclassificação automática de licitantes em processo de recuperação judicial (avaliada nos itens 10

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591429.

a 19), a adoção de critérios de habilitação técnica restritivos (avaliada nos itens 20 a 27), incompletude do projeto básico (avaliada nos itens 28 a 35) e a inadequação da matriz de alocação riscos (avaliada nos itens 36 a 43) mostraram-se improcedentes. Apenas a desatualização dos levantamentos batimétricos de determinados berços se mostrou procedente, sendo suficiente a proposta de recomendação à Codesp.

51. No que tange ao requerimento de medida cautelar entende-se que este não deve ser acolhido, por não estarem presentes nos autos os requisitos do *fumus boni iuris* e em havendo *periculum in mora* reverso. Ademais, os elementos constantes dos autos permitem, desde já, seu julgamento de mérito.

52. Diante dos fatos apurados, concluiu-se pela parcial procedência da presente representação, razão pela qual se proporá recomendação à Codesp e o seu arquivamento.

INFORMAÇÕES ADICIONAIS

53. O assunto tratado nos presentes autos, dragagem de manutenção do Porto de Santos, é objeto do processo conexo - TC 015.644/2018-9. Esse processo é resultante de auditoria realizada no âmbito do Fiscobras 2018, ocasião em que foram identificadas irregularidades no último contrato de dragagem de manutenção realizado pela Codesp.

54. A comparação entre o pregão que deu origem ao contrato anterior e esse Pregão 27/2019 demonstrou a correção de falhas identificadas na ocasião, mormente relativas a não adoção de critérios de aceitabilidade de preços unitários. E a impropriedade identificada na representação quanto à disponibilização de plantas batimétricas desatualizadas também é tratada no processo conexo.

55. Por derradeiro, frise-se que a presente análise se restringiu às irregularidades apontadas pelo representante, não caracterizando, portanto, exame exaustivo do procedimento licitatório em tela.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

56. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 87, § 2º, da Lei 13.303/2016 e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

b) indeferir o requerimento de medida cautelar formulado pela Enterpa Engenharia Ltda., tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para adoção da referida medida;

c) recomendar, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que em licitações futuras de dragagens de manutenção, a Companhia Docas do Estado de São Paulo disponibilize plantas com os levantamentos batimétricos mais atualizadas possíveis, sempre as últimas realizadas, permitindo aos licitantes maior conhecimento das condições das áreas a serem dragadas;

d) encaminhar cópia do Acórdão à Companhia Docas do Estado de São Paulo e ao representante, informando que o conteúdo da decisão do TCU pode ser consultado no endereço www.tcu.gov.br/acordaos e que o inteiro teor dos acórdãos, incluindo os relatórios e os votos, pode ser obtido no dia seguinte ao de sua oficialização;

e) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 237, parágrafo único, c/c o art. 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU.

É o relatório.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591429.

VOTO

Cuidam os autos de representação, com pedido de medida cautelar, ofertada pela empresa Enterpa Engenharia Ltda., a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Companhia Docas do Estado de São Paulo, atualmente denominada Santos Port Authority (SPA), relativas ao Pregão Eletrônico 27/2019, destinado à contratação dos serviços de dragagem de manutenção do canal de acesso e berços de atração do Porto de Santos.

2. O objeto da presente licitação 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, cujo orçamento foi estimado em R$ 309 milhões.

3. Na inicial, a representante alega as seguintes irregularidades: (i) inobservância do prazo de quinze dias úteis entre a republicação do edital e a abertura da sessão de propostas; (ii) previsão de desclassificação automática de licitantes em processo de recuperação judicial; (iii) adoção de critérios de habilitação técnica restritivos; (iv) incompletude do projeto básico; (v) inadequação da matriz de alocação de riscos; e (vi) desatualização dos levantamentos batimétricos de determinados berços.

4. Ao examinar os pontos trazidos pela representante, a Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia) entendeu que os cinco primeiros seriam improcedentes e o sexto seria parcialmente procedente, e propôs recomendar à SPA para que em futuras licitações de dragagens fossem disponibilizadas plantas com os levantamentos batimétricos o mais atualizadas possível. Propõe também indeferir a medida cautelar pleiteada em razão da ausência da fumaça do bom direito.

5. Compete esclarecer também que, um dia após o protocolo da inicial, a representante juntou aos autos pedido de desistência do presente feito, por considerar que, com a abertura da sessão do pregão eletrônico naquela data, teria ocorrido a perda do objeto desta representação.

6. Contudo, como bem explanado pela unidade técnica, com base na jurisprudência desta Corte, o pedido de desistência da representação não obsta o prosseguimento do processo, que não tem seu andamento condicionado ao desejo do representante, em atenção ao princípio do impulso oficial.

7. Concordo na essência com a unidade técnica, à exceção do indício de irregularidade narrado no item (ii), o qual entendo merecer a emissão de ciência à SPA para que nas próximas licitações acompanhe a jurisprudência dominante desta Corte, conforme detalharei nos tópicos a seguir.

8. De fato, como narrado pela unidade técnica, improcedente o argumento acerca da inobservância do prazo de quinze dias sob o pretexto de que o dia 28/10 não poderia ser computado como dia útil em razão do dia do servidor público. Conforme a Portaria MP 442/2018, que divulgou a lista de feriados nacionais, o dia 28/10 foi considerado como ponto facultativo no ano de 2019, não sendo feriado nacional.

9. Também não prospera o argumento de adoção de critérios de habilitação restritivos, uma vez que a mera divisão do volume total a ser dragado pelos dias de vigência do contrato não pode ser considerada como parâmetro referente à produtividade mínima exigida dos participantes. Isto porque, existe um intenso tráfego de embarcações cruzando o canal principal no Porto de Santos, local da maior concentração de sedimentos a dragar e alta sensibilidade a obstruções em seu traçado. Logo, razoável a SPA exigir uma produtividade mínima superior à produtividade média diária calculada pela representante com base em simples artifício matemático. Além disso, o assoreamento não ocorre de forma uniforme durante o ano, havendo meses, principalmente no período chuvoso, em que ocorre maior sedimentação ao longo do canal de navegação.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591431.

10. Improcedente também a tese acerca da incompletude do projeto básico em função da não disponibilização das plantas batimétricas realizadas após a conclusão da obra de aprofundamento e readequação dos canais de navegação e berços de atracação. Logo após tal contestação junto à autoridade portuária, foi disponibilizado em seu sítio eletrônico acesso aos arquivos com as plantas batimétricas mais recentes para o canal de navegação, datadas de novembro de 2018 a fevereiro de 2019.

11. Além disso, há diferença entre a estimativa de volume de dragagem e a condição inicial das áreas a serem dragadas. Isto porque, em uma dragagem de manutenção, a empresa é contratada para dragar o material que irá se depositar em função do assoreamento que ocorre comumente em portos estuarinos, localizados numa transição entre um rio e o mar, como verificado no Porto de Santos. Logo, nesse tipo de contratação, um preciso levantamento da sedimentação anual do porto é considerado primordial, diferentemente de uma dragagem de aprofundamento, na qual tem maior relevo a condição inicial das áreas a serem aprofundadas.

12. Também não socorre à representante sua alegação acerca do desequilíbrio na matriz de risco em virtude da exigência de equipamentos e produtividades maiores que as necessidades do porto, segundo as estimativas de assoreamento. Conforme já explicado, a dimensão da draga a ser mobilizada não decorre da simples divisão do assoreamento estimado pela duração do contrato. Primeiro porque o assoreamento não ocorre de forma uniforme ao longo do ano. Segundo, o canal do porto de Santos é um dos mais movimentados de toda a América Latina, com tráfego constante de navios entrando e saindo dos berços de atração, dispondo a empresa contratada para manutenção de breves janelas de tempo para execução do serviço.

13. Apesar desse contexto que descrevi, concordo com a proposta de recomendação expedida pela unidade técnica, uma vez que restou caracterizada a disponibilização de plantas batimétricas de alguns berços datadas de 2009. Contudo, considerando que o volume a ser dragado nos berços é nove vezes inferior ao volume dos canais, e que as plantas dos canais estavam atualizadas, não se faz necessária a adoção de outras medidas além da recomendação para o fornecimento de plantas batimétricas mais atualizadas quando da realização de futuras licitações.

14. Relativamente à previsão de desclassificação automática de licitantes em processo de recuperação judicial, estampada do item 3.2 do Edital do Pregão, a despeito de a SPA ter flexibilizado tal entendimento por meio de esclarecimento a um pedido de informação da própria representante, devidamente publicado em sua página na internet, entendo que em futuras licitações a autoridade portuária deve se abster de prever tais cláusulas.

15. Esse assunto encontra-se pacificado na jurisprudência desta Corte que converge para a admissão da participação de licitantes em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/1993 (Acórdão 8.271/2011-TCU-2ª Câmara, relator **Ministro Aroldo Cedraz**).

16. Ademais, compete esclarecer que, apesar da não republicação do edital com a supressão da cláusula que proibia a participação das empresas nessas circunstâncias, foi verificado uma ampla participação de empresas no certame, fato evidenciado pelo registro dos respectivos questionamentos apresentados nas fases anteriores à sessão de abertura de propostas.

17. Logo, a não republicação do edital não foi acompanhada de evidências de prejuízo à competitividade do certame. Outro ponto que reforça a inexistência de restrição ou impedimento à participação de empresas foi a obtenção de desconto significativo entre o valor da menor proposta e o valor do orçamento de referência, algo em torno de R$ 35 milhões ou 11% do orçamento base.

18. Por fim, compete trazer à baila informação de que, em mandado de segurança impetrado pela empresa Van Oord Serviços de Operações Marítimas Ltda., foi deferido com base no poder geral

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591431.

de cautela, a suspensão de todos os atos e procedimentos relativos ao Pregão 27/2019, inclusive a emissão de ordem de serviço, a fim de permitir melhor conhecimento acerca de eventuais riscos de sobreposição dos serviços ou mesmo evitar o comprometimento na apresentação de batimetria para o ateste de pleno cumprimento da dragagem executada por ela em consórcio com a empresa Boskalis Dragagem e Serviços Marítimos Ltda.

19. Como a empresa Van Oord ainda detém contrato de dragagem de aprofundamento e de manutenção vigente no Porto de Santos até agosto de 2020, haveria o risco de os serviços executados com base no Pregão 27/2019 interferirem na batimetria destinada ao ateste da medição final do Contrato da Van Oord. Além desses argumentos, a referida empresa apresentou questionamentos acerca da exequibilidade da proposta da empresa DTA Engenharia, classificada em primeiro lugar no pregão. Esses questionamentos já haviam sido elididos pela SPA em diligência feita antes da celebração do contrato.

20. Além disso, em sede de Agravo de Instrumento interposto pela DTA no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, contra o referido mandado de segurança, foi deferido efeito suspensivo recursal permitindo o prosseguimento imediato da contratação da agravante para prestação do serviço licitado nos termos do Pregão 27/2019. Está em discussão no referido agravo se é possível a propositura de mandado de segurança sem a demonstração de direito líquido e certo, isto é, desprovido da apresentação de prova pré-constituída, uma vez que os pontos apresentados pela Van Oord, pela complexidade do assunto, necessitaram de diligência probatória.

21. Conforme visto, verifica-se que os pontos tratados na esfera judicial diferem dos pontos objeto da presente representação, não havendo conexão direta com o apurado nesta representação.

Não havendo mais nada a tratar, VOTO para que seja acolhida a minuta de Acórdão que ora trago à apreciação deste Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 13 de maio de 2020.

Ministro VITAL DO RÊGO
Relator

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591431.

ACÓRDÃO Nº 1201/2020 – TCU – Plenário

1. Processo TC 037.266/2019-5.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessados: DTA Engenharia Ltda.
4. Órgão/Entidade: Autoridade Portuária de Santos S.A.
5. Relator: Ministro Vital do Rêgo.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPortoFerrovia).
8. Representação legal: Anéia Viana da Silva (OAB/SP 314.766) e outros, representando DTA Engenharia Ltda.; Cláudia de Carvalho Alves e outros, representando Enterpa Engenharia Ltda.

9. Acórdão:

VISTA, relatada e discutida esta representação acerca de possíveis irregularidades no Pregão Eletrônico 27/2019, conduzido pela Autoridade Portuária de Santos S.A para contratação de serviços de dragagem de manutenção no Porto de Santos;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 87, § 2º, da Lei 13.303/2016 e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. indeferir o requerimento de medida cautelar formulado pela Enterpa Engenharia Ltda., tendo em vista a inexistência dos pressupostos necessários para adoção da referida medida;

9.3. recomendar, com fundamento no art. 250, inciso III, do Regimento Interno do TCU, que em licitações futuras de dragagens de manutenção, a Autoridade Portuária de Santos S.A disponibilize plantas com os levantamentos batimétricos mais atualizadas possíveis, sempre as últimas realizadas, permitindo aos licitantes maior conhecimento das condições das áreas a serem dragadas;

9.4. dar ciência à Autoridade Portuária de Santos S.A que, em suas licitações, é possível a participação de empresa em recuperação judicial, desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/1993;

9.5. autorizar o ingresso da DTA Engenharia Ltda. como interessada nos autos, uma vez que detém contrato assinado com a Autoridade Portuária de Santos S.A decorrente do Pregão 27/2019;

9.6. encaminhar cópia desta decisão à Autoridade Portuária de Santos S.A e ao representante, bem como à empresa DTA Engenharia Ltda.; e

9.7. arquivar os presentes autos, nos termos do art. 237, parágrafo único, c/c o art. 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU.

10. Ata n° 16/2020 – Plenário.
11. Data da Sessão: 13/5/2020 – Telepresencial.

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591445.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-1201-16/20-P.
13. Especificação do quórum:
13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Augusto Nardes, Raimundo Carreiro, Ana Arraes, Bruno Dantas e Vital do Rêgo (Relator).
13.2. Ministros-Substitutos presentes: Marcos Bemquerer Costa, André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
VITAL DO RÊGO
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral

Para verificar as assinaturas, acesse www.tcu.gov.br/autenticidade, informando o código 64591445.