

**3ª ATA DE ESCLARECIMENTOS REFERENTES À CONCORRÊNCIA PÚBLICA
Nº 002/2022**

PPP CENTRAIS DE ENERGIA ELÉTRICA FOTOVOLTAICA

OBJETO: Parceria Público-Privada, na modalidade de Concessão Administrativa, para implantação, manutenção e operação de Centrais de Energia Elétrica Fotovoltaica, com gestão de serviços de compensação de créditos, para atender demanda energética das estruturas físicas da Administração Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.

PROCESSO: 57/005.197/2022

Pela presente ata, a Comissão Especial de Licitação constituída pela Resolução “P” SEINFRA n. 075, de 15 de agosto de 2022, publicada no Diário Oficial Eletrônico n. 10.916 de 16 de agosto de 2022, leva ao conhecimento público o Pedido de Esclarecimento referente ao Edital de Concorrência n. 002/2022, bem como sua respectiva resposta, nos termos do disposto no item 3.3 do instrumento convocatório.

As formulações apresentadas, bem como as respostas e esclarecimentos recebidos, passam a integrar o referido processo licitatório, sendo de observância obrigatória pelos licitantes.

Questionamento 07: Cláusula 13ª do Anexo II - Documentos de Habilitação

- a. Em relação ao item Nº 1, a Licitante poderá apresentar CAT comprovando sua atuação na operação de usinas com potencias superiores à 2,5 MW de modo a atender o requisito (Duas usinas de 2,5 MW). Exemplificando: Uma usina com 5 MW atenderia ao requisito?
- b. Ainda em relação ao item de Nº1, a Licitante poderá utilizar o somatório de mais de um atestado de modo a comprovar os 5,0 MW de potência de saída solicitado como requisito.
- c. Por fim, ainda neste mesmo item, questionamos se outras fontes renováveis (ex: geração hidroelétrica) poderão compor o somatório das CAT's para comprovação de Qualificação Técnica.

Resposta da CEL: O entendimento está correto, uma usina com 5 MW atenderia ao requisito exigido com a finalidade de comprovação da capacitação técnico-operacional exigida das Licitantes. Em relação as experiências com outras fontes renováveis não são válidas, tendo em vista previsão contida no Item 13.1., do Anexo II – Documentos de Habilitação, é clara ao prever a necessidade de comprovação de experiência envolvendo “operação e manutenção de usinas de energia solar fotovoltaica, cujas Potências de Saída (AC) alcancem, no mínimo, 2,5MW”.

Questionamento 08: Cláusula 31ª do Anexo II – Outros Documentos

Podemos participar com a Holding e posteriormente passar a responsabilidade para uma subsidiária?

Resposta da CEL: É autorizada a participação de Licitante Individual na Concorrência em referência, sendo certo que, caso esta Licitante seja declarada vencedora, a SPE deverá ser sua subsidiária integral (Item 13.2.1., do Edital). Vale destacar que toda e qualquer alteração acionária, durante todo o período da Concessão, que importe na alteração de controle da SPE ou na transferência da Concessão Administrativa, de acordo com o Item 13.1., da Minuta de Contrato, somente poderão ocorrer mediante prévia e expressa autorização do Poder Concedente, sob pena de caducidade da Concessão Administrativa.

Questionamento 09: Tabela VII, do Anexo II do Edital.

Nos termos da tabela VII do Anexo II, do Edital, bem como das alterações constantes do Primeiro Adendo, é certo que os atestados apresentados para fins de habilitação técnico-operacional não precisam estar registrados nos conselhos de classe (ou outro órgão competente), bastando apenas que o documento seja expedido por pessoa jurídica de direito privado ou público ou por órgão de regulação e/ou fiscalização, sem prejuízo da observação das demais regras.

Para fins de habilitação técnico-profissional, por outro lado, o Edital estabelece que serão aceitos apenas atestados de responsabilidade técnica, devidamente certificados pelos conselhos que regulamentam o exercício das respectivas profissões.

Isto é, verifica-se a existência de regras diferentes para o atendimento do requisito técnico, o que traz sérios impeditivos a competitividade do certame. Ainda, ressalta-se que não há qualquer prejuízo à Administração Pública, caso esta dispense a necessidade do registro técnico no órgão de classe, vez que o objeto da experiência prévia se manteria inalterado, bem como seriam emitidos por pessoa jurídica de direito privado ou público ou por órgão de regulação e/ou fiscalização, sem prejuízo da observação das demais regras.

Com isso, entende-se que tanto nos atestados apresentados para fins de qualificação técnico-operacional, quanto nos atestados técnico-profissional, não há a necessidade do seu registro pelos conselhos que regulamentam o exercício das respectivas profissões, tampouco ser apresentado da respectiva Certidão de Anotação Técnica – CAT.

O entendimento está correto?

Resposta da CEL: O entendimento não está correto. A exigência de atestados registrados nas entidades profissionais competentes, desde que limitada à capacitação técnico-profissional, que diz respeito às pessoas físicas indicadas pelas empresas Licitantes, não se mostra contrária à competitividade (Acórdão 1849/2019, Plenário, Relator: Raimundo Carreiro). De acordo com o Item 13.2. e 23, do Anexo II – Documentos de Habilitação, a comprovação do registro perante as entidades profissionais competentes se faz necessária tanto em relação à atestação apresentada propriamente dita, quanto em relação ao próprio registro de inscrição do profissional qualificado, respectivamente.

Questionamento 10: Tabela VII, do Anexo II, do Edital.

Visto as alterações promovidas pelo Primeiro Adendo ao Edital, na redação da Tabela VII, itens I e II, do Anexo II, foi admitida a somatória de atestados para o cumprimento da habilitação técnico-operacional, desde que um dos atestados comprove a operação e manutenção de usina de energia solar fotovoltaica que possua, pelo menos, 1MW de Potência de Saída (AC), equivalente a 40% (quarenta por cento) do total.

Dessa forma, favor esclarecer se também será admitido o somatório de atestados para o atendimento dos requisitos de capacitação técnico-profissional. Caso afirmativo, favor esclarecer quais as regras que serão adotadas para o somatório dos Atestados.

Resposta da CEL: Não será admitido somatório de atestados para o atendimento dos requisitos de capacitação técnico-profissional.

Questionamento 11: Itens 7.1., 7.2. e 7.2.1. do Edital.

Com relação a representação das Licitantes no certame, nos termos do item 7.1. do Edital, foi estabelecido que, nos atos práticos junto à B3 (incluindo a entrega da documentação), as Licitantes deverão ser representadas por intermédio de “Participantes Credenciadas” que, por sua vez, são sociedades distribuidoras ou corretoras contratadas pela Licitante e habilitadas a operar na B3.

Nos itens 7.2. e 7.2.1. do Edital, no entanto, foi disposto que cada Licitante deverá indicar pelo menos 1 e no máximo 3 “Representantes Credenciados”, os quais devem comprovar os seus respectivos poderes de representação por meio de procuração ou, na hipótese de se tratar do próprio representante legal da Licitante, mediante apenas os documentos societários registrados na Junta Comercial (ou órgão similar).

Isto posto, em outros certames públicos conduzidos pela B3 é exigido que as Licitantes, além da Participante Credenciada, possua também os representantes credenciados que, por sua vez, são pessoas físicas autorizadas a representar as Licitantes em todos os documentos e atos relacionados à licitação.

Diante do exposto, entende-se que as disposições editalícias não deixam claro se a representação das Licitantes ficará à cargo da Representante Credenciada (empresa autorizada a operar junto à B3), em conjunto com os Representantes Credenciados indicados pelas Licitantes (estes podendo ser procuradores ou os próprios representantes legais da Licitante).

Com isso, sugerimos à esta d. Comissão de Licitações a reformulação dos itens ora mencionados, a fim de autorizar que as Licitantes possam ser representantes tanto pela Participante Credenciada (e, seus respectivos Operadores), quanto pelos Representantes Credenciados, no que se refere a todos atos e documentos relacionados ao procedimento licitatório.

Resposta da CEL: As atribuições da Participante Credenciada e do(s) Representante(s) Credenciado(s) estão bem definidas nos documentos editalícios, sendo a Participante Credenciada a sociedade distribuidora ou corretora, habilitada nos termos da legislação brasileira e autorizada a operar na B3 e contratada pela Licitante para representá-la em todos os atos relacionados à Concorrência junto à organizadora da Concorrência. O(s) Representante(s) Credenciado(s), por sua vez, pessoas autorizadas a representar as Licitantes em todos os documentos

relacionados a Concorrência, exceto nos atos praticados junto à B3 (estes são realizados pela Participante Credenciada).

Questionamento 12: Tabela VIII, Anexo II, do Edital.

Conforme a Tabela VIII – “Outros Documentos” constante no Anexo II, do Edital em referência, exige-se a apresentação da Minuta de Estatuto Social da Sociedade de Propósitos Específico (“SPE”), em conjunto com eventuais acordos entre os futuros acionistas da SPE, dentro do Envelope 3 (Documentos de Habilitação).

Neste âmbito, sugere-se a substituição da apresentação das minutas de Estatuto Social e do acordo de acionistas da futura SPE, por declarações, a serem firmadas pelos representantes legais da Licitante, pelo qual seja assumido o compromisso que, caso a Licitante se sagre vencedora, irá constituir a SPE, em linha as exigências estabelecidas pelo Edital e Contrato, bem como cumprir com as demais obrigações necessárias e precedentes a assinatura do Contrato de Concessão.

Tal declaração torna-se relevante especialmente aos Licitantes Individuais, visto que os Consórcios são obrigados a assumir tais compromissos no “Termo de Compromisso de Constituição de Consórcio e de Sociedade de Propósito Específico”.

Além disso, favor esclarecer se as Licitantes individuais estão isentas da apresentação da minuta de acordo de acionistas, considerando que haverá apenas um único sócio.

Resposta da CEL: É autorizada a participação de Licitante Individual na Concorrência em referência, sendo certo que, caso esta Licitante seja declarada vencedora, a SPE deverá ser sua subsidiária integral (Item 13.2.1., do Edital). Para fins de atendimento do previsto no item 1, da Tabela VIII – “Outros Documentos”, Anexo II do Edital, a Licitante deverá obrigatoriamente apresentar a minuta do estatuto social da SPE.

Questionamento 13: Item 7.17. do Edital.

Nos termos do artigo 5º, §1º, inc. III, da Lei Federal nº 14.063/2020, a qual dispõe que a assinatura eletrônica qualificada, isto é, aquela que utiliza certificado digital, será admitida em qualquer interação eletrônica com ente público.

As assinaturas eletrônicas, desde que respeitados parâmetros da Infraestrutura de Chaves Públicas – ICP Brasil, de possuem a mesma validade jurídica que o reconhecimento de firma realizado por Cartório, com isso, entende-se que os documentos a serem apresentados no âmbito da presente licitação poderão ser firmados eletronicamente por meio de certificado digital ICP Brasil. O entendimento está correto?

Resposta da CEL: O entendimento está correto.

Questionamento 14: Item 8.8.1. e Tabela VIII, Anexo II, do Edital.

Visto que o item 8.8.1. do Edital é solicitada a inclusão da Declaração Preliminar (modelo “l.d”, Anexo I, do Edital) dentro Envelope I. E, por outro lado, nos termos do Anexo I, é disposto que essa mesma declaração deverá ser apresentada no Envelope 3.

Indaga-se, em qual Envelope (1 e/ou 3) a Declaração Preliminar deverá ser apresentada?

Resposta da CEL: A Declaração Preliminar deverá ser apresentada no Envelope 1 conforme estabelece o subitem 8.8 do edital.

Questionamento 15: Cláusula 1.1. da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI, do Edital).

Considerando que o Contrato Concessão prevê que os riscos advindos de caso fortuito e força maior serão compartilhados entre a Concessionária e o Poder Concedentes.

Na cláusula 1.1. da Minuta do Contrato de Concessão, no entanto, não há uma definição acerca do termo “Caso Fortuito” e/ou “Força Maior”, de forma que restaria imperiosa para a delimitação clara da alocação de riscos entre as partes. Não obstante o disposto na Cláusula 23.5. e seguintes da Minuta do Contrato de Concessão, sugere-se a inclusão da seguintes disposição na Cláusula 1.1.:

“Caso Fortuito e Força Maior: eventos imprevisíveis e inevitáveis, que resultem em onerosidade comprovadamente excessiva para qualquer das Partes ou inviabilizem inequivocamente a continuidade da Concessão. Caso Fortuito é toda situação decorrente de fato alheio à vontade das Partes, porém, proveniente de atos humanos. Força Maior é toda situação decorrente de fato alheio à vontade das Partes, porém, proveniente de atos da natureza. ”

Resposta da CEL: A inclusão sugerida não será acatada. A definição dos eventos de caso fortuito ou força maior já está prevista na Cláusula 23.5., da Minuta de Contrato.

Questionamento 16: Cláusula 1.1. da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI, do Edital).

Diante da integração das Central de Energia Elétrica Fotovoltaica com o Sistema de Compensação de Crédito, verifica-se a necessidade de ser definida quais são os serviços compreendidos pela compensação de crédito e, ainda, quais normativos seriam aplicáveis a esse sistema.

Diante disso, sugere-se a inclusão da seguinte disposição, na Cláusula 1.1. da Minuta de Contrato de Concessão:

“Compensação de Créditos: utilização de créditos de energia para abatimento do consumo de energia elétrica de uma Unidade Consumidora, conforme o funcionamento do Sistema de Compensação de Energia Elétrica de que trata a Resolução Normativa ANEEL nº 482/2012 e suas alterações. ”

Resposta da CEL: A inclusão sugerida não será acatada. A Minuta de Contrato já conta com a definição do Sistema de Compensação de Energia Elétrica (*“sistema no qual a energia ativa é injetada por unidade consumidora com micro ou minigeração distribuída, na rede das Distribuidoras de Energia e cedida, a título de empréstimo gratuito, sendo posteriormente compensada com o consumo de energia elétrica ativa ou contabilizada como crédito de energia de Unidades Consumidoras participantes do sistema;”*).

Questionamento 17: Cláusula 5.2.13 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI, do Edital).

Ao tratar das competências da Poder Concedente no bojo do Minuta do Contrato de Concessão, a Cláusula 5.2.13. dispõe o seguinte: *“Recomendar a decretação da caducidade da Concessão ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul”*.

No entanto, em vista do estabelecido pelos artigos 35 e 38 da Lei Federal nº 8.987/1995, entende-se que a caducidade apenas pode ser recomendada desde que garantido o contraditório em processo administrativo próprio.

Nesse sentido, sugere-se acrescer à Cláusula em comento a seguinte redação: *“Recomendar a decretação da caducidade da Concessão ao Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, desde que garantido a ampla defesa da Concessionária em sede de processo administrativo”*.

Resposta da CEL: A inclusão sugerida não será acatada. A Minuta de Contrato já estabelece que a decretação de caducidade será precedida de processo administrativo garantindo-se o devido processo legal, em observância à Lei Federal n.º 8.987/1995 (Cláusulas 34.1.e seguintes, da Minuta de Contrato).

Questionamento 18: Cláusulas 9.8. e 9.9. da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI, do Edital).

A Cláusula 9.8 da Minuta do Contrato de Concessão permite que os bens reversíveis considerados obsoletos ou inservíveis sejam ser alienados pela SPE, desde que: **(i)** o Poder Concedente seja previamente comunicado por meio escrito, **(ii)** não afete a qualidade dos Serviços de implantação e operação das Central de Energia Elétrica Fotovoltaica; e **(iii)** referidos bens sejam substituídos por outros sem prejuízo do perfeito funcionamento dos Serviços de implantação e operação da Central de Energia Elétrica Fotovoltaica e do cumprimento integral da SPE de todas as obrigações estabelecidas pelo Contrato.

Em contrapartida, a Cláusula 9.9 exige que 20% (vinte por cento) das receitas brutas decorrentes da eventual alienação de bens reversíveis será destinado ao Poder Concedente.

Ocorre que, o setor de geração de energia fotovoltaica é permeado por inovações tecnológicas constantes, dessa forma, entende-se que o percentual devido ao Poder Concedente é demasiadamente excessivo, o qual não pondera os custos relacionados às inovações tecnológicas, bem como dos gastos com a substituição de bens reversíveis considerados obsoletos.

Neste âmbito, com vistas à viabilidade da Concessão Administrativa e a contínua otimização tecnológica, sugere-se que o percentual destinado ao Poder Concedente deve ser reduzido para 10% (dez por cento) da receita bruta decorrente de eventual alienação.

Resposta da CEL: A alteração sugerida não será acatada.

Questionamento 19: Cláusula 9.12.2. da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI, do Edital)

Na Cláusula 9.12.2. Minuta do Contrato de Concessão, ao dispor sobre eventual constatação de irregularidades no relatório circunstanciado que retrate a situação dos Bens Reversíveis por parte do Poder Concedente, é previsto o prazo de 15 (quinze) dias, contados do recebimento da notificação do Poder Concedente, para a SPE promover os ajustes necessários no relatório.

A depender da complexibilidade técnica de eventual inconsistência apurada pelo Poder Concedente, o prazo referido acima verifica-se como escasso, não obstante ao fato de alocar à SPE o risco de descumprimento contratual caso seja inviável a resolução dos problemas nesse período.

Esse ônus, frise-se, tem reflexos imediatos no valor da proposta e na atração de parceiros privados para participação no certame.

Nesse sentido, sugere-se que seja alterada a redação da Cláusula em discussão para que passe a constar:

9.12.2. A SPE terá o prazo mínimo de 15 (quinze) dias úteis, a depender da complexibilidade técnica de eventual irregularidade, contados do recebimento da notificação do Poder Concedente, para promover os ajustes necessários no relatório.

Resposta da CEL: A alteração sugerida não será acatada. O prazo de 15 (quinze) dias corridos se mostra razoável para que a SPE realize os ajustes necessários no relatório, principalmente, considerando que, de acordo com a Cláusula 9.12., os Bens Reversíveis serão permanentemente inventariados e atualizados pela SPE, devendo ser apresentado anualmente, o relatório circunstanciado que retrate a situação dos Bens Reversíveis.

Questionamento 20: Cláusula 9. Da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI, do Edital)

Tendo em vista os custos administrativos relacionados a consecução das atividades da SPE, entende-se que podem ser utilizados bens de terceiros para as atividades não correlacionados diretamente à prestação dos serviços de implantação, manutenção e operação de Central de Energia Elétrica Fotovoltaica, com gestão de serviços de compensação de créditos. O entendimento está correto?

Em caso positivo, sugere-se a inclusão da seguinte redação:

“9.X1 Ressalvadas as hipóteses previstas na presente cláusula, a utilização direta de equipamentos, infraestrutura ou quaisquer outros bens, que não sejam de propriedade da SPE na execução do Objeto, dependerá de autorização prévia, específica e expressa do Poder Concedente, mediante solicitação a ele encaminhada pela SPE na qual se demonstre a inexistência de qualquer prejuízo para a continuidade dos serviços do Objeto em caso de extinção da Concessão.

9. X2. O Poder Concedente poderá autorizar a utilização dos bens de terceiros pela SPE, desde que reste comprovada a inexistência de risco à continuidade do OBJETO, e não reste prejudicado o retorno dos Bens Reversíveis ao final da Concessão.

9.X3. Para fins da autorização de que trata a subcláusula 9.X1, o Poder Concedente poderá exigir que o contrato celebrado entre o terceiro envolvido e a SPE contenha disposição pela qual o terceiro se obrigue, em caso de extinção da Concessão, a manter tal contrato e a sub-rogar o Poder Concedente ou terceiros por esse indicados nos direitos dele decorrentes, por prazo a ser ajustado em cada caso, entre as partes.

9.X4. São bens cuja reversão não é obrigatória e que não dependem da autorização prévia de que trata a subcláusula 9.X1, sendo, portanto, admitido o aluguel, o comodato, o mútuo, o leasing ou outra forma jurídica prevista na legislação, para a sua utilização na Concessão:

- a) materiais e mobiliário de escritório, equipamentos e suprimentos de informática (computadores, impressoras, projetores etc.) e programas de computador;*
- b) equipamentos e aparelhos de som, de projeção e de audiovisual;*
- c) os veículos automotores (caminhões, automóveis etc.) adotados na execução do Objeto;*
- d) objetos e bens utilizados diretamente nas atividades de limpeza, conservação e jardinagem; e equipamentos e ferramentas de manutenção.”*

Resposta da CEL: O entendimento está parcialmente correto, tendo em vista que, observados os termos das Cláusula 9 e 40 do Anexo VI Minuta do Contrato, compete à SPE assegurar a disponibilidade de instalações, equipamentos, veículos, edificações e outros bens necessários e vinculados à adequada prestação serviços relativos ao Objeto da Concessão os quais, ao término do Contrato, serão transferidos ao patrimônio do Poder Concedente.

Questionamento 21: Cláusula 9. Da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI, do Edital).

Em vista da relevância da disponibilidade dos bens reversíveis para a consecução do objeto do Contrato de Concessão, entende-se como de extrema relevância que a SPE tenha competência para medidas judiciais ou administrativas para assegurar a posse dos bens reversíveis.

Nesse sentido, sugere-se a inclusão da seguinte redação: “9.X A SPE fica expressamente autorizada a propor, em nome próprio, quaisquer medidas judiciais e administrativas cabíveis para assegurar ou recuperar a posse dos Bens Reversíveis.”

Resposta da CEL: A inclusão sugerida não será acatada. À SPE compete assegurar a disponibilidade dos Bens Reversíveis, devendo lançar mão de medidas judiciais ou administrativas para tanto, se preciso, independentemente de previsão contratual a respeito desta faculdade.

Questionamento 22: Cláusula 10.1. da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI, do Edital).

Ao tratar sobre as áreas de Implantação da Central de Energia Elétrica Fotovoltaica, a Cláusula 10.1., da Minuta do Contrato de Concessão, estabelece o prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data de assinatura, para que a SPE indique no plano de implementação em qual terreno será implementado o projeto.

No entanto, verifica-se que o prazo acima é completamente irrazoável, principalmente considerando que o plano de implantação deve ter como requisitos mínimos:

- i)** Avaliação do(s) terreno(s), incluindo a análise prévia da adequação das características físicas da(s) área(s) compatíveis com a Geração Mínima exigida no Contrato, bem como o enquadramento na Micro ou Minigeração, na modalidade autoconsumo remoto, nos termos da Legislação da Geração Distribuída;

- ii) Comprovação da realização de *Due Diligence* imobiliária do(s) terreno(s), de modo a comprovar que o proprietário da área possui legitimidade para alienar o(s) imóvel(eis) à SPE;
- iii) Apresentação do Instrumento jurídico necessário para viabilizar a exploração da(s) área(s) localizada(s) para a implantação da Central de Energia Elétrica Fotovoltaica pela SPE;
- iv) Avaliação acerca da capacidade e estimativa de geração da Central de Energia Elétrica Fotovoltaica a ser instalada em determinado(s) terreno(s) compatíveis com a exploração dos Serviços objeto da Concessão.

Em vista da complexibilidade técnica e do expressivo volume de informações a serem avaliadas para apresentação do plano de implantação, sugere-se a alteração do prazo disposto na Cláusula 10.1, passando a constar 60 (sessenta) dias, prorrogável por igual período, caso solicitado pela SPE com as devidas justificativas.

Resposta da CEL: A alteração sugerida não será acatada, considerando que a SPE, enquanto Adjudicatária, já poderá realizar a sondagem dos terrenos nos quais poderá promover a implantação da Central de Energia Elétrica Fotovoltaica pela SPE.

Questionamento 23: Cláusula 10.5. da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI, do Edital).

Ainda que a Minuta do Contrato de Concessão disponha que a SPE deverá adotar as medidas necessárias por iniciativa própria, independentemente de eventual notificação do Poder Concedente, tomar medidas urgentes para evitar quaisquer riscos de acidentes ou danos ou para garantir a segurança de pessoas ou de bens, bem como a posse da(s) área(s), entende-se que os custos decorrentes devam ser partilhados com o Poder Concedente.

Nesse sentido, entende-se necessário prever uma “faixa limite” referente aos custos a serem arcados integralmente pela SPE, em vistas das medidas tomadas para evitar quaisquer riscos de acidentes ou danos ou para garantir a segurança de pessoas ou de bens, bem como a posse da(s) área(s). Caso superado o valor desta faixa, por outro lado, os custos devem ser assumidos integralmente pelo Poder Concedente, cabendo indenização à SPE, a depender do caso concreto.

Essa adequação é de extrema necessidade, uma vez que ultrapassa a esfera de deveres e os riscos previsíveis no âmbito das atividades desenvolvidas pela SPE.

Resposta da CEL: A alteração sugerida não será acatada, tendo em vista que a adoção de medidas urgentes, nas situações mencionadas na Cláusula 10.5., da Minuta de Contrato, só serão necessárias em decorrência de condutas relacionadas à atuação da SPE, não subsistindo motivação para que os custos sejam repartidos com o Poder Concedente.

Questionamento 24: Cláusula 12. Da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI, do Edital).

Em vista das boas práticas da Administração Pública e de Governança Corporativa, sugere-se a inclusão previsão pela qual a SPE se comprometa a adotar padrões de boas práticas de Governança Corporativa, incluindo a padronização das suas

demonstrações financeiras, em observância à Legislação Societária Brasileira (Lei Federal nº. 10.406/2002; Lei Federal nº. 6.404/1976 e, alterações posteriores), às Normas Contábeis emitidas pelo Conselho Federal de Contabilidade – CFC e ao Código brasileiro de governança corporativa.

Resposta da CEL: A SPE está vinculada à observância de boas práticas de governança corporativa, em linha com a legislação vigente, incluindo as Normas Contábeis emitidas pelo Conselho Federal de Contabilidade – CFC, o Código brasileiro de governança corporativa e as próprias normas ESG - *Environmental, social and Governance* (Cláusula 12.10., da Minuta do Contrato), independentemente de haver previsões contratuais neste sentido na Minuta de Contrato.

Questionamento 25: Cláusula 12. Da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI, do Edital).

Diante dos vultuosos recursos a serem empregados no desenvolvimento das atividades da SPE, é de extrema relevância que o Contrato de Concessão preveja a possibilidade de emissão de obrigações, debêntures ou outros títulos financeiros como modo de financiamento de suas atividades.

Tal previsão permitirá maior flexibilização para a captação de recurso e para o desenvolvimento e otimização dos serviços prestados pela SPE.

Desse modo, sugere-se a inclusão da seguinte redação: *“12.X. A SPE poderá emitir obrigações, debêntures ou títulos financeiros similares que representam obrigações de sua responsabilidade, em favor de terceiros, desde que observadas as disposições deste Contrato;”*

Resposta da CEL: A inclusão sugerida não será acatada, tendo em vista que todas as previsões relacionadas aos financiamentos já estão descritas na Cláusula 16, da Minuta de Contrato.

Questionamento 26: Cláusula 14.4. da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI, do Edital).

A Cláusula em referência dispõe que:

“A SPE deverá observar todos os prazos de implantação previstos no item 10 do Termo de Referência (Anexo V, do Edital), devendo, impreterivelmente, protocolar a(s) solicitação(ões) de acesso(s) junto à(s) Distribuidoras de Energia Elétrica em até 30 (trinta) dias contados da Ordem de Serviço, ou até 06 de janeiro de 2023, o que ocorrer primeiro”.

Conquanto, em vista das obrigações assumidas a partir da emissão da Ordem de Serviço, bem como a incerteza quanto à data exata em que será celebrado o Contrato de Concessão, entende-se que os prazos acima mencionados são extremamente escassos, de modo a imputar um ônus excessivo para que a Concessionária tome as providências para cumprimento de suas obrigações.

Ainda, cumpre salientar que caso descumpridos estes prazos, a Cláusula 14.4.1 prevê a aplicação de multa à Concessionária.

Nesta toada, sugere-se que a redação da Cláusula em comento seja alterada, para que passe a constar: *“(…) devendo, impreterivelmente, protocolar a(s) solicitação(ões)*

de acesso(s) junto à(s) Distribuidoras de Energia Elétrica em até 60 (sessenta) dias contados da Ordem de Serviço, ou até 06 de março de 2023, o que ocorrer primeiro”.

Resposta da CEL: Vide resposta ao questionamento 22 e 1ª e 2ª Atas de Esclarecimentos disponíveis no site do EPE (www.epe.segov.ms.gov.br).

Questionamento 27: Cláusula 18.7 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI do Edital).

Em que pese a Cláusula 18.7. da Minuta do Contrato de Concessão dispor sobre a utilização de Recursos Vinculados existentes na Conta Vinculada para pagamento da Contraprestação Mensal Pública, o Contrato de Concessão é silente acerca da origem da vinculação destes recursos, bem como se há recursos suficientes para o adimplemento da Contraprestação Pública estimada.

Ressalta-se que dotação orçamentária para um projeto deste porte é de suma relevância, vez que é fator determinante para a sua viabilidade, bem como para a segurança jurídica e atração do parceiro privado.

Nesse sentido, favor esclarecer:

- i) Qual a origem dos Recursos Vinculados?
- ii) Existe recursos financeiros para o pagamento da Contraprestação Pública, diante da longa vigência do Contrato de Concessão em discussão?

Há instrumentos de mitigação de risco relacionados à indisponibilidade de recursos financeiros a depender do exercício financeiro?

Resposta da CEL: A origem dos Recursos Vinculados utilizados como Garantia de Adimplemento da Contraprestação Pública, e para pagamento da Contraprestação Pública, está prevista na Cláusula 20.2., da Minuta de Contrato, a saber: Recursos financeiros mensais oriundos do Fundo de Participação dos Estados ou Recursos financeiros mensais oriundos da Lei Complementar Federal nº 176, de 29 de dezembro de 2020, conforme autorização prevista na Lei Estadual n.º 5.830, de 9 de março de 2022.

Em relação ao questionamento a respeito de instrumentos de mitigação de riscos relacionada a uma eventual indisponibilidade de recursos financeiros, é importante destacar algumas características do mecanismo de garantias oferecido pelo Poder Concedente nos contratos de PPP.

Os mecanismos de garantias serão estruturados no âmbito do Fundo Estadual Garantidor de Parcerias (FEGAP), e terão característica dupla, abrangendo tanto a vinculação de recursos orçamentários para pagamento de contraprestações (fluxo), quanto a constituição de saldo mínimo em conta garantia para cobertura eventual de inadimplência pública (estoque). Ambos os mecanismos serão operacionalizados mediante contas bancárias de titularidade do FEGAP, movimentadas exclusivamente pelo Agente Depositário. Em caso de insuficiência de recursos vinculados para recomposição de saldo mínimo da conta garantia, o Poder Concedente compromete-se a assegurar tal recomposição, de acordo com a Cláusula 20.9 do Contrato de PPP. Por fim, deve-se citar que a citada vinculação de recursos orçamentários respeitará a relação de senioridade entre contratos de PPP.

Questionamento 28: Cláusula 19.2.1 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI do Edital).

Tendo em vista que a Minuta do Contrato de Concessão estabelece que:

“A proporção do compartilhamento das Receitas Acessórias será de 20% (vinte por cento), com exceção da exploração de Receitas Acessórias decorrentes das receitas de créditos de carbono, citada na subcláusula 19.1.1, hipótese em que a proporção de compartilhamento será de 10% (dez por cento), e será descontado do valor da Contraprestação Pública, entende-se que o percentual destinado ao Poder Concedente reflete um completo desincentivo à exploração de receitas acessórias.”

Isso porque, a atratividade do privado está, juntamente, na possibilidade de ressarcir seus gastos e ter seu retorno, ao passo que o Poder Concedente tem por objetivo a otimização dos serviços prestados, além de ter o incentivo de receber parte dessas Receitas Acessórias.

Desse modo, sugere-se a reversão dos percentuais obtidos com a exploração de Receitas Acessórias, de modo que seja compartilhado apenas 10% (dez por cento) com o Poder Concedente, independentemente da atividade desenvolvida.

Resposta da CEL: A alteração sugerida não será acatada.

Questionamento 29: Cláusula 19.3 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI do Edital).

A Cláusula em comento exige a autorização prévia do Poder Concedente para que sejam atividades que gerem Receitas Acessórias.

Nesse sentido, entende-se que o rito disposto na Cláusula 19.3 da Minuta do Contrato de Concessão é extremamente rígido e moroso que, inclusive, faculta ao Poder Público, de modo discricionário, negar a exploração de receitas.

Desse modo, em vista do objeto do Contrato, a atratividade do privado está, juntamente, na possibilidade de ressarcir seus gastos e ter seu retorno, ao passo que o Poder Concedente tem por objetivo a otimização dos serviços prestados, além de ter o incentivo de receber parte dessas receitas acessórias.

Entende-se que, o rigoroso rito estabelecido na Cláusula 19.3 da Minuta do Contrato de Concessão, torna o processo incerto, inseguro e pouco atraente, afastando os potenciais interessados, de modo a não refletir as práticas de mercado e as disposições legais.

Frise-se, por fim, que a facilitação e autorização automática da exploração de Receitas Acessórias não afastara ou prejudicaria a devida proteção do correto cumprimento contratual por outros elementos da fiscalização, uma vez que o descumprimento contratual é rigidamente fiscalizado e punido.

Desta feita, sugere-se a revisão do contrato para adequação às melhores práticas e interpretação da Lei Geral de Concessões.

Resposta da CEL: A alteração sugerida não será acatada. A negativa quanto à solicitação de exploração de Receitas Acessórias somente poderá ocorrer fundamentadamente, de acordo com Cláusula 19.6., da Minuta de Contrato. Para

além disto, a autorização expressa do Poder Concedente para a exploração de Receitas Acessórias é prática corrente em Concessões e PPPs, e visa garantir, entre outros aspectos, que tal exploração não comprometa os padrões de qualidade a prestação dos serviços objeto da PPP.

Questionamento 30: Cláusula 20.1 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI do Edital)

Em vista do dever de transparência e da necessária segurança jurídica em projetos de Parceria Público-Privada, entende-se necessário disponibilizar Minuta do Contrato de Vinculação de Recursos.

O referido instrumento é de suma importância para que as Licitantes possam avaliar os riscos envolvidos ao Projeto e os termos relacionados à Garantia de Adimplemento do Poder Concedente.

Nesse sentido, solicita-se que seja disponibilizada Minuta do Contrato de Vinculação de Recursos para prévia análise pelas Licitantes.

Resposta da CEL: A inclusão sugerida não será acatada, tendo em vista que o futuro Contrato de Vinculação de Recursos seguirá, mandatoriamente, as orientações já detalhadas na Minuta do Contrato de Concessão. Referido Contrato será celebrado entre o Poder Concedente, a SPE e o Agente Depositário, o qual estabelecerá os termos e condições necessários para operacionalizar a Garantia de Adimplemento do Poder Concedente, incluindo a operação e o funcionamento da Conta Garantia e da Conta Vinculada (Cláusula 20, da Minuta de Contrato de Concessão).

Questionamento 31: Cláusula 20.2 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI do Edital)

Em que pese a Cláusula em comento dispor sobre os recursos oferecidos como Garantia de Adimplemento da Contraprestação Pública, não há informações se estes são suficientes para garantir a viabilidade econômico-financeira do Projeto.

Nesse sentido, favor esclarecer qual o tratamento que será dado caso os recursos mencionados na Cláusula 20.2 não sejam disponibilizados, ou ainda, caso sejam insuficientes para a constituição da Garantia de Adimplemento da Contraprestação Pública.

Resposta da CEL: Vide resposta ao Questionamento 27.

Questionamento 32: Cláusula 20 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI do Edital)

Ao tratar sobre a Garantia de Adimplemento da Contraprestação Pública, a Cláusula em comento apresenta redação pouco claro do funcionamento das contas previstas (vinculada e garantia), bem como dos montantes mínimos e máximos e sua movimentação pelo Poder Concedente e pelo Agente Depositário.

Frise-se que a estruturação de garantias públicas eficientes depende da compatibilização das possibilidades estatais com as expectativas dos *players* do mercado. Nesse contexto, é demandada capacidade técnica e criatividade dos

profissionais envolvidos para superar os constantes desafios que lhes são impostos. Somente com a conjugação de esforços entre as entidades estatais e a iniciativa privada, que está cada vez mais presente, é que se torna viável a modelagem de Parcerias Público-Privadas adequadas para a tutela do interesse público.

Em suma, entende-se necessário anexo próprio que trate detalhadamente do mecanismo de Garantia de Adimplemento da Contraprestação Pública para tornar o descrito no item em comento mais claro e dar maior previsibilidade ao parceiro-privado.

Resposta da CEL: Vide resposta ao Questionamento 30.

Questionamento 33: Cláusula 20.3 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI do Edital).

Ao dispor sobre o saldo mínimo da Conta Garantia, a Cláusula em comento determina que o saldo mínimo da Conta Garantia corresponderá a 3 (três) vezes o valor da Contraprestação Pública ("Saldo Mínimo da Conta Garantia"), composto pelos recursos referenciados na Subcláusula 20.2 acima, devendo o Agente Depositário manter tais recursos sob sua custódia até a final liquidação de todas as obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Concedente no Contrato de Concessão.

No entanto, diante dos vultuosos recursos necessários para a viabilidade econômico-financeira do Projeto, entende-se que é necessário que o saldo da Conta Garantia consiga suportar inadimplemento superior a 05 (cinco) meses, sendo necessária a adequação da Cláusula em referência.

Tal alteração mitiga os riscos inerentes à ausência de recursos já existentes para fins de remuneração do Parceiro-Privado, tornando, desse modo, o certame mais atrativo. Ainda, garante que haja um bom fluxo de receitas, considerando o saldo mínimo da Conta Reserva é pequeno quando considerado o histórico de duração de inadimplemento do Poder Público.

Entende-se, ainda, necessário que o Contrato disponha de uma ordem de prioridade de pagamentos. Neste âmbito, sugere-se que seja dada preferência à destinação dos recursos primeiro à Conta Vinculada, seguida da Conta Garantia.

Resposta da CEL: A alteração sugerida, em relação ao aumento do valor do Saldo Mínimo, não será acatada, em razão do mecanismo duplo de garantias, abrangendo tanto a vinculação de recursos orçamentários para pagamento de contraprestações quanto o saldo mínimo destinado à cobertura eventual de inadimplência, conforme detalhado na resposta ao Questionamento 27.

Em relação à aludida ordem de prioridade de pagamentos, é importante esclarecer que os Recursos Vinculados, depositados na Conta Vinculada, seguirão fluxo de aplicação descrito nas Cláusulas 18.7.1 e 18.7.2. do Contrato. Assim, serão destinados em primeiro lugar para pagamento da Contraprestação Pública, e depois para recomposição do saldo mínimo da Conta Garantia, caso necessário.

Questionamento 34: Cláusula 20.9 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI do Edital).

A Cláusula em comento prevê que: *“O Poder Concedente compromete-se a assegurar*

a recomposição do Saldo Mínimo na Conta Garantia, ainda que para tanto seja necessária mais de uma transferência”.

Em prol da continuidade dos serviços públicos, bem como da segurança jurídica do projeto, entende-se que seria imprescindível a inclusão de disposição que estabelecesse a obrigação do Poder Concedente de recompor o Saldo Mínimo na Conta Garantia, dentro de um prazo máximo de 30 (trinta) dias.

Resposta da CEL: A inclusão sugerida não será acatada, tendo em vista já subsistirem na Minuta de Contrato uma série de providências a serem tomadas pelo Agente Depositário contra o Poder Concedente, incluindo providências a serem tomadas pelo próprio Poder Concedente, capazes de assegurar a recomposição imediata do Saldo Mínimo na Conta Garantia. A estruturação final do mecanismo de garantias irá considerar a recomposição de Saldo Mínimo da Conta Garantia pelo Poder Concedente, nos casos de insuficiência de Recursos Vinculados, em prazo compatível com a solicitação apresentada.

Questionamento 35: Cláusula 22.4 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI do Edital)

Nos termos da Cláusula 22.4., da Minuta do Contrato de Concessão, é previsto o seguinte:

“Todos os seguros deverão ter como beneficiários a SPE e o Poder Concedente, de acordo com sua característica, finalidade e a titularidade dos bens envolvidos, devendo seu cancelamento, suspensão ou substituição ser previamente aprovado pelo Poder Concedente, conforme previsto nesta Cláusula”.

Em vista a dinâmica do mercado securitário, entende-se que a necessidade de aprovação prévia do Poder Concedente para alterações de coberturas e franquias pode obstaculizar as negociações com as seguradoras, aumentando os custos e tornando-as mais morosas.

Desse modo, em vista dos impactos à prestação dos serviços que o aumento de custos e dos períodos da negociação para obtenção de apólices, entende-se mais adequado a realização de comunicação das alterações ao Poder Concedente no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após a emissão da apólice alterada.

Sugere-se a seguinte redação para a Cláusula em comento: *“22.4. A SPE, com autorização prévia do Poder Concedente, poderá alterar coberturas ou condições das apólices de seguro, visando a adequá-las às novas situações que ocorram durante a vigência do Contrato e às circunstâncias do mercado de seguros, entretanto, deverá realizar a comunicação das alterações ao Poder Concedente no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após a emissão da apólice alterada.”*

Resposta da CEL: A inclusão sugerida não será acatada. A Cláusula 22.4., da Minuta do Contrato, prevê que somente haverá a necessidade de aprovação do Poder Concedente nos casos em que houver cancelamento, suspensão ou substituição das apólices de seguro, o que se justifica tendo em vista que nenhuma obra ou serviço poderá ter início sem que a SPE apresente ao Poder Concedente comprovação de que as apólices dos seguros exigidos na presente cláusula encontram-se em vigor.

Questionamento 36: Cláusula 23.2 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI do Edital)

Os contratos de concessão, por natureza e estrutura, são incompletos e passíveis de complementação e ajustes, possibilitando alterações que acomodem ou respondam à realidade fática percebida ao longo do tempo. Ainda navegando sobre premissas, duas máximas norteiam o entendimento quanto ao equilíbrio das concessões: **(i.)** a manutenção da alocação de obrigações e riscos inicialmente pactuada preserva a matriz e, portanto, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; e **(ii.)** os riscos devem ser alocados a quem tem melhor capacidade de geri-los.

Por sua vez, tais projetos demandam uma estabilidade institucional que reduzam a incapacidade de precificar eventos futuros e incertos, ou seja, que mitiguem as incertezas tornando possível um cálculo econômico individual sobre as condições e riscos do projeto. A gestão pública da incerteza de longo prazo e o desenvolvimento de um estado de confiança são elementos imprescindíveis para a mensuração da incerteza subjetivamente apreendida.

Em contratos caracterizados pelo longo prazo de vigência, como é o caso dos contratos de concessão de serviços públicos, é esperado que a execução do instrumento permeie uma série de incertezas. A meta da estruturação de tais projetos é identificar uma estabilidade institucional que reduza a incapacidade de precificar eventos futuros e incertos, ou seja, tornar possível um cálculo econômico individual sobre as condições e riscos do projeto.

Dito isso, entende-se necessário adequar o item em comento para que os riscos abaixo mencionados sejam realocados, de modo que passem a constar:

“23.2.6. Variação de custos de insumos até [•] do valor inicialmente estimado, custos operacionais, de manutenção e investimento, inclusive em razão de flutuação cambial; (...)

23.2.9. ~~Perecimento, destruição, roubo, furto, perda~~ ou quaisquer outros tipos de danos causados aos Bens Reversíveis;

23.2.16. Custos com atendimento das condicionantes ambientais até [•] do valor inicialmente estimado;”

Resposta da CEL: A alteração sugerida não será acatada, tendo em vista que a SPE é quem possui melhores condições de gerir os riscos mencionados nas Cláusulas 23.2.6., 23.2.9. e 23.1.16., da Minuta do Contrato, referenciados acima.

Questionamento 37: Minuta do Contrato de Concessão (Anexo VI do Edital)

Como forma de atender às melhores práticas de regulação de contratos de concessão, entende-se que o Contrato deve prever a atuação obrigatória de Verificador independente, devendo ser parte do processo de fiscalização da Concessão obrigatoriamente com a dupla função de acompanhar e fiscalizar a execução das obras da Concessão e de aferição dos parâmetros de desempenhos, nos termos já delimitados no Contrato.

Assim, sugere-se a inclusão de cláusulas contratuais para que prevejam a interferência de Verificador independente, de modo a tornar a sua atuação obrigatória.

Trata-se de uma prática contratual utilizada como forma de garantir a neutralidade, o conhecimento técnico e a imparcialidade do ente responsável pela aferição ou quantificação do cumprimento das obrigações contratuais. Apesar de se tratar de entidade a ser contratada pelo Poder Concedente, o Verificador independente não

estará vinculado à Concessionária nem ao Poder Concedente, o que viabiliza a independência e neutralidade na fiscalização contratual e na aferição do desempenho do parceiro privado, com base nos indicadores previamente estabelecidos pelo Contrato de Concessão.

Tal expediente é permitido expressamente pela legislação aplicável ao Projeto. O artigo 67 da Lei Federal nº 8.987/1995 prevê que a execução do contrato de concessão deverá ser acompanhada e fiscalizada por representante da Administração Pública, sendo permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição, como é o caso do Verificador independente.

No cotidiano da gestão da PPP, portanto, o Verificador independente será o responsável por auxiliar tecnicamente as partes contratuais a atingirem os objetivos da Concessão. Ele poderá otimizar a eficiência do sistema de monitoramento e controle de desempenho, bem como recomendar eventuais alterações nos índices de desempenho.

Em outras palavras, o emprego do Verificador independente no auxílio de atividades relacionadas à fiscalização contratual traz ao Projeto as seguintes vantagens:

- Capacidade de reunir, com maior agilidade e eficiência, um corpo de profissionais qualificado nos setores necessários para a adequada avaliação dos serviços desempenhados pela Concessionária;
- Maior garantia de imparcialidade e neutralidade em relação às partes do contrato de parceria; e
- Aumento da transparência da execução dos serviços na Concessão, uma vez que as informações detidas pelo Verificador independente, em regra, serão colocadas à disposição da Administração Pública.

Essa atuação além de obrigatória deve ser clarificada contratualmente, considerando exatamente os termos em que serão analisados os indicadores de desempenho e aferição dos fatores aplicáveis na Tarifa.

Concomitantemente, considerando a obrigatoriedade de se ter um Verificador independente, entende-se que esse não pode estar vinculado à disponibilidade de orçamento público, que pode variar ano a ano, devendo seu pagamento ser realizado pela SPE.

Ante o exposto, sugere-se a inclusão da figura do Verificador independente, que auxiliará a fiscalização e será escolhido a partir do encaminhamento de uma lista tríplice pela SPE ao Poder Concedente, que, dentre das opções encaminhadas pela SPE, deverá escolher um.

Resposta da CEL: A alteração sugerida não será acatada, considerando que a fiscalização da contratação em questão será exercida pelo próprio Poder Concedente, cabendo à SPE questionar a atuação da Administração Pública, se for o caso, pelos meios previstos no Contrato de Concessão e na legislação vigente.