

MANUAL DE **PARCERIAS** MATO GROSSO DO SUL



*Estado de
Mato Grosso do Sul*

Coordenação e elaboração**Coordenação Geral**

Eliane Detoni

Coordenação Executiva

Carlo Fabrizio Campanile Braga

Gabriela Rodrigues

Lucas Mendonça Giuseppin

Equipe Técnica**Escritório de Parcerias Estratégicas do Estado de Mato Grosso do Sul**

Giovana Costa Gheno

Juliana Maura Azevedo Pegolo Carvalho

Rédel Furtado Neres

Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas

Carlos Ari Sundfeld

Isadora Cohen

Luísa Duborq

Vera Monteiro

Projeto gráfico e editoração

Roselaine Martins Rodrigues Breda

Thays Fraga Lyra

A presente publicação inclui produtos parciais desenvolvidos pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas no âmbito do Projeto de Modernização da Gestão Fiscal do Estado de Mato Grosso do sul (PROFISCO II-MS).

Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do organizador.

Catálogo na Fonte:

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Manual de parcerias do Estado de Mato Grosso do Sul [livro eletrônico] / [coordenação geral Eliane Detoni ; coordenação executiva Carlo Fabrizio Campanile Braga, Gabriela Rodrigues, Lucas Mendonça Giuseppin]. -- Campo Grande, MS : Ed. dos Autores, 2025.
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-01-35306-7

1. Administração geral 2. Administração pública
3. Concessões administrativas 4. Serviços públicos
5. Terceirização I. Detoni, Eliane. II. Braga, Carlo
Fabrizio Campanile. III. Rodrigues, Gabriela.
IV. Giuseppin, Lucas Mendonça.

25-255758

CDU-351.824.11

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Contratos administrativos : Concessões de serviço público : Direito administrativo 351.824.11

Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9380

Apresentação

Este Manual tem por objetivo apresentar procedimentos e diretrizes para a concepção, estruturação, licitação e gestão de contratos de parceria no âmbito de Mato Grosso do Sul. O manual possui caráter orientativo e visa nortear a Administração Pública, a iniciativa privada, os órgãos de controle e os usuários dos serviços durante todo o ciclo de vida dos projetos, a partir de boas práticas e experiências já vivenciadas pelo Estado e por outros entes da federação.

Este Manual presta-se, ainda, a estabelecer um alinhamento geral interno na Administração Pública estadual sobre as melhores práticas de procedimentos de estruturação, modelagem, licitação e gestão de contratos de parcerias. Com isso, busca-se criar um ambiente institucional moderno, transparente e previsível para a estruturação de projetos no Estado.

Sobre o assunto, merecem especial atenção os aspectos relacionados aos aperfeiçoamentos e mudanças na legislação estadual realizados em 2022, que buscaram melhorar a governança e aumentar a transparência e a previsibilidade do processo de estruturação de projetos de parcerias com a iniciativa privada.

Além disso, o Estado de Mato Grosso do Sul também estuda a implementação de uma plataforma digital para integrar todos os processos relativos a projetos de parcerias com a iniciativa privada, em um ambiente online que permita a interação entre os agentes envolvidos na estruturação de parcerias.

No atual contexto, o Escritório de Parcerias Estratégicas assumiu a centralidade no processo de estruturação, modelagem e gestão dos futuros projetos de parcerias. Seu novo desenho institucional e o detalhamento de suas competências tem por objetivo centralizar a coordenação das atividades relacionadas. É uma nova etapa no processo de interação entre o Estado e a iniciativa privada, a partir da qual se pretende tornar os processos de estruturação, modelagem, licitação e gestão de contratos de parceria mais transparentes e eficientes, para:

(i) diminuir os custos de transação, (ii) tornar o processo mais previsível tanto para o setor público quanto para o setor privado e, conseqüentemente, (iii) melhorar a qualidade dos projetos de parcerias estaduais. Este documento pretende contribuir para a difusão de boas experiências e para o engajamento de atores públicos e privados no fortalecimento dos projetos de infraestrutura, de forma a tornar o processo de estruturação de parcerias mais transparente e, conseqüentemente, capaz de promover ambiente mais claro e seguro aos interessados em investir em projetos no Estado.

Evidentemente, a vivência prática trará situações que, possivelmente, não terão sido abordadas na legislação, neste Manual ou por órgãos de controle, demandando dos agentes envolvidos no projeto a adoção de soluções criativas que podem vir a compor as futuras edições deste documento.

Por fim, importante ressaltar que este Manual é um documento referencial, não vinculante e, portanto, não pode ser invocado por nenhuma das partes contratantes como fundamento para pedidos de reequilíbrio contratual ou para a propositura de pleitos judiciais ou administrativo.

Índice

Apresentação	3
Introdução.....	11
1. Projetos de Parcerias	14
1.1. Apontamentos sobre o Regime Jurídico das Concessões Comuns.....	16
1.2. As Parcerias Público-Privadas	18
1.3. Considerações para definição do regime de parceria	19
1.4. Benefícios e limites do modelo de parcerias	20
2. Programa de Parcerias do Estado de MS	23
2.1. Arcabouço legal das PPPs no Estado de Mato Grosso do Sul	24
2.2. Ciclo dos projetos de parceria no Estado	24
2.3. Atribuições e estrutura organizacional do Programa Estadual de Parcerias (PROP-MS)	26
2.3.1. Conselho Gestor de Parcerias (CGP)	26
2.3.2. Regulamento do CGP	26
2.3.3. O Escritório de Parcerias Estratégicas (EPE)	27
2.3.4. Organização interna do EPE	30
2.3.5. Fundos Garantidores.....	34
2.3.6. Entidades Setoriais.....	35
2.3.7. Procuradoria Geral do Estado (PGE)	36
3. Fase de Pré-Enquadramento	37
3.1. Objetivo	38
3.2. Conteúdo mínimo necessário para a proposição de projetos de parceria	38
3.2.1. Objeto	38
3.2.2. Justificativa e Relevância Social	38
3.2.3. Modalidade de Contratação	38

3.3. Procedimento	39
3.3.1. Proposição do projeto.....	39
3.3.1.1 Justificativa Social	39
3.3.1.2 Justificativa Técnica	39
3.3.1.3 Justificativa Orçamentária	39
3.3.2 Inclusão no Plano Estadual de Parcerias.....	39
4. Fase de Modelagem.....	40
4.1. Procedimento de Manifestação de Interesse	41
4.1.1. Elaboração do PMI	41
4.1.2 Autorização.....	42
4.1.3 Autorização faseada	43
4.1.4 Autorização Exclusiva.....	44
4.1.5 Aproveitamento dos estudos e ressarcimento.....	44
4.1.6 Manifestação de Interesse Privado	45
4.2 Grupo Técnico de Trabalho	46
4.3 Estudos de modelagem.....	47
4.3.1. Modelagem Técnica	47
4.3.1.1. Análise de demanda	47
4.3.1.2 Estudos de Engenharia e Arquitetura.....	47
4.3.1.3. Estudos Ambientais.....	49
4.3.1.4 Estudos de Desapropriação	50
4.3.1.5 Investimentos e reinvestimentos	51
4.3.2 Modelagem Operacional	52
4.3.2.1 Custos Operacionais	52
4.3.3 Modelagem Econômico-Financeira	53
4.3.3.1 Fluxo de Caixa.....	53

4.3.3.2 Receitas	54
4.3.3.3 Contraprestação e Aporte.....	54
4.3.3.4 Receitas Acessórias e Empreendimentos Associados.....	56
4.3.3.5 Impostos e Contribuição.....	57
4.3.3.6 Capital de Giro.....	57
4.3.3.7 Custo de Capital	57
4.3.3.7.1 Custo de Capital Próprio	58
4.3.3.8 Indicadores de Desempenho.....	59
4.3.3.9 Justificativa de conveniência e oportunidade (Estudo de <i>Value for Money</i>)	60
4.3.4. Modelagem Jurídica	62
4.3.4.1 Análise de viabilidade jurídica	63
4.3.5. Documentação da fase licitatória	63
4.3.6. Matriz de Riscos	64
4.3.7. Garantias	66
4.3.7.1. Garantias prestadas pelo parceiro privado.....	67
4.3.7.2. Garantia aos financiadores.....	67
5. Interações com o Mercado	69
5.1 Sondagens de mercado	70
5.2 <i>Roadshows</i>	70
6. Fase de Licitação	71
6.1. Diretrizes para elaboração do Edital	72
6.1.1. Funções principais e finalidade do Edital	72
6.1.2. Requisitos do Edital.....	73
6.1.3. Inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento	74
6.2. Diretrizes para elaboração do Contrato.....	74
6.3. Diretrizes para elaboração do Caderno de Encargos	75

6.4. Consulta Pública e Audiência Pública	75
6.5. Autorização para início da fase de licitação	76
6.6. Condicionantes para assinatura do contrato	76
6.6.1. Ressarcimento dos estudos	77
6.6.2. Constituição da SPE e formalização do contrato de parceria	77
7. Fase de Gestão do Contrato	78
7.1. Acompanhamento, fiscalização e controle do contrato de parceria pelo Poder Concedente	79
7.1.1 Modalidades de Regulação de Parcerias	79
7.2. Agentes envolvidos na etapa de Gestão do Contrato	80
7.2.1. Acompanhamento do Contrato pelo Conselho Gestor de Parcerias (CGP)	81
7.2.2. Acompanhamento do contrato por Agências Reguladoras	81
7.2.3. Acompanhamento do contrato pela Assembleia Legislativa do Estado	82
7.2.4. Acompanhamento do Contrato pelo TCE-MS	82
7.2.5. Cuidados Orçamentários	83
7.2.6. Acompanhamento do contrato pela Secretaria do Tesouro Nacional	84
7.2.7. Certificador de Implantação	85
7.2.8 Verificador Independente	85
7.3. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos	87
7.3.1 Desequilíbrio econômico-financeiro	87
7.3.2 Reequilíbrio econômico-financeiro	89
7.3.3. Dimensionamento do reequilíbrio	89
7.3.4. Formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro	90
Anexo I - Glossário	91
Anexo II - Descrição dos Principais Elementos dos Documentos Licitatórios	96
1. Principais elementos que compõem o edital	97
1.1. Condições de participação	97

1.2. Esclarecimentos ao edital, diligências e impugnações	98
1.3. Participação de consórcios.....	99
1.4. Inversão de fases	101
1.5. Habilitação	103
1.5.1 Credenciamento	107
1.6. Garantia da Proposta	108
1.7. Proposta comercial.....	109
1.8. Proposta Técnica.....	111
1.8.1. Qualificação de propostas técnicas.....	112
1.9. Lances	113
1.10. Saneamento de falhas nas fases de abertura e avaliação das propostas e dos documentos de habilitação	114
1.11. Recursos administrativos.....	116
1.12. Homologação e adjudicação	116
1.13. Sanções administrativas.....	118
1.14. Procedimento para assinatura do contrato.....	119
1.15. Disposições finais.....	121
2. Principais elementos que compõem o contrato.....	123
2.1. Duração do contrato	123
2.2. Valor do contrato	124
2.3. Financiamentos	125
2.4. Reajustes.....	127
2.5. Concessionária (SPE)	128
2.5.1 Transferência do controle da Concessionária e alterações societárias	131
2.6. Contratações com terceiros.....	133
2.7. Fiscalização.....	134

2.8. Remuneração do Parceiro Privado	137
2.9. Mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro	139
2.10. Alocação de riscos.....	141
2.11. Plano de seguros	145
2.12. Garantia da execução do contrato pela Concessionária.....	147
2.13. Regime de bens da concessão	151
2.13.1 Bens vinculados à concessão e bens reversíveis	154
2.13.2. Reversão dos bens da concessão	156
2.14. Desapropriação	159
2.15. Solução de conflitos	160
2.15.1 Comitês de prevenção e resolução de disputas (dispute boards)	161
2.15.2 Arbitragem	165
2.16. Sanções e penalidades aplicáveis	167
2.17. Foro judicial	170
2.18. Intervenção.....	170
2.19. Assunção de controle pelos financiadores (Step In Rights).....	172
2.20. Caso fortuito e força maior	174
2.21. Extinção da concessão.....	177
2.21.1 Término do Prazo Contratual	177
2.21.2 Encampação.....	178
2.21.3 Caducidade	180
2.21.4. Rescisão Contratual	182
2.21.5. Anulação.....	184
2.21.6. Falência ou extinção da Concessionária.....	184
3. Principais Elementos que Compõem o Caderno de Encargos	186
3.1. Obrigações do Poder Concedente	186

3.2. Obrigações gerais e específicas da Concessionária.....	187
3.3. Obrigações comuns às partes.....	187
3.4. Obrigações dos Controladores da SPE.....	188
3.5. Direitos do Poder Concedente e da Concessionária.....	188
3.6. Direitos e deveres dos usuários do serviço concedido	188

Introdução

A infraestrutura ocupa papel central no desenvolvimento de um país, na medida em que possibilita a expansão da atividade econômica e confere qualidade de vida aos cidadãos. No entanto, o grande desafio dos governos tem sido compatibilizar a crescente demanda por infraestrutura e serviços de qualidade com a natural escassez de recursos capazes e suficientes para atender às necessidades da população de forma integral.

Neste cenário, as interações entre Estado e iniciativa privada se fortalecem, e instrumentos como concessões e parcerias passam a ocupar papel de destaque. Além de representarem alternativa à indisponibilidade de recursos públicos suficientes para a realização de investimentos, tais arranjos contratuais permitem conjugar elementos de garantia da qualidade dos serviços e, ao mesmo tempo, fortalecer o papel regulador da Administração Pública.

Na forma dos artigos 173 e 174 da Constituição Federal, a Administração Pública apenas poderá explorar diretamente atividade econômica quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, devendo atuar como agente normativo e regulador, exercendo funções de fiscalização, incentivo e planejamento. Há, assim, um incentivo para que o Estado centre a sua atuação no fomento e incentivo da iniciativa privada no exercício de atividades econômicas, consagrando seu papel de agente fiscalizador e regulador.

Sem embargo de eventual discussão política ou acadêmica a respeito do tênue limite entre serviços públicos e atividades econômicas, é fato que instrumentos como concessões e parcerias têm sido largamente utilizados no país para o desenvolvimento de projetos e setores relevantes, conjugando a disponibilidade de capital e a expertise técnica da iniciativa privada com a aptidão natural do Poder Público para a definição de estratégias e políticas capazes de organizar e direcionar os investimentos

para os setores de maior necessidade.

Desde a edição das leis de concessões e parcerias público-privadas, os entes federativos brasileiros têm se valido dos instrumentos para a concretização de projetos nos mais diversos setores, que vão desde o de transportes até o de turismo e entretenimento. São múltiplas as possibilidades para a utilização dos institutos das concessões e parcerias para o desenvolvimento local e regional.

Segundo dados da consultoria Radar PPP¹, até 2019, já haviam sido investidos mais de R\$ 177 bilhões em contratos de parceria público-privada no país, em um total de 120 projetos em segmentos diversos: iluminação pública, mobilidade urbana, estacionamentos, rodovias, meio ambiente, sistema funerário, portos, aeroportos, educação, sistema prisional, logística, saneamento, resíduos sólidos, ativos imobiliários, tecnologia, multinegócios, saúde, cultura, arenas desportivas, atendimento ao cidadão, habitação e urbanização e ferrovias.

Alguns entes federativos, como os Estados de São Paulo e Bahia, já possuem larga experiência na utilização dos institutos das PPPs e concessões. Outros ainda caminham para a estruturação de seus programas de parcerias, compreendendo haver espaço bastante relevante para a realização de investimentos por meio de arranjos com o mercado. Nesse sentido, entidades como a Rede Intergovernamental para o Desenvolvimento das Parcerias Público-Privadas (Rede PPP) têm extrema relevância, já que conjuga mais de 50 organizações (entre entes federativos, como o Estado de Mato Grosso do Sul, e bancos de fomento) e visa conduzir ações necessárias à elaboração de políticas e à harmonização de procedimentos relacionados às PPPs, fomentando a interação, a cooperação e a colaboração entre os estruturadores e gestores públicos encarregados das parcerias no país.

¹ Disponíveis em www.radarppp.com.

Essas constantes e complexas interações entre Administração Pública e iniciativa privada para o desenvolvimento de projetos de infraestrutura demandam a construção de um ambiente regulatório e de negócios seguro e robusto, assegurando, de um lado, a atratividade e a financiabilidade dos projetos pela iniciativa privada e, de outro, a disponibilidade de meios de fiscalização e regulação que permitam ao Poder Público obter serviços modernos e de qualidade. Além disso, por se tratar de arranjos complexos e de longo prazo, é importante prover as partes interessadas – contratante, contratado, usuário e regulador – de segurança para garantir a perenidade dos contratos, garantindo que os vultosos investimentos envolvidos gerarão todos os resultados e benefícios esperados para a população.

Para tanto, espera-se que este Manual contribua para o fortalecimento desse ambiente e dessas interações, incrementando o cenário da infraestrutura e o desenvolvimento socioeconômico em Mato Grosso do Sul.

01

Projetos de
Parcerias

São múltiplas as possibilidades de parcerias que podem ser estabelecidas entre a Administração e o setor privado e em diversas áreas.

O conceito mais amplo e geral de parceria entre os setores público e privado surgiu na Inglaterra no final do século passado sob a denominação de “public-private partnerships” e compreende uma vasta gama de parcerias entre entidades públicas e privadas, que vão além daquelas definidas na legislação brasileira que institui as parcerias público-privadas, e envolve a provisão de serviço público, serviço de utilidade pública ou infraestrutura pública, nas quais o parceiro privado assume riscos técnicos, financeiros e operacionais relevantes.

Essas parcerias vão desde joint ventures até meras terceirizações de serviços, passando por concessões, permissões, autorizações, leases, contratos de fornecimento e outras formas de parcerias associadas à oferta de políticas, serviços e infraestruturas públicas.

De maneira geral, as parcerias entre a Administração Pública e os particulares envolvem contratações nas quais o particular assume maiores responsabilidades e possui maior liberdade empresarial, além de haver maior cooperação entre o Poder Público e o parceiro privado, em uma relação contínua, baseada em interesses comuns relevantes.

A disciplina legal dessas diversas formas de parcerias não se restringe à lei federal de PPPs (lei 11.079/04), mas se encontra em diversos diplomas normativos, tais como a lei de concessões comuns, que também disciplina autorizações e permissões (lei 8.987/95).

A lei federal 13.334/16, que criou o Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) na União Federal, nomeou esses contratos de contratos de parceria. É um gênero que bem descreve o modelo contratual que engloba vários tipos contratuais cuja estrutura jurídica é semelhante e se caracteriza pelo seu caráter estratégico, complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo e incertezas ou riscos envolvidos. Neste gênero estão a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e outros negócios público-privados (art. 1º, § 2º).

A legislação sul mato-grossense adotou esse conceito amplo de “parceria”. A medida segue a linha dos debates legislativos na esfera federal a respeito da edição de um novo marco legal de parcerias, cuja melhor representação se dá com o PL 7063/17, de autoria do deputado Arnaldo Jardim.

Todas essas possibilidades de parceria vêm se mostrando uma opção exitosa, sobretudo em relação à qualidade do serviço prestado. No que tange ao setor rodoviário, por exemplo, a Confederação Nacional da Indústria (CNI)² apurou que 18 das 21 melhores rodovias brasileiras se encontram no Estado de São Paulo, sendo todas integrantes do programa paulista de concessões rodoviárias.

Entre as causas de sucesso do modelo paulista de concessão rodoviária estão o estabelecimento de regulação constante e de qualidade,

a priorização de tarifas capazes de assegurar os investimentos necessários, o diálogo com a iniciativa privada antes e durante a execução do contrato e a responsabilidade do particular pela realização dos investimentos – podendo, inclusive, ser remunerado apenas pelo usuário, no caso das concessões comuns, sem dispêndio direto pelo Estado.

Atualmente, outros modelos de parceria, até então pouco utilizados, também despontam com grande potencial de incrementarem importantes investimentos na infraestrutura nacional e regional, como é o caso do Estado de Minas Gerais, que lançou, em 2021, um programa para a concessão de permissões de uso de linhas ferroviárias, conhecido como “short lines”. Agentes privados interessados poderão explorar modais ferroviários até então subutilizados e abandonados, diversificando e potencializando a matriz de transportes do Estado.

Por outro lado, projetos de parceria também apresentam desafios, como os vivenciados na encampação municipal da Linha Rodoviária 4 – Amarela, no município do Rio de Janeiro, que expôs alguns riscos que podem ser enfrentados em uma concessão. A falta de diálogo e interação entre setores público e privado, aliada a indícios de um desequilíbrio econômico do contrato em desfavor do Poder Concedente, fizeram com que a Prefeitura iniciasse processo questionável de encampação da parceria, que incluía a não indenização prévia do parceiro privado pelos investimentos feitos e não amortizados.

O que este contexto revela é a necessidade de maior segurança jurídica, transparência na relação público-privada, observância à legislação e principalmente aos dispositivos contratuais, de forma a estimular novas experiências de sucesso e proveito à sociedade, a partir da prestação de serviços de qualidade e melhor emprego dos recursos públicos.

Diante do exposto, foram compiladas neste Manual as melhores experiências de contratações evidenciadas até 2020, bem como o aprendizado proporcionado por projetos mal-sucedidos, seja por razões técnicas, econômico-financeiras ou jurídicas. Com base na análise desses dados, foram reunidas recomendações acerca do planejamento, modelagem, estruturação e gestão de projetos.

Antes de abordar tais etapas dos projetos de parceria, serão apresentadas brevemente algumas peculiaridades do regime jurídico das concessões comuns, que em muitos pontos guarda identidade com as PPPs.

1.1. Apontamentos sobre o Regime Jurídico das Concessões Comuns

As concessões comuns são regidas pela lei federal 8.987/95 (“Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos”).

Esses contratos constituem modalidade de concessão que não envolve contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Dentre os objetivos que podem fundamentar a escolha pela concessão comum, cabe citar:

- (i) Atrair investimentos privados necessários para a construção, incremento ou ampliação de uma infraestrutura destinada à prestação de serviços públicos;
- (ii) Aproveitar a eficiência dos prestadores privados para a melhoria na qualidade, quantidade e preço da prestação dos serviços públicos;
- (iii) Permitir que o Estado deixe de prestar diretamente os serviços, para se dedicar à proteção dos interesses públicos neles envolvidos, notadamente a garantia da qualidade e continuidade dos serviços e interesses dos usuários.

As concessões devem ser precedidas de ato que justifique a conveniência da outorga e que caracterize seu objeto, área, prazo e diretrizes que deverão ser observadas no edital de licitação e no contrato. Em regra, as concessões comuns têm por objeto atividades que apresentam as seguintes características:

- (i) Atividade demandada pelos cidadãos e cuja prestação seja atribuição do Estado (Poder Público);
- (ii) Natureza prestacional da atividade compatível com a possibilidade de sua exploração como objeto econômico;
- (iii) Serviço que não depende do pagamento de contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

As concessões comuns devem ter prazo determinado, mas a lei não estabelece um limite mínimo ou máximo para esse prazo, que deve ser estabelecido em cada caso no edital e no

contrato. O prazo das concessões comuns deve ser justificado nos estudos de viabilidade que precedem o projeto e corresponde, em regra, ao período suficiente para que a concessionária amortize os investimentos realizados durante a execução contratual.

A relação jurídica estabelecida nos contratos de concessão comum não se restringe apenas ao Poder Concedente e à concessionária. As concessões são entendidas como relações tripartites, pois os usuários são igualmente considerados parte da contratação, devendo ter seus direitos, obrigações e interesses previstos no contrato. Nestes arranjos contratuais, a concessionária assume os riscos que decorrem de sua atividade, especialmente os riscos associados ao seu sucesso ou insucesso empresarial, mas dispõe igualmente de maior liberdade para organizar a prestação dos serviços. Diferentemente das contratações públicas tradicionais, em que o Poder Público tende a fiscalizar quantitativos e meios de execução, nas concessões há um enfoque maior no resultado e na qualidade do serviço disponibilizado ao usuário.

Por outro lado, tradicionalmente, são alocados ao Poder Concedente os riscos que independem da ação diligente do privado, como, por exemplo, os riscos políticos, os riscos de alteração legislativa, entre outros. Na forma da legislação federal, a alocação objetiva de riscos entre as partes é exigência apenas para as parcerias público-privadas, sendo recomendável, em qualquer caso, que também se proceda à repartição dos riscos nas concessões comuns.

A definição objetiva desta repartição de riscos e da remuneração a eles correspondente integra a equação econômico-financeira do contrato, isto é, a estrutura de repartição entre os ônus e benefícios a serem assumidos pelas partes ao longo da execução contratual.

Por disposição legal e constitucional, esta equação deverá ser preservada ao longo de todo o contrato, procedendo-se ao seu reequilíbrio sempre que algum evento venha a desequilibrá-la.

Extinta a concessão, retornam ao Poder Concedente os direitos e privilégios delegados, com reversão dos bens vinculados à prestação do serviço. Em relação à remuneração da concessionária e à política tarifária, a tarifa, cobrada diretamente dos usuários, deverá ser fixada segundo critérios que propiciem harmonia entre a exigência de prestação e de manutenção de serviço adequado e a justa remuneração da empresa concessionária. Atribui-se ao Poder Concedente a competência para estabelecer, em favor do particular, outras fontes acessórias de receita, na forma prevista no edital e no contrato.

Por motivo de interesse público relevante, o Poder Concedente poderá estabilizar ou reduzir o valor das tarifas, de forma a garantir sua modicidade ao usuário, desde que assegurada à concessionária a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Além disso, a concessionária poderá oferecer, mediante anuência do Poder Concedente, os créditos e as receitas a que fizer jus em razão do contrato de concessão, como garantia de financiamento obtido para investimento nos serviços correspondentes.

1.2. As Parcerias Público-Privadas

As parcerias público-privadas (PPPs), no Brasil, são concessões caracterizadas pela previsão de pagamento de contraprestações públicas para financiar parcial ou integralmente um projeto. No caso de financiamento público integral, quando a Administração Pública é a usuária direta ou indireta do serviço, tem-se a concessão administrativa, enquanto no caso do financiamento parcial há a concessão patrocinada.

O contrato de PPP tem como objetivo central a prestação de serviços públicos usualmente – embora não obrigatoriamente – combinada com a implantação ou melhoria de infraestrutura pública, na qual os serviços são remunerados segundo critérios de desempenho, em prazo compatível com a amortização dos investimentos realizados. O prazo de contratação deve ser de no mínimo cinco e no máximo trinta e cinco anos, e o valor do contrato – que pode ser entendido como o valor do investimento ou como a soma das contraprestações devidas à concessionária ao longo da vigência da parceria – deve ser superior a R\$ 10 milhões.

A inovação trazida pela Lei Federal de PPPs, publicada em 2004, não se limitou à autorização do pagamento de contraprestação pela Administração Pública à concessionária, mas também aperfeiçoou o regime de compartilhamento de riscos entre as partes, estabeleceu a possibilidade de constituição de garantias pelo Poder Público em favor do parceiro privado e ampliou o alcance de projetos de concessão no âmbito dos serviços públicos.

Nesse sentido, as PPPs podem ser eleitas para viabilizar projetos em diversos setores e serviços, incluindo, mas não se limitando, aos listados abaixo:

- (i) Educação;
- (ii) Habitação;
- (iii) Mobilidade urbana;
- (iv) Prédios públicos;
- (v) Saúde;
- (vi) Saneamento básico;
- (vii) Segurança pública;
- (viii) Transportes, incluindo rodovias, ferrovias, portos e aeroportos.

1.3. Considerações para definição do regime de parceria

A definição do regime de parceria para a contratação de um projeto deve levar em consideração, inicialmente, a natureza dos serviços prestados. Há modalidades de concessão (concessões comuns e concessões patrocinadas) que somente são aplicáveis aos serviços em que seja possível a cobrança de tarifa do usuário. Já a concessão administrativa pode ser empregada nos contratos de prestação de serviços em que a Administração seja usuária direta ou indireta, o que viabiliza o seu uso para casos que não envolvam típica delegação de serviços públicos.

A viabilidade de cobrança de tarifa dos usuários também é um fator importante a ser considerado para a definição do regime de parceria de determinado projeto. Em diversos serviços públicos prestados pelo Estado, a cobrança de tarifas é técnica, política ou financeiramente inviável.

A inviabilidade da cobrança de tarifa pode decorrer: (i) de uma determinação constitucional ou legal (como, por exemplo, a exigência de gratuidade dos serviços); (ii) da impossibilidade técnica de se individualizar os serviços e, em consequência, de impedir o consumo por aqueles usuários que não pagarem a tarifa estipulada; e (iii) de uma inviabilidade política, que ocorre em situações nas quais a cobrança da tarifa é tecnicamente viável, porém politicamente insustentável ou indesejável, por acarretar inacessibilidade econômica a uma parcela relevante da população.

Tal fato implicará, na maioria dos casos, a opção política pela utilização de recursos do tesouro, transferindo-se indiretamente os custos do projeto à sociedade, para não onerar excessivamente o usuário do serviço.

Por fim, a impossibilidade de cobrança de tarifa também pode decorrer de inviabilidade financeira, como nos casos em que o valor da tarifa necessária para a cobertura dos dispêndios operacionais e de capital do parceiro privado não corresponder à capacidade de pagamento dos usuários (o que comprometeria a qualidade ou a continuidade dos serviços).

Em quaisquer destes casos, a inviabilidade de cobrança de tarifa resulta na necessidade de

se adotar o modelo de concessão administrativa, em que efetivamente não se cobra tarifa dos usuários finais, ou, ainda, o de concessão patrocinada, com uma redução correspondente no valor da tarifa, devendo ser analisadas as particularidades de cada caso.

Para além da origem das receitas do parceiro privado, a escolha do regime jurídico tem implicações contratuais mais amplas a serem observadas no momento da definição do regime de parceria mais adequado à realidade do projeto que se pretende desenvolver.

O regime de garantias constituídas pelo Estado em favor do parceiro privado em relação às suas obrigações contratuais também é específico da legislação aplicável às PPPs. Nas concessões patrocinadas e administrativas, o Estado garante, por diferentes mecanismos, o cumprimento pontual de suas obrigações ao longo do contrato. A disciplina é diferente no caso das concessões comuns, em que, via de regra, não há necessidade de constituição de garantias do Estado em favor do parceiro privado.

Outra diferença entre a lei federal 11.079/04 e a lei federal 8.987/95 a ser considerada, refere-se à amplitude dos serviços delegáveis sob o regime de concessão patrocinada e administrativa em relação às concessões comuns. Enquanto os projetos de concessão comum usualmente se desenvolvem em infraestrutura e serviços públicos de setores de natureza econômica, as concessões patrocinadas e administrativas vêm sendo aplicadas a um espectro mais amplo de atividades estatais, notadamente aquelas com conteúdo econômico menos pronunciado.

Por este motivo, o regime de concessão patrocinada ou administrativa tende a se mostrar mais vantajoso nos projetos que envolvam serviços ou empreendimentos em setores de natureza social. Vale ressaltar que a escolha pela forma de contratação não se limita a estes elementos, devendo-se analisar cada caso em seus aspectos específicos.

1.4. Benefícios e limites do modelo de parcerias

A opção pelo modelo de parceria (concessões comuns, administrativas ou patrocinadas, entre outros) pode apresentar diversos benefícios em relação a outras formas de contratação tradicionalmente adotadas pela Administração Pública, a serem consideradas na escolha desse modelo para cada caso concreto, dentre as quais se destacam:

- (i) A possibilidade de captura de sinergias entre projeto, construção e operação, gerando eficiência e reduzindo prazos e custos;
- (ii) A possibilidade de repartição objetiva dos riscos entre o setor público e o setor privado;
- (iii) A captação de inovações do setor privado, uma vez que o ente público pode definir o serviço desejado e o agente privado pode ofertar a melhor técnica para fornecer esse serviço;
- (iv) No caso das PPPs em sentido estrito, o pagamento de contrapartidas do setor público à concessionária, complementando as receitas geradas pelo projeto e garantindo assim a sua viabilidade e a modicidade tarifária;

(v) A possibilidade de atrelar a remuneração do privado à qualidade do serviço efetivamente prestado, por meio de indicadores de desempenho que são definidos com a finalidade de alinhar os interesses do Estado, da sociedade e de agentes privados e garantir a prestação dos serviços de qualidade de forma continuada no longo prazo para a sociedade;

(vi) A possibilidade de o Estado alavancar projetos, utilizando os recursos públicos disponíveis para multiplicar os investimentos realizados com recursos privados.

A opção pelas parcerias proporciona ao Estado, portanto, a possibilidade de realizar, simultaneamente, projetos adicionais, apoiados em recursos do setor privado, ao invés de aplicar recursos públicos somente em poucos projetos bancados integralmente pelo setor público.

Apesar das inúmeras vantagens das parcerias, este modelo não deve ser utilizado como solução única para a prestação de serviços de interesse público. Sua adequação, bem como vantagens ou desvantagens, depende da análise de cada projeto concretamente visado e dos limites objetivos para cada forma de concessão, como se verá abaixo.

No caso das concessões comuns, os limites dizem respeito ao tipo de projeto que pode ser objeto dessa modalidade de contrato. As concessões comuns pressupõem a delegação de um serviço público ou a concessão de obra pública cuja exploração viabilize os investimentos

a serem realizados pelo particular. Por isso, não poderão ser aplicadas a serviços ou bens públicos sem conteúdo econômico. De forma semelhante, não podem ser utilizadas em projetos cuja viabilidade econômica dependa de contraprestação pecuniária direta do Poder Público ou, ainda, em projetos que não justifiquem um contrato de longo prazo.

Para as PPPs, além dessas limitações legais, é preciso avaliar a suficiência de recursos públicos para a contratação, já que as PPPs por serem contratos de longo prazo, impõem à Administração Pública importante compromisso financeiro.

É fundamental que haja comprometimento por parte do Poder Público que, diante de eventual cenário financeiro negativo presente ou futuro, pondere se a contratação de uma PPP será a alternativa mais adequada. Há ainda limites relacionados à previsão de teto legal de 5% da Receita Corrente Líquida do ente federativo para as despesas decorrentes de contratações de PPPs (art. 28 da lei 11.079/04), bem como a responsabilidade fiscal na celebração e execução das PPPs.

A lei complementar federal 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF) prevê dois instrumentos para assegurar o equilíbrio das contas públicas: as restrições diretamente aplicáveis à geração de despesa (artigos 16 a 24 da LRF) e o controle sobre o endividamento público (artigos 29 a 38 da LRF). A lei federal de PPP (artigo 10, inciso I, alíneas “b” e “c”) estabeleceu como condição prévia para licitar um projeto, a elaboração de estudo técnico que demonstre:

(i) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais do Estado, previstas na sua Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), conforme orientações do artigo 4º, §2º, da LRF; (ii) a observância dos limites e condições para endividamento e operações de crédito previstos na LRF, conforme as normas editadas pela Secretaria do Tesouro Nacional sobre consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de PPP.

Atualmente, o regime de contabilização das despesas relacionadas a contratos de PPP está disciplinado pelo Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP) e pelo Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF), ambos editados pela Secretaria do Tesouro Nacional.

Adicionalmente, é importante destacar que a estruturação de uma parceria usualmente exige um esforço maior em relação a outras formas de contratação, diante da complexidade do aparato jurídico, técnico e econômico-financeiro de um projeto dessa natureza.

Ainda que haja um ganho de escala, os projetos devem ser analisados e modelados individualmente, de modo que o prazo médio de maturação de um projeto de parceria tende a ser maior do que o de outras modalidades de contratação.

Entretanto, embora a parceria possa exigir um esforço maior do setor público na etapa de estudos, a forma “tradicional” de contratação de obra seguida pela contratação de serviços, por envolver mais de um contrato e, portanto, mais de uma licitação, poderá acarretar um prazo

superior para a disponibilização do serviço em relação à contratação de uma parceria para o objeto global. Assim, uma vez observados seus limites, as parcerias possuem uma série de vantagens, especialmente por consistirem em mecanismo eficaz de incentivos, tanto para o Poder Público como para o setor privado, contribuindo para a prestação dos serviços de forma eficiente e continuada para a sociedade.

Não obstante, para que os resultados esperados em decorrência da contratação de parcerias efetivamente se concretizem, é preciso bom planejamento, estruturação, diagnóstico do mercado, avaliações econômico-financeiras adequadas, contratações elaboradas e monitoradas.

02

Programa de
Parcerias do
Estado de MS

O Programa Estadual de Parcerias de Mato Grosso do Sul (PROP-MS) é destinado a fomentar, coordenar, regular e fiscalizar as atividades de agentes do setor privado que atuem na implementação das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do Estado e ao bem-estar coletivo.

Em linhas gerais, o PROP-MS disciplina as diretrizes e os objetivos a serem perseguidos pela execução dos projetos de parcerias no Estado, além de definir uma estrutura decisória básica e identificar as instâncias responsáveis pela aprovação e implantação dos projetos sul-mato-grossenses.

O PROP-MS tem, ainda, por objetivo prover o adequado planejamento das parcerias no âmbito estadual, por meio da definição de prioridades no Plano Estadual de Parcerias, além do acompanhamento permanente dos projetos empreendidos e da avaliação da eficiência das parcerias a partir de critérios objetivos.

O Estado de Mato Grosso do Sul iniciou seu primeiro projeto em 2016, o Projeto de PPP de Esgotamento Sanitário. Em seguida, em 2017, iniciou-se o Projeto de Concessão da Rodovia Estadual MS-306. Os dois projetos já estão em execução contratual e ambos foram estruturados via Procedimento de Manifestação de Interesse.

Um terceiro projeto, a PPP Infovia Digital, foi licitada recentemente e o contrato foi assinado em junho de 2022. No ano de 2022, está em fase de estruturação mais dois projetos, a Concessão das Rodovias MS-112 e trechos das BR-158 e 436 e a PPP de Centrais de Energia

Elétrica fotovoltaica, com a gestão da compensação de créditos, visando ao atendimento de todas as unidades administrativas estaduais.

O Estado planeja realizar novos investimentos em diversas áreas, aprimorando, cada vez mais, seu Programa Estadual de Parcerias.

2.1. Arcabouço legal das PPPs no Estado de Mato Grosso do Sul

As parcerias, no Estado de Mato Grosso do Sul, são regidas, fundamentalmente, pela Lei que instituiu o Programa Estadual de Parcerias (Lei nº 5.829/2022) e pela legislação federal aplicável.

2.2. Ciclo dos projetos de parceria no Estado

A proposição de projetos de parcerias pode partir tanto da Administração Pública, quanto da iniciativa privada. Como forma de facilitar o entendimento das diferentes etapas de trabalho envolvidas na estruturação de uma parceria com o setor privado, este Manual divide o ciclo de vida de um projeto em 4 (quatro) fases principais, além da etapa de cumprimento das condições para a contratação:

- (i) Proposição do projeto (fase de concepção);
- (ii) Execução dos estudos e da modelagem do projeto (fase de estruturação);
- (iii) Processo licitatório para a contratação (fase de licitação);

(iv) Cumprimento das condições precedentes à contratação, como a contratação de seguros, a estruturação das garantias e a constituição da Sociedade de Propósito Específico;

(v) Contratação e gestão do contrato de parceria (fase de gestão do contrato).

De forma mais detalhada, as etapas do projeto podem ser assim descritas:

(i) Caso a iniciativa parta do setor público, devem ser apresentados elementos suficientes de pré-viabilidade do projeto que subsidiem a análise da conveniência de se realizar a parceria;

(ii) O projeto é incluído no Plano Estadual de Parcerias, que contém os objetivos e ações do Governo no âmbito do Programa Estadual de Parcerias do Estado de Mato Grosso do Sul (PROP-MS) e contempla os projetos de parcerias a serem estruturados, licitados e contratados pela Administração Estadual no período. O Plano é elaborado pelo EPE e aprovado pelo CGP;

(iii) Incluído o projeto no Plano Estadual de Parcerias, passa-se à fase de modelagem, na qual são realizados os estudos de viabilidade técnica, jurídica e econômico-financeira da parceria. A coordenação e responsabilidade desta fase é do EPE;

(iv) Para a realização desses estudos, pode-se optar pela publicação de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), em que são convidados eventuais interessados da iniciativa privada a apresentar estudos de

determinado projeto de parceria;

(v) A Administração Pública pode optar por conferir a um único interessado a autorização para realização dos estudos, desde que observadas algumas condições;

(vi) Admite-se a realização de estudos faseados, em que os agentes privados podem realizar estudos específicos;

(vii) Concluídos os estudos de modelagem, o projeto passa novamente pela deliberação do CGP para aprovação da modelagem final;

(viii) Aprovado, conforme o caso, tem início a fase de licitação, com o prosseguimento para as etapas de consulta e audiência pública. Esses procedimentos são realizados pela entidade responsável pelo projeto, com a coordenação pelo EPE;

(ix) Concluída a licitação e assinado o contrato de parceria entre os agentes público e privado, inicia-se a fase de gestão do contrato, coordenada pela entidade responsável, com o apoio do EPE. Essa fase contempla a transição da prestação do serviço para a concessionária ou o início da prestação desse serviço, bem como o acompanhamento, pelo Poder Público, da execução do contrato durante todo o prazo de vigência.

Cada uma dessas fases será, posteriormente, tratada em maiores detalhes, contemplando as atividades e as atribuições dos vários órgãos envolvidos em cada etapa.

2.3. Atribuições e estrutura organizacional do Programa Estadual de Parcerias (PROP-MS)

O Programa Estadual de Parcerias tem o Conselho Gestor de Parcerias (CGP) como órgão superior de decisão e conta, ainda, com os seguintes corpos técnicos: (i) EPE; (ii) órgãos e entidades finalísticas; (iii) Fundo Garantidor de Parcerias (FGP); e (iv) Fundo Estadual Garantidor de Parcerias (FEGAP). Além destes, possuem atribuições importantes no desenvolvimento das parcerias órgãos e entidades como: a Procuradoria Geral do Estado (PGE) e a Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul (AGEMS).

Nas seções seguintes serão detalhadas, com maior precisão, as atribuições de cada um dos entes citados.

2.3.1. Conselho Gestor de Parcerias (CGP)

O CGP é o órgão superior de decisão do PROP-MS. É composto pelos seguintes membros permanentes: o Procurador-Geral do Estado, o Secretário Especial de Parcerias Estratégicas, os Secretários de Estado responsáveis pelo planejamento, gestão financeira, desenvolvimento econômico e infraestrutura do Estado e por dois membros de livre indicação do Governador. Também podem participar das reuniões do CGP, na condição de membros eventuais, com direito a voz, os demais titulares de Secretarias de Estado que tiverem interesse direto em determinado contrato de parceria.

As decisões do CGP são tomadas por voto da maioria, tendo o seu Presidente direito ao voto de qualidade. O CGP é responsável por definir as prioridades do PROP-MS e supervisionar a execução de suas atividades. Qualquer matéria de interesse do PROP-MS deve ser deliberada pelo CGP.

Na fase de concepção dos projetos de parceria, cabe ao CGP aprovar o Plano Estadual de Parcerias, que deverá ser atualizado anualmente, definindo-se suas prioridades para o período. O CGP também pode propor o estabelecimento de diretrizes a serem observadas na concepção e proposição de projetos.

Na fase de estruturação dos projetos, o CGP é a instância responsável por aprovar a sua modelagem final, bem como as minutas dos editais e dos contratos de parceria. É somente após essa fase que podem ser iniciados os procedimentos para a licitação do projeto.

2.3.2. Regulamento do CGP

O CGP deve elaborar e aprovar seu regulamento interno de funcionamento. Nesse sentido, é importante conhecer outras experiências e formas de organização de entes com competências semelhantes.

O Estado de São Paulo, por exemplo, conta com uma secretaria executiva dos órgãos decisórios (equivalente ao CGP sul-mato-grossense), responsável por atividades como envio de avisos de convocação para reuniões do CGP, elaboração de ata das reuniões do CGP, elaboração de minuta dos atos expedidos pelo

CGP, os atos declaratórios e as instruções, manutenção do arquivo dos documentos submetidos ao CGP, adoção dos procedimentos necessários à publicação e encaminhamento das deliberações do CGP na Plataforma Digital de Parcerias.

No contexto de Mato Grosso do Sul, também pode ser estratégica a adoção de estrutura administrativa semelhante, de forma a permitir a melhor condução e organização das atividades do Conselho. Nesse sentido, o próprio EPE é a instância responsável pelo desempenho das funções da Secretaria Executiva. Considerando que o órgão exerce diversas funções técnicas na estruturação de projetos, se mostra estratégica a coordenação das atividades do CGP.

2.3.3. O Escritório de Parcerias Estratégicas (EPE)

O EPE é um órgão de regime especial, vinculado à Secretaria de Estado responsável pela coordenação das ações de governo e pelo planejamento estratégico. O EPE tem como competência executar as atividades operacionais, de coordenação e de acompanhamento de projetos de parcerias, além de prestar assessoramento ao CGP e aos órgãos e entidades finalísticas responsáveis pelos projetos.

Em suma, compete ao EPE:

- (i) formular diretrizes e elaborar perfis, estudos e diagnósticos para o desenvolvimento da carteira de projetos de parceria do Esta-

do, bem como de modelagens que envolvam a alienação do controle de empresa estatal;

- (ii) atuar como interlocutor oficial do Estado na captação de recursos perante os organismos multilaterais, agências bilaterais de crédito e instituições financeiras;

- (iii) intermediar a celebração e coordenar, operacionalmente, os acordos de empréstimo e de cooperação técnica perante os organismos multilaterais, agências bilaterais de crédito e instituições financeiras, para a obtenção de recursos relativos a programas e a projetos estratégicos;

- (iv) estabelecer intercâmbio com instituições nacionais e internacionais, com entidades representativas da iniciativa privada e com organizações não governamentais, visando à cooperação técnica, financeira e operacional de interesse do Estado;

- (v) avaliar a performance da carteira de projetos e, se necessário, recomendar medidas que conduzam ao seu melhor desempenho;

- (vi) formular diretrizes, elaborar planos e executar atividades operacionais e de coordenação de projetos de parceria, bem como aprimorar as etapas e as regras de governança para o acompanhamento e execução de contratos de parceria e de modelagens que envolvam a alienação do controle de empresa estatal;

- (vii) promover e gerenciar a rede de projetos de parceria no âmbito do Estado;

- (viii) receber, processar, tramitar, analisar e

avaliar Manifestações de Interesse Privado (MIP), cujo escopo consista na realização de projetos e parcerias com o Estado, independentemente do seu objeto ou conformação jurídica;

(ix) lançar, conduzir, processar, tramitar, analisar e avaliar Procedimentos de Manifestação de Interesse (PMI) para o desenvolvimento de projetos e parcerias entre o Estado de Mato Grosso do Sul e a iniciativa privada;

(x) desenvolver, modelar e estruturar projetos, estudos, investigações e detalhamentos, com ou sem o apoio da iniciativa privada ou de outros órgãos e entidades estaduais, para a celebração de contratos de parceria e para a modelagem que envolva a alienação do controle de empresa estatal, podendo:

a. constituir grupos de trabalho para desenvolvimento, modelagem, estruturação e análise da vantajosidade dos projetos;

b. indicar a necessidade de ter o apoio de consultorias especializadas para estudos de estruturação e desenvolvimento dos projetos de parceria;

(xi) coordenar o planejamento, a estruturação e o lançamento dos processos licitatórios para a celebração de contratos de parceria, bem como dos procedimentos para alienação do controle de empresa estatal;

(xii) auxiliar no planejamento dos compromissos assumidos pelo Estado para o desenvolvimento de parcerias com a iniciativa privada e na análise das condições orçamentárias e fiscais para o seu desenvolvimento;

(xiii) realizar audiências e consultas públicas, bem como rodadas de apresentação dos projetos e mapeamento de potenciais interessados na realização de parcerias com o Estado;

(xiv) promover reuniões de sondagem de mercado com interessados nos projetos de parceria do Estado de Mato Grosso do Sul, em qualquer de suas fases de desenvolvimento;

(xv) auxiliar órgãos e entidades estaduais na gestão dos contratos de parceria e nas modelagens que envolvam a alienação do controle de empresa estatal, fornecendo subsídios, auxílio técnico e de pessoal, e apoiando-os na tomada de decisões, na fiscalização, na verificação independente, no desenvolvimento de ferramentas de gestão contratual, nos processos de verificação e de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro e quaisquer outras atividades necessárias para a adequada execução contratual;

(xvi) sugerir a constituição de comissões de acompanhamento da execução do contrato, composta por representantes dos órgãos ou das entidades envolvidos nas atividades de gestão contratual;

(xvii) auxiliar os órgãos ou as entidades responsáveis pela implementação dos projetos em processos administrativos de aplicação de penalidades e de término antecipado dos contratos de parceria, fornecendo subsídios, auxílio técnico e de pessoal para o cálculo de indenizações, acionamento de seguros e

garantias, reversão de bens e ativos, dentre outras atividades relacionadas ao tema;

(xviii) fornecer subsídios e auxiliar o Governador e as demais autoridades estaduais na tomada de decisões quanto à inclusão e à priorização de projetos no PROP-MS, à obtenção de financiamentos e de investimentos públicos ou privados em infraestrutura e ao desenvolvimento de iniciativas relacionadas aos contratos de parceria;

(xix) firmar termos de cooperação, fornecer subsídios e trocas de informação com outros programas federais, estaduais ou municipais de parcerias ou desestatização, buscando promover o intercâmbio de dados, experiências e informações para o fortalecimento institucional dos programas de parcerias e para o desenvolvimento de projetos, podendo envolver, inclusive, a capacitação de servidores, a realização de treinamentos, o compartilhamento oneroso ou gratuito de projetos e o auxílio técnico e operacional para a formulação, a implantação e a gestão de projetos de infraestrutura ou de interesse público;

(xx) atuar em outras iniciativas correlatas às suas finalidades institucionais.

Portanto, o EPE centraliza as atividades relacionadas ao PROP-MS, funcionando como verdadeiro corpo de natureza técnica.

Na fase de concepção dos projetos, o EPE é o órgão responsável por propor e elaborar o Plano Estadual de Parcerias. Os órgãos e entidades finalísticas também podem encaminhar ao EPE eventuais levantamentos, estudos

e ideias de projetos com a iniciativa privada. A partir disto, o EPE promove a estruturação dos projetos através da realização de estudos técnicos, jurídicos, econômico-financeiros e de pré-viabilidade, ficando responsável por coordenar a modelagem das parcerias.

Para o pleno desempenho dessas atividades, o EPE, através de contratações feitas pela Secretaria de Governo ou por órgãos e entidades finalísticas, pode se valer de suporte técnico externo de profissionais, empresas ou entidades de elevada especialização.

É possível que a seleção ocorra por processo de inexigibilidade, em respeito aos procedimentos previstos na legislação federal aplicável, sendo facultada a seleção entre potenciais interessados incluídos em lista de três ou mais, que atendam a requisitos adequados de habilitação e que, em função de suas qualidades ou atuação anterior, tenham condições de estabelecer relação de confiança com os órgãos e as entidades contratantes.

O EPE desempenha relevante papel na fase de licitação, a Comissão Especial de Licitação conta com pelo menos um membro designado pelo EPE, o qual exercerá a presidência.

Na fase de gestão dos contratos, o EPE também promove apoio aos órgãos e entidades finalísticas, no acompanhamento e fiscalização da execução contratual. O EPE, inclusive, pode auxiliar os órgãos e entidades quando da análise de eventuais pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro.

Em conclusão, o EPE revela ser verdadeiro órgão-chave na condução do PROP-MS, servindo como apoio técnico aos demais agentes do Programa.

2.3.4. Organização interna do EPE

Para o pleno desempenho das competências descritas anteriormente, o EPE conta com um corpo técnico dividido em: gabinete do Secretário, diretorias, coordenadorias, gerências e assessorias.

Ao Gabinete do Secretário Especial compete:

- (i) coordenar as Diretorias do EPE;
- (ii) firmar termos de cooperação, fornecer subsídios e trocas de informação com outros programas federais, estaduais ou municipais de parcerias ou de desestatização, buscando promover o intercâmbio de dados, experiências e informações para o fortalecimento institucional dos programas de parcerias e para o desenvolvimento de projetos;
- (iii) constituir grupos de trabalho para desenvolvimento, modelagem, estruturação e análise da vantagem dos projetos;
- (iv) indicar a necessidade de apoio de consultorias especializadas para estudos de estruturação e desenvolvimento dos projetos de parceria;
- (v) constituir comissões de acompanhamento da execução do contrato, quando solicitado pelos órgãos e pelas entidades responsáveis pela gestão e pela fiscalização dos contratos de parceria;

(vi) aprovar, em última instância, relatórios técnicos, exames, pareceres e demais documentos elaborados no âmbito das Diretorias, das Coordenadorias e das Gerências;

(vii) auxiliar o Governador e as demais autoridades estaduais na tomada de decisões quanto à inclusão e à priorização de projetos no Programa de Parcerias do Estado de Mato Grosso do Sul (PROP-MS), à obtenção de financiamentos e de investimentos públicos ou privados em infraestrutura e ao desenvolvimento de iniciativas relacionadas aos contratos de parceria;

(viii) estabelecer a interlocução oficial com a iniciativa privada, organismos multilaterais, agências bilaterais de crédito, bancos de fomento, órgãos de controle e demais órgãos e entidades do Poder Público;

(ix) expedir instruções normativas especificando os requisitos e os critérios a serem adotados nos estudos, nos levantamentos e nas análises técnicas dos projetos de competência do EPE;

(x) solicitar informações complementares aos órgãos e às entidades estaduais;

(xi) propor o Plano Estadual de Parcerias, a ser anualmente elaborado e submetido para aprovação pelo Conselho Gestor de Parcerias do PROP-MS (CGP), indicando as áreas de interesse em parcerias estratégicas e os projetos de parceria a serem estruturados pelo Estado no período;

(xii) indicar o membro representante do EPE para composição de Comitês Técnicos de Governança, quando previstos contratualmente;

(xiii) atuar em iniciativas correlatas às suas finalidades institucionais.

Diretamente subordinadas ao Gabinete do Secretário Especial, tem-se a Chefia de Gabinete a assessoria técnica ao Secretário Especial de Parcerias. Compete à Assessoria de Gabinete a elaboração de documentos e demais atos administrativos de competência do Secretário Especial de Parcerias e às Assessorias de Comunicação elaborar planos de comunicação dos projetos de competência do EPE e coordenar as estratégias para sua divulgação.

Também diretamente ligada ao Gabinete do Secretário Especial, a Coordenadoria de Captação tem por atribuição:

(i) auxiliar o Secretário Especial na interlocução oficial do Estado na captação de recursos perante os organismos multilaterais, as agências bilaterais de crédito e os bancos de fomento;

(ii) intermediar a celebração e coordenar, operacionalmente, os acordos de empréstimo e de cooperação técnica, para a obtenção de recursos relativos a programas e a projetos estratégicos;

(iii) apoiar e operacionalizar o intercâmbio com instituições nacionais e internacionais, com entidades representativas da iniciativa privada e com organizações não governa-

mentais, visando à cooperação técnica, financeira e operacional de interesse do Estado.

Ainda ligado ao Gabinete, a Coordenadoria de ASG - Governança Socioambiental tem por objetivo assessorar as diretorias e demais coordenadorias na adoção de estratégias e na implementação dos objetivos de desenvolvimento sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas e das diretrizes ambientais, sociais e de governança aplicáveis aos projetos e à atuação do EPE, a qual compete:

(i) propor iniciativas visando ao fomento de estratégias e de soluções inovadoras, social e ambientalmente responsáveis, relacionadas ao objeto das parcerias;

(ii) estabelecer a interlocução com órgãos e entidades que, dentre suas finalidades institucionais, tratem de temáticas envolvendo diretrizes de governança socioambiental;

(iii) identificar e implementar nos projetos de competência do EPE os objetivos de desenvolvimento sustentável, as estratégias de governança e as diretrizes sociais e ambientais, visando, essencialmente, à proteção aos direitos humanos e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado;

(iv) acompanhar a execução efetiva dos objetivos, estratégias e diretrizes definidas durante a modelagem do projeto.

Em relação às diretorias, a Diretoria de Estruturação de Contratos e Arranjos Institucionais, tem por competência:

(i) coordenar a elaboração dos estudos jurídico-institucionais para a estruturação dos projetos de competência do EPE;

(ii) desenvolver, modelar e estruturar os projetos, estudos, investigações e detalhamentos, em conjunto com as demais Diretorias e Coordenadorias;

(iii) coordenar e conduzir as audiências públicas, consultas públicas, rodadas de sondagem de mercado e demais eventos e atividades de caráter institucional relativas a projetos de parceria e de alienação da participação societária do Estado;

(iv) apoiar órgãos e entidades na execução contratual, em temas relacionados aos assuntos jurídico-institucionais;

(v) receber, processar, tramitar, coordenar, analisar e avaliar as Manifestações de Interesse Privado (MIP) e Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), cujo escopo consista na realização de projetos de competência do EPE;

(vi) assessorar o Conselho Gestor de Parcerias do PROP-MS (CGP).

Subordinada à Diretoria de Estruturação de Contratos e Arranjos Institucionais, tem-se a Coordenadoria de Licitações e Contratos, subordinada à Diretoria de Estruturação de Contratos e Arranjos Institucionais, a qual compete realizar o planejamento, estruturação e lançamento dos processos licitatórios dos projetos de competência do EPE, o planejamento e a operacionalização das audiências e consultas públicas, sondagem de mercado e demais

eventos e atividades de caráter institucional relativas a projetos de competência do EPE e acompanhar a tramitação e a gestão dos contratos no âmbito do EPE.

Já a Coordenadoria de Assuntos Institucionais, também subordinada à Diretoria de Estruturação de Contratos e Arranjos Institucionais, compete:

(i) auxiliar na interlocução com a iniciativa privada, órgãos de controle e demais órgãos e entidades do Poder Público;

(ii) promover o intercâmbio de dados, experiências e informações para o fortalecimento institucional dos programas de parcerias e para o desenvolvimento de projetos, podendo envolver a capacitação de servidores e a realização de treinamentos;

(iii) elaborar os documentos referentes à organização e à atuação do Conselho Gestor de Parcerias do PROP-MS (CGP);

(iv) assessorar as reuniões dos Comitês Técnicos de Governança, quando solicitado pela Presidência do Comitê.

Uma outra diretoria é a Econômico-Financeira, que tem por competência:

(i) coordenar a elaboração dos estudos de viabilidade econômico-financeira, de impacto orçamentário e de custo-benefício para a estruturação dos projetos de competência do EPE;

(ii) desenvolver, modelar e estruturar os projetos, estudos, investigações e detalhamentos, em conjunto com as demais Diretorias e Coordenadorias;

(iii) apoiar órgãos e entidades na execução contratual em assuntos econômico-financeiros, tais como cálculo de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro;

(iv) promover a interlocução com os órgãos e entidades da Administração Pública e com entes privados, responsáveis pela gestão e pela administração de fundos de natureza pública ou privada, relacionados aos projetos e aos contratos de parceria.

Subordinada à Diretoria Econômico-Financeira, a Coordenadoria de Assuntos Regulatórios tem por função avaliar a conformidade regulatória dos projetos de competência do EPE e elaborar estudos técnicos com o objetivo de propor o aprimoramento das regras regulatórias, os quais deverão ser encaminhados à Agência Estadual de Regulação de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul (AGEM), quando cabível.

Já a Coordenadoria de Análises Contábeis e Orçamentárias compete:

(i) estruturar, sob o aspecto fiscal e contábil, as projeções financeiras dos projetos de competência do EPE, de forma a produzir projeções confiáveis de fluxo de caixa;

(ii) avaliar o impacto orçamentário, de curto, médio e longo prazos, dos projetos de competência do EPE;

(iii) avaliar a adequação dos mecanismos de garantia em relação às obrigações financeiras decorrentes dos projetos de competência do EPE e dos contratos em execução;

(iv) avaliar o cumprimento dos limites legais e dos requisitos de conformidade contábil dos projetos de competência do EPE.

A Diretoria Técnico-Operacional, por sua vez, tem por competência:

(i) coordenar a elaboração dos estudos técnicos de engenharia para a estruturação dos projetos de competência do EPE;

(ii) desenvolver, modelar e estruturar os projetos, estudos, investigações e detalhamentos, em conjunto com as demais Diretorias e Coordenadorias;

(iii) apoiar órgãos e entidades na execução contratual, em temas relacionados aos assuntos técnico-operacionais;

(iv) estabelecer interlocução com os verificadores independentes dos projetos de competência do EPE.

Subordinada à Diretoria Técnico-Operacional, a Coordenadoria de Engenharia desempenha o planejamento das atividades de estruturação técnico-operacional dos projetos de competência do EPE e conta com as seguintes gerências:

(i) Gerência de Custos e Orçamentação: a estimativa de custos, planilhas orçamentárias e a avaliação econômica de insumos, produtos, serviços e equipamentos relacionados aos projetos de competência do EPE;

(ii) Gerência de Planejamento e Projeto: a elaboração de documentos, relatórios e desenhos, e o levantamento de especificações técnicas dos projetos de competência do EPE;

(iii) Gerência Socioambiental: o planejamento, a revisão e o apoio aos órgãos competentes na elaboração das diretrizes para o licenciamento ambiental, bem como autorizações e permissões pertinentes aos projetos de competência do EPE, quando o objeto do contrato exigir.

Por fim, o EPE conta com uma Coordenadoria Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado, cujas competências são estabelecidas no Regimento Interno da Procuradoria-Geral do Estado.

2.3.5. Fundos Garantidores

A Lei nº 5.829/2022 autoriza a criação, pelo Poder Executivo estadual, do Fundo Estadual Garantidor de Parcerias (FEGAP), de natureza pública. A legislação autoriza ainda que os órgãos da Administração Direta do Poder Executivo Estadual, suas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista participem do Fundo Garantidor de Parcerias (FGP), de natureza privada.

A principal finalidade dos fundos é a de prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos, em decorrência das parcerias.

No caso do fundo de natureza pública (FEGAP), este é constituído a partir da abertura de dotação orçamentária de recursos próprios. A finalidade do fundo contábil será específica aos seus objetivos de constituição, não podendo ser utilizada para consecução de outros objetivos estranhos ao PROP-MS. Cumpre

destacar que um fundo de natureza pública se submete às regras da contabilidade e direito financeiro e orçamentário públicos.

Significa que os recursos do fundo devem se submeter às disciplinas da Lei de Responsabilidade Fiscal (lei complementar federal 101/00), do Plano Plurianual (PPA), da Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e da Lei Orçamentária Anual (LOA). No caso da concessão de garantias, também será a própria entidade gestora do fundo a responsável por efetivar a sua execução na hipótese de não pagamento da contraprestação pública.

Já um Fundo Gestor de natureza privada segue uma lógica um pouco diferente. Nesse caso, há maior segregação de ativos e o fundo possui personalidade jurídica própria. O FGP será integralizado com bens que se reverterão em quotas aos seus titulares.

Um FGP de natureza privada também deve ser administrado por terceiro, sendo gerido e representado judicial e extrajudicialmente por instituição devidamente credenciada na Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Para tal, pode-se realizar procedimento de contratação de instituição privada especializada na prestação destes serviços. Os municípios podem participar do FGP, quando possuir natureza privada, através da integralização de quotas.

Cabe ao Administrador do FGP, se de natureza privada, editar e publicar regulamento para definir a política de investimento, a qualidade dos ativos, o conteúdo dos relatórios gerenciais das ações, a rentabilidade e a liquidez do FGP, as condições para a concessão de garantias,

as modalidades, a utilização dos recursos por parte do beneficiário, entre outros procedimentos que se façam necessários.

Em síntese, após a constituição do FGP, seja este de natureza pública ou privada, poderá a política estadual de garantias públicas ser elaborada com maior grau de detalhamento.

2.3.6. Entidades Setoriais

As entidades setoriais, no âmbito de suas competências, podem: (i) solicitar ao EPE a inclusão de projetos no Programa Estadual de Parcerias; (ii) opinar sobre as propostas de projetos de parcerias apresentadas pela iniciativa privada, posteriormente coordenadas pelo Escritório de Parcerias Estratégicas; e (iii) realizar estudos e levantamentos de pré-viabilidade dos projetos encaminhados posteriormente ao EPE para inclusão no Plano Estadual de Parcerias.

As entidades setoriais estão presentes em todas as etapas do ciclo de vida do projeto de parceria, tendo participação fundamental na estruturação do projeto do ponto de vista técnico e negocial, além de estabelecer os critérios de performance e os mecanismos de controle da parceria. Para execução dessas funções, podem ser constituídos, inclusive, grupos de trabalho entre as entidades setoriais e o EPE. Consolidada a modelagem final de determinado projeto, a entidade setorial é a responsável por centralizar e conduzir os processos de licitação (este com coordenação pelo EPE), contratação, execução e gestão das parcerias (estes com apoio do EPE).

A entidade setorial também é responsável por: (i) lançar o edital e conduzir a licitação, por meio de comissão de licitação a ser constituída (da qual participa membro designado pelo EPE, que será necessariamente o presidente); (ii) assinar o contrato de parceria; (iii) acompanhar e fiscalizar os ajustes firmados, dentro de suas competências; e (iv) em caso de pleito de reequilíbrio econômico-financeiro, a realização do cálculo do montante pecuniário averiguado para fins de reequilíbrio ou indenização, podendo ser solicitado à Secretaria de Planejamento apoio técnico para promoção dos cálculos, e decidir sobre tais pleitos.

Na hipótese de processos de indenização ou recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos que demandem cuidados orçamentários e fiscais, as entidades responsáveis poderão contar com o apoio do EPE para constituição de comissão conjunta de acompanhamento e análise do pleito ou contratação consultoria externa para subsidiar a entidade.

2.3.7. Procuradoria Geral do Estado (PGE)

A PGE exerce as funções de consultoria jurídica do Poder Executivo e da Administração Pública Estadual, competindo-lhe, dentre outras atribuições, emitir pareceres em processos sobre matéria jurídica de interesse da Administração Pública em geral, assim como orientar sobre os procedimentos a serem adotados pela Administração Pública do Estado.

No contexto de Mato Grosso do Sul, a Procuradoria também é responsável por emitir pareceres atestando a legalidade dos procedimentos licitatórios a serem realizados para a seleção do parceiro privado. A medida vai ao encontro das provisões de outros Estados, como o de São Paulo.

Além disso, na fase de gestão do contrato, além de fornecer apoio às entidades setoriais em eventuais questões jurídicas que surjam ao longo da execução do contrato, a PGE tem participação por meio de sua atuação no CGP.

03

Fase de Pré-
Enquadramento

3.1. Objetivo

A fase de pré-enquadramento contempla as atividades iniciais de concepção do projeto, na qual são elaborados documentos com base em estudos preliminares que indiquem a viabilidade do projeto e a conveniência de aprofundamento dos estudos. Na realidade de Mato Grosso do Sul, a fase tem o objetivo de: (i) fornecer ao CGP uma visão, ainda que preliminar, dos custos envolvidos, benefícios, complexidade técnica, interesse da iniciativa privada e impactos diversos da proposta, de forma a propiciar uma análise de viabilidade prévia; e (ii) prover o embasamento necessário ao CGP para decidir pela inclusão ou não do projeto na carteira de parcerias do Estado, antes da realização de grandes esforços financeiros e materiais, inerentes ao desenvolvimento de uma parceria.

3.2. Conteúdo mínimo necessário para a proposição de projetos de parceria

O conteúdo mínimo necessário para as propostas de projeto possui caráter meramente referencial, podendo o EPE, conforme as particularidades do caso concreto, aceitar estudos de pré-viabilidade que não contemplem todos os elementos indicados ou, ainda, solicitar ao proponente a sua complementação.

3.2.1. Objeto

A proposta de projeto deve conter descrição sucinta do objeto, sua relevância social ou interesse estratégico para o desenvolvimento do Estado.

3.2.2. Justificativa e Relevância Social

A proposta deve contemplar exposição dos aspectos que justificam a contratação do projeto, do ponto de vista da realidade a ser melhorada e benefícios para o contexto em que será inserido. Deverá ser realizada a identificação do problema ou da demanda, com as respectivas propostas de solução e de benefícios do projeto, além dos objetivos e das metas a serem alcançadas.

3.2.3. Modalidade de Contratação

A proposta de projeto deve, quando possível, indicar a modalidade de contratação e o prazo contratual, bem como a estimativa de investimento e o prazo para implantação.

3.3. Procedimento

3.3.1. Proposição do projeto

A proposta do projeto, iniciada pela Administração ou pelo particular, deverá ser apresentada (por meio digital ou físico) ao EPE para análise de sua pré-viabilidade e deve conter os requisitos mínimos descritos no item 3.2

Avaliada a pré-viabilidade, constatado o interesse público e a modalidade contratual mais adequada, o EPE elaborará justificativas técnicas, contendo:

3.3.1.1 Justificativa Social

O EPE deverá elaborar documento com a justificativa do projeto, considerando a relevância social ou o interesse estratégico para o desenvolvimento do Estado, com base nos dados fornecidos na solicitação.

3.3.1.2 Justificativa Técnica

O EPE irá elaborar justificativa técnica sobre a capacidade pública de pagamento para realização do projeto, quando for exigida, com base em dados fornecidos pela Secretaria responsável pela gestão financeira do Estado.

3.3.1.3 Justificativa Orçamentária

Deverá ser elaborada, também pelo EPE, a justificativa técnica sobre a compatibilidade do projeto com o Plano Estratégico de Desenvolvimento, o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual,

com base em dados fornecidos pela Secretaria responsável pelo planejamento.

3.3.2 Inclusão no Plano Estadual de Parcerias

Evidenciada a pré-viabilidade, interesse público e a modalidade contratual mais adequada ao projeto, o EPE promove sua inclusão na proposta do Plano Estadual de Parcerias, a ser encaminhada ao CGP. O Plano Estadual de Parcerias poderá ser alterado a qualquer tempo, cabendo ao EPE, se entender pertinente, propor ao CGP a inclusão de novos projetos para estruturação.

Recebida a proposta do Plano Estadual de Parcerias, o CGP deliberará sobre a aprovação ou a rejeição das propostas.

04

Fase de
Modelagem

Uma vez aprovado o Plano Estadual de Parcerias pelo CGP, os projetos nele constantes serão objeto de aprofundamento dos estudos de modelagem e demais análises técnicas necessárias para estruturação do projeto e subsequente licitação. A elaboração dos estudos de modelagem técnica, jurídica e econômico-financeira e demais estudos necessários à estruturação da parceria será coordenada pelo EPE, que dispõe de três caminhos possíveis: (i) elaborar os estudos diretamente; (ii) promover a contratação de consultoria externa para a elaboração dos estudos; (iii) lançar edital de Procedimento de Manifestação de Interesse para obter os estudos. Em qualquer caso, caberá ao EPE definir o meio pelo qual pretende obter os estudos de modelagem, podendo lançar mão de apoio da entidade setorial, titular do bem ou serviço objeto da parceria, bem como demais órgãos e entidades da Administração Pública Estadual, quando convir.

4.1. Procedimento de Manifestação de Interesse

O Procedimento de Manifestação de Interesse (“PMI”), ou Chamamento Público, é um instrumento que possibilita à Administração Pública a obtenção de estudos de modelagem de uma parceria por meio da iniciativa privada, que, a partir das demandas, diretrizes e orientações constantes do edital, desenvolve estudos e os cede para a Administração Pública a fim de subsidiar a estruturação de uma parceria.

O PMI deve ser previamente aprovado pelo CGP e será composto pelas seguintes fases:

(i) abertura, com publicação do edital em sítio eletrônico do EPE e no Portal de Parcerias do Estado de Mato Grosso do Sul, (ii) requerimento, que compreende o pedido de autorização para realizar os estudos por parte dos interessados, (iii) autorização para prosseguimento dos estudos e (iv) avaliação, seleção e aprovação dos estudos nos parâmetros estabelecidos em edital, conforme detalhado nos tópicos a seguir.

Todas as atividades relacionadas ao procedimento devem ser realizadas diretamente pelo EPE, contando, quando conveniente, com o apoio de consultoria externa para propor e processar os estudos recebidos. Secretarias finalísticas também poderão propor PMI, a ser conduzido pelo EPE que poderá solicitar apoio da entidade setorial, bem como de demais órgãos da Administração Pública Estadual em qualquer etapa do processo, em especial na análise de aproveitamento dos estudos, conforme detalhado nas seções subsequentes. Quando oportuno, o EPE poderá constituir Grupo Técnico de Trabalho de sua livre indicação e definição do escopo de atuação para auxiliar na condução de qualquer etapa do procedimento.

4.1.1. Elaboração do PMI

O edital de chamamento público deve conter obrigatoriamente:

- (i) Descrição e a delimitação dos objetivos pretendidos com os estudos;
- (ii) Delimitação do objeto dos estudos;

(iii) O escopo mínimo dos estudos jurídicos, ambientais, econômicos, financeiros, orçamentários, de engenharia, diretrizes ASG, entre outros a serem realizados;

(iv) A indicação da possibilidade, ou não, de ressarcimento dos estudos e, em caso positivo, de valor nominal máximo para eventual ressarcimento, se possível, ou critérios para a sua posterior fixação, bem como base de cálculo para fins de reajuste;

(v) A indicação quanto ao caráter plural ou exclusivo da autorização;

(vi) A previsão acerca da possibilidade, ou não, de participação do autorizado no processo licitatório futuro, decorrente dos estudos apresentados;

(vii) os critérios que serão adotados para a autorização dos interessados;

(viii) Os critérios que serão adotados para a classificação dos autorizados e para a seleção e a avaliação dos estudos;

(ix) Os prazos para a apresentação de pedido de autorização e para a entrega dos estudos, sendo possível sua posterior modificação diante das complexidades que venham a ser apuradas;

(x) A indicação, quanto aos meios de acesso a informações e a documentos públicos, aplicáveis aos estudos.

Durante a elaboração do edital de chamamento público cabe à Administração Pública ponderar, em cada projeto, o nível das especificidades técnicas para os estudos de modelagem

a serem requisitados à iniciativa privada. Enquanto uma delimitação mais específica tende a resultar em estudos mais homogêneos para se adequar às delimitações impostas, critérios mais abrandados permitem maior abertura aos autorizados para proposição de soluções alternativas, permitindo maior criatividade por parte da iniciativa privada.

Quando da elaboração de edital de chamamento público, o EPE deve identificar, previamente, as necessidades, diretrizes e limites, ciente de que aspectos são indispensáveis, do que já está decidido e não se admite alternativa e, por fim, quais questões convém prever liberdade de soluções alternativas no âmbito do projeto de parceria. Esses aspectos devem constar do edital de PMI a fim de melhor orientar a elaboração dos estudos obtidos através do procedimento e otimizar seu aproveitamento subsequente. Como já mencionado, na etapa de formulação do edital, o EPE poderá contar com apoio técnico de consultoria externa e/ou demais órgãos do Governo do Estado.

Na condição exclusiva de proponente do chamamento público, a Administração Pública poderá solicitar a realização de estudos parciais ou de forma faseada, caso entenda pertinente.

4.1.2 Autorização

O edital de PMI deve indicar as condições necessárias para autorização da realização de estudos por interessados, que deverão requerê-la por meio de documento que contenha ao menos:

(i) A qualificação completa que permita a identificação da pessoa física ou jurídica de direito privado e a sua localização para eventual envio de notificações, de informações, de erratas e de respostas a pedidos de esclarecimentos, com: nome completo; inscrição no cadastro de pessoa física (CPF) ou no cadastro nacional de pessoa jurídica (CNPJ); cargo, profissão ou ramo de atividade; endereço comercial e/ou residencial; e endereço eletrônico;

(ii) Demonstração de experiência na realização dos estudos similares aos solicitados;

(iii) Declaração de transferência à Administração Pública dos direitos autorais dos estudos selecionados, se for o caso.

Cabe ao EPE analisar as fichas de requerimento para realização de estudos e, caso atendidos todos os requisitos previstos, conceder a autorização, que é pessoal e intransferível, sempre pública e acessível a todos interessados e publicada no Diário Oficial do Estado.

As autorizações concedidas pelo EPE poderão ser: (i) cassadas, quando não atendidos os requisitos mínimos, ainda que de forma superveniente; (ii) revogadas por critérios de conveniência e oportunidade ou desistência da autorizada; (iii) anuladas em caso de vício no procedimento; ou (iv) tornadas sem efeito, no caso de homologação de disposição contrária.

4.1.3 Autorização faseada

A Administração Pública Estadual poderá, em comum acordo entre as partes, ou mediante previsão em edital, estabelecer que a autorização para realização dos estudos seja feita de maneira faseada, de modo que as entregas e a realização destes estudos sejam fracionadas por etapa. A autorização faseada é um instrumento útil para aferir a pré-viabilidade de um projeto que, caso se mostre viável, viabiliza o prosseguimento para as próximas fases.

Caso contrário, quando as informações colhidas até aquele momento indicarem a inviabilidade de determinado projeto, a autorização faseada possibilita a suspensão da realização dos estudos, poupando as partes de se dedicarem a projetos de difícil viabilidade ou que não demonstrem aderência aos objetivos da Administração Pública.

Na hipótese de PMI com autorização faseada, esta indicação deve constar expressamente do edital, com indicação dos requisitos e critérios para aprovação ou não da continuidade dos estudos, detalhamento dos parâmetros para os estudos e as entregas de responsabilidade dos autorizados em cada etapa.

Esclarece-se que a autorização faseada não confere ao proponente autorizado a garantia de que a Administração Pública Estadual irá receber os estudos e os projetos em sua integralidade, caso as entregas preliminares apresentadas pelo autorizado não demonstrem a pré-viabilidade do empreendimento a justificar a continuidade dos estudos nos termos previs-

tos em edital. Tampouco a denegação de continuidade dos estudos ensejará direito a ressarcimento ou a qualquer tipo de indenização.

4.1.4 Autorização Exclusiva

A autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações e estudos outorgada pelo EPE poderá ser conferida, a depender da realidade de cada projeto, com exclusividade ou a número limitado de interessados.

A autorização exclusiva ou para número definido de autorizados para realização de estudos é especialmente conveniente para os casos nos quais já se tem diretrizes claras de qual solução adotar e para os casos em que a análise e comparação de diversas propostas demanda mais recursos humanos do que se tem disponível.

Ademais, a metodologia de avaliação da pertinência de múltiplos estudos pode levar ao aproveitamento parcial de cada um deles, de modo que o resultado final da modelagem se assemelhe a uma “colcha de retalhos”, podendo haver inconsistências entre as premissas e mecanismos adotados nas diferentes frentes estudadas pelos autorizados. Caberá, portanto, ao EPE avaliar, no caso concreto, os incentivos que deseja conferir à iniciativa privada para definir o grau de restrições estabelecidas para o procedimento.

Em caso de autorização exclusiva a um ou a um número reduzido de interessados, o edital poderá prever a vedação da participação do autorizado do processo licitatório decorrente

dos estudos objeto do PMI. Trata-se de uma faculdade a ser avaliada a cada caso, já que não se configura uma obrigação legal.

No caso de chamamento público que contemple autorização exclusiva e impossibilidade de participação direta ou indiretamente do certame, a restrição abrange o próprio autorizado, seus controlados, seus controladores, entidades sob seu controle comum, pessoas físicas e jurídicas que atuem como contratados ou consultores autorizados no âmbito do PMI e pessoas físicas e jurídicas que contratem o autorizado para as atividades objeto do PMI, bem como seus controladores, controlados e entidades sob controle comum.

4.1.5 Aproveitamento dos estudos e ressarcimento

O edital deve indicar com clareza os critérios que serão adotados para validar e avaliar os estudos recebidos no âmbito do PMI, os quais podem contemplar, exemplificativamente: consistência de informações, adoção de melhores práticas, adequação com a proposta, aderência às normas técnicas, regulatórias e ambientais vigentes, impacto socioeconômico, comparação custo-benefício entre alternativas viáveis para o empreendimento, menor valor de ressarcimento, dentre outras pertinentes.

Uma vez recebidos os estudos elaborados pelos autorizados, cabe à Administração Pública analisar criticamente os projetos, consolidar o que for aproveitável na modelagem definitiva do empreendimento e identificar o percentual de aproveitamento dos estudos, a fim de apu-

rar os valores de ressarcimento, caso essa hipótese esteja prevista no edital. Neste processo de análise e consolidação dos estudos recebidos, o EPE poderá, a seu critério, ser auxiliado por consultoria externa, por demais Secretarias e órgãos do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul ou pelo grupo técnico de trabalho, caso o tenha constituído.

A análise dos estudos recebidos pode resultar em diferentes cenários, desde o aproveitamento integral dos estudos de um interessado em detrimento dos demais apresentados, ao aproveitamento de um item de cada autorizado, à completa rejeição dos estudos apresentados por contrariarem as disposições do edital. Pode acontecer, ainda, de o objeto do empreendimento não mais se tornar relevante para a Administração Pública, por razões políticas, financeiras ou de qualquer outra ordem, que justifiquem a não continuidade do projeto ou demandem a alteração do escopo dos estudos.

Vale ressaltar, como já mencionado na seção que trata da autorização exclusiva, que, no caso de aproveitamento parcial de estudos diferentes, deve-se realizar rigorosa análise de consistência entre os materiais aproveitados a fim de conferir compatibilidade entre premissas, mecanismos e resultados dos diferentes estudos de autoria diversa. A qualquer tempo, o EPE poderá solicitar aos interessados o agendamento de reunião a fim de discutir com os autorizados o andamento dos estudos, solicitar alterações, retificações ou complementação.

O edital do PMI deve dispor sobre a possibilidade de ressarcimento dos estudos apresenta-

dos pelos autorizados, bem como os parâmetros para tal. O valor máximo previsto, em caso de eventual ressarcimento, deverá ser previamente fundamentado em justificativa técnica, que poderá se basear na complexidade dos estudos demandados ou se valer de estudos similares como referência. Adicionalmente, o EPE deverá indicar no edital o valor nominal máximo ou critérios para sua posterior fixação, prevendo a base de cálculo para fins de reajuste inflacionário. O valor de ressarcimento não poderá superar 2,5% dos custos orçados para os investimentos de implantação ou o valor total, no período da concessão, dos custos de operação e manutenção, o que for maior.

Em caso de previsão de ressarcimento, o percentual de aproveitamento dos estudos será o percentual do valor máximo a ser reembolsado pelo autorizado. Os valores devidos na forma de ressarcimento de estudos serão atribuídos ao eventual vencedor da licitação cuja modelagem tenha sido subsidiada pelos estudos colhidos em chamamento público. Assim, o edital de licitação deverá conter, como condição para assinatura do contrato, cláusula que disponha sobre o ressarcimento.

4.1.6 Manifestação de Interesse Privado

Qualquer pessoa física ou jurídica de direito privado pode formular à Administração Pública Estadual Manifestação de Interesse Privado (MIP), que deve ser dirigida ao EPE, com indicação da entidade setorial relacionada ao projeto. Caso outros órgãos ou Secretarias da

Administração Pública Estadual recebam a MIP, deverão encaminhá-la ao EPE, manifestando-se acerca da conveniência da proposta.

A MIP deverá conter minimamente: (i) informações cadastrais do proponente e sua qualificação técnica; (ii) descrição do objeto, com o detalhamento das necessidades públicas e o escopo dos estudos necessários para a sua viabilização; (iii) valor pretendido para ressarcimento dos estudos, caso aplicável; (iv) indicação do arranjo jurídico preliminar proposto para a implementação do projeto; (v) demonstração preliminar das viabilidades econômica, jurídica e técnica do projeto; e (vi) enumeração dos parâmetros objetivos de inovação que poderão ser mensurados quando da comparação da parceria proposta em face das contratações executadas e dos serviços correntemente prestados, caso existentes, pela Administração Pública Estadual.

Recebidos os estudos, o EPE deverá avaliar os requisitos formais da apresentação, solicitando eventuais complementações, adequações de escopo ou de premissas quando for necessário e, posteriormente, encaminhar a proposta à entidade setorial com vinculação temática ao objeto. A entidade setorial deverá se manifestar quanto à compatibilidade do projeto com as prioridades do Governo, a interface com estudos, projetos, contratos, programas e demais ações do Estado, a aderência ao contexto orçamentário-financeiro do ente e a conveniência e oportunidade da proposta. Atendidos os requisitos mencionados, o objeto da MIP deverá ser publicado em sítio eletrônico, no Portal

de Parcerias do Estado e no sítio da entidade setorial, sem prejuízo da manifestação de eventuais interessados quanto ao seu objeto.

Na hipótese de MIP, o Governo do Estado de Mato Grosso do Sul não está obrigado a abrir PMI, pode optar por realizar processo simplificado de avaliação e seleção dos estudos no ato de sua autorização, nos termos do decreto de PMI. Assim como o PMI, a MIP poderá também dispor de autorização faseada para prosseguimento dos estudos.

Na hipótese de aproveitamento total ou parcial dos estudos pela Administração Pública, havendo previsão de ressarcimento, a apreciação dos estudos deverá indicar expressamente o percentual de aproveitamento dos materiais para fins de ressarcimento do proponente autorizado.

4.2 Grupo Técnico de Trabalho

Para acompanhamento e execução das atividades relacionadas à estruturação e modelagem do projeto de parcerias, poderá ser formado grupo técnico de trabalho designado pelo CGP com membros do EPE, da entidade responsável e demais entes da Administração Pública que possuam vínculo temático com o ativo em questão.

Dentre as possíveis atribuições do grupo técnico de trabalho estão: debater e acompanhar conjuntamente os projetos, analisar e avaliar conjuntamente estudos elaborados, produzir levantamentos e demais análises técnicas re-

lativas à estruturação do projeto, acompanhar a elaboração do contrato, edital, anexos e demais documentos editalícios no âmbito do projeto de parceria.

A organização, atribuições e tempo de duração dos grupos técnicos de trabalho serão definidas por meio de ato expedido pelo EPE.

4.3 Estudos de modelagem

Serão abordados, a seguir, os conteúdos relevantes e imprescindíveis para a elaboração dos estudos de modelagem necessários à estruturação de uma parceria, que poderão ser desenvolvidos diretamente pelo EPE, com colaboração de órgão e entidade da Administração Pública Estadual, ou através de consultoria externa, contratada diretamente pelo Poder Público ou selecionada por meio de MIP ou PMI.

4.3.1. Modelagem Técnica

4.3.1.1. Análise de demanda

A análise de demanda tem como finalidade projetar o volume de usuários que utilizarão os serviços compreendidos no escopo do projeto de parceria. Este estudo é especialmente útil para dimensionar os investimentos necessários para criar e comportar a capacidade de oferta que será demandada, bem como fornecer subsídio para a projeção das receitas e despesas operacionais, no período em que vigorar a parceria, uma vez que estão intimamente relacionadas com a demanda pelo serviço.

É fundamental que o estudo de demanda indique com clareza a metodologia e as premissas utilizadas, elencando as variáveis e seu impacto na projeção. Recomenda-se, sempre que possível, a opção por projeções auxiliares (como crescimento do PIB, inflação, demografia) realizadas por instituições oficiais ou reconhecidas pela qualidade dos estudos divulgados.

4.3.1.2 Estudos de Engenharia e Arquitetura

Os estudos de engenharia e arquitetura fornecem e articulam os elementos necessários para caracterização dos investimentos compreendidos no projeto. No âmbito de parcerias com o setor privado, a legislação pertinente não estabelece o mesmo grau de detalhamento e aprofundamento que se exige numa contratação regida pelas leis federais 8.666/93 e 14.133/21, restando suficiente a mera caracterização dos elementos componentes do projeto básico. Isto é, na modelagem dos contratos de parceria, a Administração deve indicar as características necessárias e diretrizes do empreendimento, em grau de detalhamento de anteprojeto, cabendo ao futuro vencedor da licitação a definição do projeto básico e executivo a ser implementado como forma de cumprimento dos investimentos necessários ao atingimento dos indicadores de desempenho.

No âmbito dos estudos de engenharia e arquitetura, devem ser ponderados os impactos do nível de detalhamento dos investimentos na implantação do projeto e demais impactos

eventuais na execução contratual. Estudos mais aprofundados e exigências contratuais mais rígidas tendem a restringir o espaço para soluções alternativas, uniformizando as propostas de licitantes e propiciando um nível garantido de qualidade para o Poder Concedente. Alternativamente, menor grau de detalhamento das soluções necessárias para arquitetura e engenharia nos documentos licitatórios propiciam maior grau de liberdade para proposições diversas, que podem melhor se adequar ao modelo operacional de cada concessionário e gerar economias que podem ser colhidas na forma de outorgas ou desconto nos pagamentos públicos em leilões competitivos.

Os riscos relacionados à engenharia e arquitetura devem ser atribuídos àqueles que definem a solução técnica a ser adotada, ou seja, se o poder público definir as soluções de engenharia na documentação licitatória, faz sentido que assuma eventuais riscos de projetos e ineficiências e vice-versa.

Projetos em que a engenharia e a arquitetura são mais relevantes, como no caso de obras complexas ou vultosas, deve-se dedicar especial atenção ao tratamento deste tema na modelagem, com indicação clara da repartição de riscos, quantificação para o público e o privado da monta a ser absorvida em eventual concretização de algum desses riscos, de forma a proporcionar maior conforto e segurança jurídica para ambas as partes desde a licitação até a execução contratual.

Os estudos de engenharia e arquitetura na fase de modelagem em geral contemplam os itens a

abaixo, porém, a necessidade e a conveniência da realização de cada um deles deve ser avaliada no caso específico de cada projeto:

- (i) Análise topográfica e planialtimétrica;
- (ii) Planta de situação, indicando localização do terreno e da obra;
- (iii) Sondagens de solo para descrição do perfil geométrico do solo;
- (iv) Concepção arquitetônica, contemplando plantas baixas e de cobertura, cortes e elevações;
- (v) Concepções preliminares dos projetos complementares, tais como estrutura; instalações elétrica, hidráulica, sanitária e outras; paisagismo, urbanização. O conteúdo desses projetos envolve desenhos e cálculos, contemplando plantas, layouts, estimativas dos quantitativos e especificações preliminares;
- (vi) Memorial descritivo, composto por especificações básicas dos serviços e materiais construtivos;
- (vii) Cronograma preliminar da execução, apresentado por meio de planilha, contemplando descrição das etapas e respectivos serviços, bem como a estimativa de seus prazos, sequenciamento das atividades e identificação de interdependência entre elas, e definição do prazo total estimado;
- (viii) Plano de implantação, prevendo dimensionamento e caracterização dos empreendimentos previstos;

(ix) Orçamento do empreendimento, indicando metodologia e destacando as variáveis mais relevantes que podem impactar o valor global;

(x) Descrição técnica das soluções de engenharia e tecnologia propostas, com nível de detalhamento que permita, quando oportuno, o desenvolvimento de soluções alternativas por proponentes no âmbito da licitação.

4.3.1.3. Estudos Ambientais

Os estudos ambientais dizem respeito aos levantamentos e análises técnicas que objetivam compreender eventuais impactos que um projeto pode ter no ambiente em que se insere e recomendar ações de prevenção, mitigação e compensação. Conforme legislação sul-mato-grossense, é condição prévia para a publicação do edital de licitação a expedição da Licença Ambiental Prévia, ou a previsão de diretrizes para realização do licenciamento ambiental do empreendimento. Os estudos ambientais devem embasar a elaboração destes dois documentos citados anteriormente, que regem as condições, medidas de controle, mitigação e compensação e eventuais restrições ambientais que deverão ser observadas na implantação e operação do empreendimento.

Os levantamentos e análises pertinentes aos estudos ambientais, contemplam, em geral, os elementos abaixo, contudo, importante que se avalie a realidade e necessidade de cada projeto para adequada definição do escopo apropriado:

(i) O Escopo do projeto:

a) Demonstração da compatibilidade do projeto com o planejamento e as políticas governamentais por meio das finalidades que a Administração almeja atingir através do empreendimento;

b) Descrição do projeto e eventuais alternativas técnicas e locacionais para viabilizar o projeto, bem como os impactos de sua não realização;

(ii) Diagnóstico e Prognóstico ambiental:

a) A implantação da parceria deve considerar também as alternativas técnicas e locacionais e seus respectivos impactos e sempre indicar a metodologia de identificação, quantificação e interpretação adotada na análise;

b) Levantamento e análise dos prováveis impactos ambientais e sociais decorrentes da implantação do projeto;

c) Caracterização dos aspectos ambientais futuros da área que o projeto efetivamente impactará, considerando outras variáveis que não necessariamente se relacionam com o empreendimento;

(iii) Ações de mitigação e compensação ambiental:

a) Levantamento de ações mitigatórias e/ou compensatórias dos impactos negativos no ambiente advindos da implantação e operação do empreendimento, bem como daquelas ações que potencializam impactos ambientais positivos, indicando o cronograma executivo e alocação das responsabilidades;

- b) Recomendação da alternativa mais sustentável;
- c) Levantamento de ações de monitoramento e controle dos impactos ambientais;

A profundidade e amplitude dos estudos, levantamentos e demais análises técnicas estão relacionadas com eventual impacto que a implantação e/ou operação de empreendimento tem na localidade. Os impactos referem-se ao potencial de poluir e causar degradação ao meio ambiente que o projeto representa. Isto implica que empreendimentos considerados de baixo impacto ambiental podem ter suas condicionantes ambientais lastreadas em Relatório Ambiental Simplificado (RAS), enquanto projetos de alto impacto e complexidade devem conter, por lei, a realização de Estudos de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto no Meio Ambiente (RIMA), estudos mais amplos e aprofundados.

A partir de análises mais detalhadas e de maior abrangência, é possível fazer uma previsão mais apurada de quais riscos incidem sobre o projeto, quais as probabilidades de sua materialização e eventuais ações de mitigação e compensação que podem ser adotadas, de forma a permitir ao Poder Concedente e ao concessionário, a quantificação mais adequada dos riscos. Para isto, deverão ser observadas diretrizes específicas do Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL), bem como os ditames presentes no decreto estadual 12.725/09 e no Manual de Licenciamento Ambiental editado pelo Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, sem prejuízo de demais regramentos de órgãos ambientais competentes.

4.3.1.4 Estudos de Desapropriação

Para a implantação de determinados projetos, é necessário realizar a desapropriação de imóveis, que podem ser públicos – respeitadas as prescrições do artigo 2º, parágrafo segundo, do decreto-lei 3.365/41 – ou privados. O mapeamento das desapropriações de imóveis públicos ou privados necessárias à implantação do projeto é de fundamental importância para identificação da adequação do tempo de vigência previsto, dimensionamento dos investimentos, alocação de riscos, entre outros fatores.

A lei 8.987/95 estabelece ser papel do Poder Concedente promover as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária. Nessa hipótese, deverá constar expressamente no edital e minuta do contrato, que a desapropriação constitui obrigação da concessionária.

No sentido de subsidiar este processo, no desenvolvimento dos estudos de desapropriação, deverão ser identificados e analisados os imóveis na região em que o projeto se implementará. Em seguida, importante que se identifique os proprietários, levante-se a documentação e os registros imobiliários pertinentes para, em seguida, calcular os recursos necessários para custear as indenizações e demais atos expropriatórios.

O processo tem início com a edição de um Decreto de Utilidade Pública ou Decreto de Interesse Social, que posteriormente subsidia a desapropriação processada judicialmente, ressalvados os casos em que se homologa o

acordo de maneira amigável com o proprietário do imóvel. A Autoridade Concedente deve, então, depositar o valor de indenização baseado em laudo feito por perito do Estado, que pode, eventualmente, ser objeto de reavaliação caso o juiz entenda que o valor é injusto por sub ou sobre avaliação do imóvel.

Por se tratar de processo que não depende apenas das partes envolvidas, mas de outros atores e também do Judiciário, importante que se leve em consideração no momento da modelagem o prazo para a realização das desapropriações necessárias, com dimensionamento baseado em períodos médios identificados em outros projetos da localidade, para que seja previsto cronograma executivo compatível com o desenvolvimento do projeto, a fim de não gerar atrasos ou ineficiências.

A complexidade do projeto está intimamente relacionada à amplitude e à profundidade requerida dos estudos relativos à desapropriação, de maneira a permitir quantificação mais apurada dos valores e riscos envolvidos. Ademais, deve-se dedicar especial atenção para a abordagem contratual relativa à desapropriação com vistas à alocação de risco mais apropriada, pois envolve riscos cuja materialização pode impactar fortemente o cronograma e os custos do projeto.

No que tange os custos das desapropriações, os contratos podem endereçá-los como de responsabilidade do Poder Concedente, compartilhados entre as partes ou atribuição exclusiva da concessionária.

4.3.1.5 Investimentos e reinvestimentos

Os investimentos em um projeto de parceria compreendem os valores incorridos e imobilizados para a implantação de obras civis e aquisição de bens de capital que determinado projeto requer. Comumente denominado por CAPEX, do inglês Capital Expenditure, estão presentes ao longo da concessão, porém frequentemente concentrados principalmente nos seus primeiros anos, durante as fases de pré-implantação e implantação, e mais adiante na fase de reinvestimento, quando esta etapa for necessária. Os reinvestimentos são realizados ao longo da operação com o objetivo de repor ativos e conservar estruturas visando a extensão de sua vida útil.

A partir das diretrizes governamentais e dos achados decorrentes dos estudos operacionais e de demanda, é possível identificar e quantificar as intervenções planejadas, análise que deve levar em conta o custo da mão de obra, matéria prima, demais insumos utilizados, custos financeiros, tributários e variáveis que impactam custos e cronograma para se chegar a um orçamento final dos custos de implantação do empreendimento.

As avaliações que contemplam investimentos devem resultar num memorial de CAPEX que contenha cada item necessário para a realização do investimento, bem como a quantidade necessária e o seu preço estimado, indicando com clareza a metodologia utilizada para se elencar os itens, preços e quantidade necessária.

Os investimentos demandados por determinado projeto podem ter sua responsabilidade de financiamento e execução distribuída entre concessionário e Poder Concedente, da maneira que for mais adequada ao contexto da parceria. No entanto, quando houver compartilhamento de responsabilidade de investimento, é importante que se aloque os riscos e responsabilidades de maneira a gerar os melhores incentivos para cumprimento de cronograma e colaboração entre os atores envolvidos, de maneira a dirimir eventuais disputas que prejudicam a execução do empreendimento.

No caso de investimento a cargo do Poder Concedente, por exemplo, eventual atraso na sua implementação poderá postergar o início da operação completa ou parcial do ativo, impactando o recebimento de receitas pelo concessionário e podendo acarretar desequilíbrio contratual. De forma semelhante, o atraso na realização ou entrega de investimento de responsabilidade do concessionário também pode ensejar processos de reequilíbrio em favor do Poder Concedente ou mesmo a penalização do particular por descumprimento contratual.

4.3.2 Modelagem Operacional

O modelo operacional de um empreendimento tem como objetivo demonstrar, economicamente, como os serviços e demais atividades do escopo de um projeto serão realizados pelo futuro concessionário. Para tanto, o estudo deve demonstrar quais recursos e em que quantidade devem ser empregados, de modo a garantir a operação e a prestação dos serviços

em nível e quantidade compatíveis com o que será contratualizado. A modelagem operacional, em geral, contém as diretrizes operacionais, descrição de como se dará a prestação do serviço e, a partir dela, o dimensionamento dos recursos materiais e a quantidade de pessoal requerido para a operação, manutenção e administração do empreendimento.

4.3.2.1 Custos Operacionais

Os custos operacionais, frequentemente denominados por OPEX, do inglês Operational Expenditure, referem-se aos custos e despesas incorridas nas atividades necessárias à operação e à manutenção da parceria durante o prazo estipulado para o contrato.

Importante nesta etapa que se identifique os custos fixos, aqueles dissociados do volume e qualidade da operação, e os custos variáveis, fortemente atrelados ao volume demandado e à qualidade da operação do serviço em questão.

Esses levantamentos devem considerar todos os custos relacionados à gestão e à realização da operação, conservação e manutenção pelo período da concessão, tendo em vista a previsão de demanda e o nível de serviço contratualizado de forma a subsidiar a elaboração da modelagem financeira.

4.3.3 Modelagem Econômico-Financeira

A modelagem econômico-financeira é o instrumento de consolidação dos insumos obtidos no estudo de demanda, orçamentação de investimentos, custos operacionais e de desapropriação entre outros cabíveis no âmbito do projeto, a fim de atestar a viabilidade do empreendimento, a partir do valor presente obtido como resultado do modelo. O modelo financeiro é construído a partir de premissas com vistas a projetar o comportamento econômico do projeto durante o termo do contrato e analisar a geração de valor estritamente sob a ótica financeira.

O modelo econômico-financeiro deve consolidar todas as receitas, os itens, preços e quantidades de todos os insumos utilizados na execução do projeto, bem como a tributação, as despesas financeiras e demais encargos previstos em um projeto. A modelagem financeira é um importante instrumento para se analisar a necessidade ou não de complementação das receitas do parceiro privado via aporte ou contraprestação, os riscos financeiros de um projeto, calcular a exposição de caixa, estimar as garantias devidas por cada parte, entre outros aspectos relevantes. Apesar de, em geral, o modelo financeiro referencial desenvolvido no âmbito da modelagem de um projeto não ser vinculante, ele pode subsidiar eventuais revisões do equilíbrio econômico-financeiro de um projeto.

4.3.3.1 Fluxo de Caixa

O Fluxo de Caixa Descontado é o principal critério atualmente utilizado para se calcular o valor de um projeto. O fluxo de caixa objetiva consolidar as entradas e saídas de recursos do projeto, a fim de se calcular o fluxo de caixa livre, isto é, os recursos líquidos gerados pelo projeto em decorrência de sua execução e operação, que representa o retorno financeiro dos controladores do parceiro privado contratado.

A estrutura do fluxo de caixa é obtida a partir do lucro líquido, a que se somam as despesas relativas à depreciação e se subtraem os gastos com investimento e necessidade de capital de giro. O resultado desta operação é denominado fluxo de caixa livre que, em linhas gerais, é o excedente da operação do projeto apropriado pelo acionista. O fluxo de caixa livre, seu montante e a periodicidade, compõe os insumos utilizados para o cálculo do valor presente líquido de um projeto de parceria. O valor presente líquido é obtido através da consolidação dos fluxos trazidos a valor presente utilizando o custo de capital como taxa de desconto.

É possível que a elaboração do fluxo de caixa do projeto adote a metodologia do fluxo de caixa do projeto (que considera apenas as receitas do projeto e as saídas com impostos, custos, despesas e investimentos), ou do fluxo de caixa alavancado (que, adicionalmente, considera também os custos com juros, IOF e amortização de financiamento, além das receitas com a captação de financiamento). Ambas as metodologias são admissíveis, desde que o modelo econômico-financeiro do projeto eleja uma e a siga integralmente durante todos os estudos.

No tocante à contabilização da depreciação e amortização dos ativos tangíveis e intangíveis, recomenda-se verificar a legislação vigente sobre o tema, tendo em vista o modelo de negócios e a regulação pertinente, bem como as recomendações do Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP) e do Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF), divulgados pela Secretaria do Tesouro Nacional, da Receita Federal, do Comitê de Pronunciamentos Contábeis e do International Financial Reporting Standards.

4.3.3.2 Receitas

A projeção da receita em um projeto é parte fundamental da modelagem econômico-financeira, pois será a partir da possibilidade de se auferir receita e de sua quantificação que se poderá estimar a necessidade ou não de complementação com recursos do poder concedente na forma de aporte ou contraprestação para a viabilização do projeto.

Numa parceria com a iniciativa privada, as receitas do projeto deverão ser suficientes para fazer frente às necessidades de investimento, despesas operacionais, administrativas e remuneração de capital próprio e de terceiros em níveis compatíveis com aquele setor do mercado em que o empreendimento se insere. Isto implica que, se as receitas advindas da exploração de receitas decorrentes da exploração do objeto e acessórias não forem suficientes para honrar as despesas anteriormente men-

cionadas, dado o custo de capital do projeto, alguma forma de contraprestação ou aporte será necessária para que o projeto possua atratividade para a iniciativa privada.

A projeção de receitas está diretamente relacionada com a projeção de demanda, pois a receita tarifária – caso aplicável ao projeto – é obtida através da multiplicação do volume de usuários ou demanda de determinado serviço pelo preço estabelecido. A projeção de receitas deverá constar do modelo econômico-financeiro, minimamente, em periodicidade anual, sendo desejável a sua decomposição em periodicidades menores de maneira a permitir análises mais aprofundadas.

4.3.3.3 Contraprestação e Aporte

Será incluído neste item, a título ilustrativo, modelo de cláusula contratual regrando o pagamento de aportes.

Quando o valor presente líquido de um projeto é negativo, porém a viabilização do empreendimento é importante para a Administração Pública Estadual pelos benefícios trazidos pelo projeto, instrumentos como aporte e contraprestações são especialmente úteis para assegurar a viabilidade e atratividade para o setor privado.

Nesses casos, surge a necessidade de identificar novas fontes de receita que não necessariamente aquelas provenientes do pagamento de tarifas pelos usuários. Nesse contexto, a

Administração pode lançar mão de ferramentas tais como a contraprestação e o aporte de recursos, previstos no artigo 6º da lei 11.079/04 e cabíveis tanto em concessões patrocinadas – quando o princípio da modicidade tarifária demanda a complementação, pelo Poder Concedente, do valor pago diretamente ao concessionário pelos usuários – quanto em concessões administrativas, em que não é técnica ou economicamente viável o modelo tarifário.

A contraprestação é um montante pago pelo Poder Concedente ao concessionário em periodicidade estabelecida em contrato sendo, em geral, mensal ou anual. A contraprestação, para incorporar incentivos financeiros a adequada prestação do serviço, comumente é composta por uma parcela fixa e uma variável de acordo com os indicadores de desempenho. É recomendável que a parcela variável abarque apenas o excedente direcionado à remuneração do capital, não impactando assim, quando zerada, a operação do serviço.

Em modelagens em que a contraprestação está inteiramente vinculada à demanda, cria-se incentivos ao parceiro privado para incrementar a demanda, no entanto aumenta-se a sua percepção de risco em decorrência das flutuações de receita ao longo da execução do contrato. Por outro lado, a existência de uma parcela fixa referente à disponibilidade do bem ou serviço e outra variável em função da demanda pode ajudar a criar incentivos para aumentar a demanda e trazer segurança aos financiadores, reduzindo o custo do projeto.

Já o aporte é um instrumento relacionado à fase

de investimentos de projetos de PPP, atuando como um complemento do Poder Concedente ao parceiro privado, sendo pago à medida que as diversas fases da implantação ou aquisição de bens reversíveis são realizadas.

O instrumento do aporte é mais frequentemente empregado em projetos com altos investimentos concentrados nos primeiros anos.

O aporte, por ser pago nos primeiros anos do projeto, pode reduzir em termos líquidos os pagamentos devidos pela Administração Pública ao parceiro privado por adiantar o dinheiro no tempo, por possuir um tratamento tributário mais eficiente que a contraprestação e por reduzir a exposição de caixa no início do projeto, reduzindo a percepção de risco por financiadores e operadores. Porém, pelo vulto dos valores, garantias robustas devem ser prestadas como forma de assegurar a eficiência do mecanismo e reduzir a percepção de risco por parte do setor privado. Cabe ressaltar que, em alguns casos, bancos de fomento podem realizar os aportes diretamente ao particular, como foi o caso da PPP de hospitais do Estado de São Paulo e a PPP rodoviária da Nova Tamoios, também naquele Estado.

A lei federal 12.766/12, que altera a lei federal 11.079/04 e institui o instrumento do aporte público de recursos nas PPPs, dispõe que o instrumento possui um tratamento tributário específico em que se isenta a incidência de IRPJ, CSLL, PIS/Pasep e COFINS, reduzindo assim o custo total do projeto. Isto implica que o valor do aporte poderá ser excluído do cálculo do lucro líquido para apuração do lucro real, da base

de cálculo da CSLL, PIS/Pasep e COFINS.

A eventual previsão de aporte para financiamento de investimentos em parcerias deverá ser precedida de análise que contemple a alocação de riscos do projeto, a capacidade do mercado de capitais de prover financiamento para projetos de tal vulto e matriz de risco e a capacidade pública de pagamentos e de prestar garantias líquidas. Deve-se ponderar também que a previsão de aporte reduz o incentivo do parceiro privado de entregar o investimento o quanto antes e iniciar a operação, pois quando não há previsão do aporte, o risco de implantação é alocado exclusivamente ao privado, tendo sua percepção de receita condicionada à entrega do investimento e início da operação.

4.3.3.4 Receitas Acessórias e Empreendimentos Associados

Para além das receitas decorrentes da exploração do serviço, de aporte, ou contraprestação pagos pela Administração Pública, contratos de parceria permitem ao concessionário explorar receitas decorrentes de atividades complementares, empreendimentos associados e demais atividades não compreendidas no escopo do contrato, como por exemplo: (i) lojas e restaurantes em aeroportos concedidos; (ii) realização de eventos e exploração de lanchonetes e restaurantes em parques públicos concedidos; (iii) criação de centros comerciais nas instalações das linhas de metrô, entre outros.

Essas receitas são especialmente úteis no âmbito de contrato de parcerias, pois ajudam a

baratear o projeto na medida que incrementam as receitas do empreendimento. A exploração de receitas acessórias, em geral, é objeto de compartilhamento com o Poder Concedente. Esse compartilhamento, no entanto, não deve ser de alto percentual, uma vez que, quanto maior o for, menor tenderá a ser a atratividade para o empreendedor privado.

Assim, a exploração de receitas acessórias e de empreendimentos associados é também vantajosa para a Administração Pública, uma vez que contribui para o barateamento do projeto, a maior competitividade do certame e a utilização mais eficiente da infraestrutura. Quanto ao compartilhamento de receitas acessórias, recomenda-se estabelecer um patamar a partir do qual se compartilha parte do excedente. Isto é, suponha-se que se tenha obtido da modelagem financeira referencial que as receitas acessórias totalizariam 7% da receita total do projeto; se, na execução do contrato, as receitas ultrapassem este patamar de 7%, parte do excedente deverá ser compartilhado com o Poder Público em percentual tal que não haja desincentivo à busca pela expansão de tais receitas para patamares ainda maiores, de forma a propiciar ganhos para ambas as partes.

O compartilhamento de receitas acessórias com o Poder Concedente pode contribuir para a redução de complementação de recursos como aporte e contraprestação e também servir para financiar reinvestimentos ou novos investimentos do concessionário quando o contrato contemplar tal hipótese.

Contratos de parceria podem conter cláusulas que autorizam, caso a caso, a exploração de receitas acessórias e empreendimentos associados mediante apresentação de propostas pelo concessionário e aprovação do Poder Concedente. Ao conferir maior segurança jurídica à exploração de fontes alternativas de receita e aos percentuais de compartilhamento, propicia-se aos interessados melhor quantificação dessas receitas, o que reflete nas propostas apresentadas no certame.

De forma ilustrativa, cita-se o caso da PPP do Piauí Conectado, contratada pelo Estado do Piauí, cujo objeto da parceria é a implantação de redes e infraestrutura de internet de alta velocidade. No contrato, contemplou-se a possibilidade de celebração de projetos associados para os setores de teleeducação, telemedicina e tele segurança, que podem ser aderidos ao escopo principal da parceria, no curso de sua execução, para atender a novas necessidades do Estado que se apresentem ou se aperfeiçoem apenas após a celebração do contrato originário.

4.3.3.5 Impostos e Contribuição

Quando da elaboração da modelagem econômico-financeira, os impostos e contribuições aplicáveis a determinado projeto devem ser incluídos como deduções do fluxo de caixa com sua respectiva base de cálculo, seja receita bruta como é o caso de PIS/Pasep, COFINS e ISS, seja no lucro bruto como o IR e CSLL.

A depender do setor e atividade a ser desenvolvida no projeto, é recomendado avaliar a existência de isenções a serem consideradas

no modelo de forma a torná-lo mais atrativo. Importante que se avalie, ainda, o valor das contribuições e impostos, pois dependem do regime de tributação na qual a concessionária irá se enquadrar em Lucro Presumido e Lucro Real.

4.3.3.6 Capital de Giro

Capital de giro é um recurso de rápida renovação que representa a liquidez da operação disponível para a concessionária, compreendendo recursos em caixa, ativos financeiros altamente líquidos no curto prazo, estoque e disponibilidade de crédito. É uma ferramenta fundamental para tomada de decisões, pois se refere ao ciclo operacional da concessão e, por sua difícil estimativa, costumeiramente usa-se como referência um percentual das receitas do projeto.

4.3.3.7 Custo de Capital

O Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC) ou Weighted Average Cost of Capital (WACC) é a métrica utilizada para se obter o custo de capital de um projeto, ou seja, qual a taxa mínima de retorno sobre o capital que um projeto deve obter para fazer frente ao custo de capital dos acionistas e a dívida contraída para viabilizar o projeto. O cálculo é feito a partir do custo de capital próprio (capital do acionista do projeto), e do custo do capital de terceiros (custo da dívida decorrente de empréstimos para alavancar o projeto), ponderado pela estrutura de capital, isto é, qual a porcentagem de capital próprio e de terceiros compõe o projeto.

Fórmula Custo Médio Ponderado de Capital

$$CMPC = \left(\frac{E}{E + D} \right) \times Ke + \left(\frac{D}{E + D} \right) \times Kd \times (1 - T)$$

Fórmula Estrutura de Capital

$$\left(\frac{D}{E + D} \right)$$

Onde:

Ke = Custo do Capital Próprio;

Kd = Custo da Dívida;

E = Capital Próprio;

D = Dívida;

T = Alíquota Tributária Efetiva

O CMPC também é utilizado como a taxa de desconto usada para trazer os fluxos futuros e demais valores financeiros a valor presente. Consolidando todos os valores presentes, obtém-se o valor presente líquido, que, se for maior ou igual a zero, atesta a viabilidade financeira do projeto. Em caso de valor presente líquido maior que zero, este valor usualmente é utilizado como parâmetro para outorga, de maneira a igualar a Taxa Interna de Retorno do projeto ao seu custo de capital.

Cabe ressaltar que projetos mais alavancados, com maior proporção de dívida em relação ao capital próprio, possuem menor custo de capi-

tal pela taxa de juros ser, em geral, menor que o retorno exigido sobre o patrimônio dos acionistas, e pela vantagem tributária da dívida. No entanto, deve-se observar com atenção, para cada projeto em cada setor, qual a estrutura de capital, qual o retorno exigido por acionistas e qual a taxa de juro exigida pelos financiadores para que a modelagem se adeque a realidade de cada setor, tornando o projeto viável e atrativo.

4.3.3.7.1 Custo de Capital Próprio

O custo de capital próprio é a taxa mínima de retorno sobre o capital que o investidor espera obter para que o projeto se torne atrativo. Esta taxa varia de setor a setor, e até mesmo dentro do próprio setor, a depender do serviço ou modelo de negócios, pois é positivamente relacionada com o risco do empreendimento. O cálculo do custo de capital próprio resulta da combinação da Taxa Livre de Risco, que se ampara na taxa de juros dos títulos de dívida do Tesouro Nacional, com um prêmio de risco. O prêmio de risco é a diferença entre o Risco do Mercado e a Taxa Livre de Risco multiplicado pelo coeficiente β , que busca compreender a variação daquele negócio dentro do setor de mercado que se insere. O cálculo do custo de capital próprio é realizado com a fórmula a seguir:

$$R_i = R_f + \beta_i * (R_m - R_f)$$

Onde:

R_i = Retorno Esperado

R_f = Taxa livre de risco

β_i = Coeficiente beta, que representa a sensibilidade dos retornos do ativo em relação aos do mercado

R_m = Retorno esperado de determinado setor

4.3.3.8 Indicadores de Desempenho

Os indicadores de desempenho servem para atestar, de maneira objetiva e transparente, ao longo de todo período da parceria, se os parâmetros de qualidade da operação do serviço e execução contratual estão sendo cumpridos pelo concessionário e em que patamar. De maneira a alinhar incentivos entre o Poder Público, que espera a melhor qualidade de prestação do serviço, e o concessionário, que espera lucrar com a atividade, contratos de parceria atrelam, de variadas formas, a remuneração do concessionário ao nível de cumprimento dos indicadores de desempenho. Exemplificativamente, em contratos de PPP administrativa ou patrocinada, a contraprestação pode conter parcela variável ou variar por inteiro de acordo com a aferição dos indicadores de desempenho. Em concessões comuns, como de estradas, a tarifa cobrada do usuário pode variar de acordo com o nível de serviço aferido pelos indicadores de desempenho. É possível também, em projetos que contemplam o mecanismo de outorga variável, que o valor deste pagamento varie de acordo com o nível de serviço aferido

através de indicadores.

Na modelagem dos indicadores de desempenho de um projeto, deve-se definir o nível de serviço a ser exigido do parceiro privado e a partir daí se estabelecerá quais aspectos devem ser mensurados, de que forma, qual o parâmetro para o cumprimento integral, o completo descumprimento, níveis intermediários e, por fim, que peso cada indicador terá na avaliação final, que é a ponderação da nota aferida em cada indicador pelo seu peso no índice geral. A modelagem deve também indicar como o cumprimento ou descumprimento afetará pecuniariamente o parceiro privado. Sempre que possível, a mensuração dos indicadores de desempenho deve ser realizada eletronicamente, de maneira automatizada, reduzindo o espaço para eventuais subjetividades.

Os indicadores de desempenho devem buscar garantir os fins almejados pela Administração Pública com aquela parceria, deixando os meios livres para a criatividade operacional do setor privado, que, valendo-se de sua expertise própria, encontrará o meio mais eficiente para o cumprimento das metas e indicadores fixados em contrato.

Em um contrato de gestão hospitalar, por exemplo, é mais eficiente e recomendável que se fixe indicadores de desempenho relativos aos limites aceitáveis de infecção hospitalar - já que um índice reduzido infecção hospitalar tende a refletir boa limpeza e operação do ativo - em detrimento da determinação da forma como deve ser realizada a limpeza do hospital, pois, para tanto, o privado, incentivado adequadamente, encontrará os meios mais eficientes.

A quantidade e complexidade dos indicadores também deve ser avaliada com cautela, de modo a não tornar o seu cumprimento impossível pelo privado, desestimulando a boa execução do serviço, tampouco de fácil atendimento propiciando um relaxamento na qualidade da prestação.

Nessa avaliação, importante considerar e desenvolver, ainda, mecanismos de inteligente distribuição de notas e pesos aos indicadores, de modo a inviabilizar o descumprimento reiterado de determinado indicador, como na hipótese em que o concessionário desempenha abaixo do nível contratado em determinado aspecto (no limite, zerando este indicador), e cumpre razoavelmente com os demais, obtendo uma nota final que não afeta significativamente sua remuneração. Assim, o concessionário alcança o resultado total satisfatório determinado nos indicadores, mesmo descumprindo sucessivamente um dos aspectos contratados e sem ter o incentivo financeiro para executar adequadamente esse item especificamente e melhorar a prestação do serviço como um todo.

Mecanismos que incrementem os pagamentos devidos ao Poder Concedente ou reduzam a tarifa por decorrência de descumprimento reiterado podem ser úteis para coibir situações como esta. Ademais, o pagamento devido pelo descumprimento de determinada condição contratual deverá ser sempre maior que o custo de solucioná-la, de maneira a incentivar financeiramente a adequação da situação.

4.3.3.9 Justificativa de conveniência e oportunidade (Estudo de *Value for Money*)

A realização de uma parceria, dentre outros aspectos, deve ter sólida justificativa da vantajosidade econômica e operacional do arranjo, em atendimento à legislação federal e estadual sobre o tema.

Devem ser analisadas as alternativas cabíveis para justificar a escolha da forma de se viabilizar o projeto, levando-se em conta os custos totais de realizá-lo por outras ferramentas contratuais, sem deixar de verificar, contudo, se a alternativa é, de fato, viável. Ainda que se verifique que a realização de determinado projeto, diretamente pelo Poder Público, é menos onerosa, a depender da situação fiscal, pode não ser viável a sua realização com recursos públicos do tesouro ou contração de dívida para tanto e deixar de promover o empreendimento naquele momento pode gerar prejuízos à sociedade, o que torna a sua execução pela única alternativa viável ainda mais justificada.

Comumente utilizado para demonstrar a conveniência e oportunidade de projetos de parceria, o estudo de Value for Money tem por objetivo comparar a realização de um mesmo empreendimento em parceria com a iniciativa privada, com a realização deste diretamente pelo Poder Público, a fim de demonstrar os benefícios do modelo comparado aos alternativos em uma eventual contratação. Esclarece-se que a legislação pertinente não delimita

uma metodologia específica, contudo, o método VfM é amplamente empregado para os fins de justificar a conveniência e oportunidade de uma parceria.

Os estudos de Value For Money contemplam análises quantitativas e qualitativas. A análise quantitativa objetiva elucidar qual o custo para a Administração Pública de realizar o empreendimento nas diversas modalidades parceria, tendo em vista aquela que é mais adequada para o contexto, em contraste com a realização direta pelo setor público, alternativa denominada “Comparador do Setor Público” (CSP ou PSC). O custo da parceria deverá compreender o valor presente líquido dos pagamentos realizados pelo Poder Concedente. Se este se demonstrar inferior ao CSP, está demonstrada a vantajosidade da opção. Já as análises qualitativas buscam compreender aquilo que não se pode capturar na análise quantitativa, como outros benefícios adicionais e externalidades de se desenvolver projetos em parceria com o setor privado.

Além disso, os estudos de VfM também podem analisar os impactos sobre o PIB, geração de empregos, redução de índices de violência, entre outros aspectos de caráter socioeconômico que contribuam para o atingimento dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) listados pela ONU.

O que se defende, nesse sentido, são interpretações mais abrangentes do que a simples comparação de custos, ampliando a própria noção de PSC. A conveniência e oportunidade da contratação de uma parceria pode englo-

bar não somente uma comparação de custos, de forma a identificar a modelagem contratual aparentemente mais barata ao Poder Público, mas também avaliar o retorno social, institucional e de desenvolvimento econômico que um projeto pode propiciar, bem como a modelagem ou opção contratual de implementação do projeto que se revela mais adequada ao atingimento dessas externalidades positivas.

Com isso, torna-se possível fazer uma análise de custo-benefício da parceria que se preocupa em conferir se o valor investido será capaz de propiciar as externalidades socioeconômicas desejadas em uma população ou região, afastando-se da análise segmentada meramente em custos de contratação.

Nesse sentido, destaca-se que o Governo Federal construiu, em 2021, um Guia Orientativo de estruturação de análises de Value for Money em parcerias, “Guia Prático de Análise Custo-Benefício (ACB) de Projetos de Investimento em Infraestrutura”, que reúne diretrizes e orientações metodológicas para a adoção sistemática da avaliação socioeconômica de projetos no ciclo de investimentos em infraestrutura.

A proposta do Guia é a de aprimorar os métodos de justificação e análise dos projetos de infraestrutura, o que pode servir de subsídio, inclusive, para a demonstração da conveniência e oportunidade na adoção destas ferramentas contratuais. Nesse sentido, foram divulgadas, no documento, metodologias que trazem alguns parâmetros de critérios a serem adotados nos estudos de custo-benefício.

As análises propostas no Guia também contam com a consideração dos custos sociais e econômicos gerados pelo projeto. As demonstrações econométricas e seus resultados fazem uso da chamada Taxa Social de Desconto (TSD), índice de desconto utilizado para trazer fluxos econômicos a valor presente e aferir o custo-benefício de investimentos públicos, como a provisão da infraestrutura e serviços de internet de alta qualidade. Desse modo, a TSD reflete a percepção quanto ao custo de oportunidade de se aplicar o capital em determinado projeto.

Percebe-se que o Brasil, atualmente, conta com debates avançados que propõem alterações nas análises, atualmente predominantes, de avaliação da conveniência e vantajosidade de projetos de contratação. Com isso, podem ser construídas novas propostas de Value for Money que ultrapassem a simples análise de custos na conformação dos projetos de parceria.

Os próprios Tribunais de Contas aparentam recepcionar novas abordagens de Value for Money. O Tribunal de Contas da União, cujos julgados são vistos como parâmetro para muitos tribunais estaduais, entende que o VfM serve como meio de motivar um empreendimento, não havendo, contudo, uma metodologia certa de análise. A discussão se deu no Acórdão n. 2190/2019 – Plenário, relatado pelo Ministro Bruno Dantas, segundo o qual o VfM constitui “medida de amadurecimento das escolhas, accountability e transparência na gestão de bens e serviços públicos. Por esse motivo, além de constituir boa prática, a análise VFM mostra-se

útil para a tomada de decisão e aderente ao princípio da motivação dos atos administrativos”.

O estudo de vantajosidade, contudo, não deve se restringir à fase de modelagem do projeto, podendo ser atualizado ou reconduzido durante a execução contratual, buscando aferir os reais ganhos obtidos com o projeto e balizar o planejamento de projetos futuros.

Ademais, a análise de conveniência e oportunidade de uma parceria não deve se resumir à desoneração ou redução de custos para o Poder Público, pois um projeto de parceria pode se mostrar mais vantajoso ainda que represente um aumento de custos diretos da Administração, mas em contrapartida eleve o nível de serviço e a amplitude da cobertura de maneira eficiente, trazendo benefícios que, do contrário, se prestado diretamente, não se obteria.

4.3.4. Modelagem Jurídica

A modelagem jurídica objetiva analisar as diversas modalidades de contratação da parceria e viabilização do serviço diante do arcabouço legal e institucional existente com vistas a selecionar a mais adequada, bem como estabelecer o regramento da relação entre as partes, da prestação do serviço, da solução de divergências, da divisão e tratamento dos riscos, de questões tributárias e ambientais, entre outras fundamentais que devem constar da documentação licitatória para garantir a higidez do certame e da execução contratual. O EPE pode, em qualquer caso, valer-se do apoio da sua unidade jurídica, da Procuradoria-Geral do

Estado e dos núcleos jurídicos das entidades setoriais para a condução ou avaliação dos estudos de modelagem jurídica apresentados por particulares.

4.3.4.1 Análise de viabilidade jurídica

A análise de viabilidade jurídica deve compreender se as formas de contratação existentes possibilitam a seleção de um parceiro privado nos moldes pretendidos pela Administração Pública, demonstrando, assim, quais exigências devem ser atendidas de modo a viabilizar o projeto de parceria. É fundamental que esta análise abarque não apenas a contratação, mas também as questões relativas à operação, o prazo, os valores, dentre outros aspectos fundamentais de uma parceria.

A análise de viabilidade jurídica deve indicar com clareza qual marco legal se relaciona com a modalidade contratual pretendida para viabilizar o projeto, elencando as premissas legais e demais dispositivos normativos que deverão ser observados quando da elaboração dos documentos jurídicos da parceria. Não obstante, a análise jurídica deverá compreender as questões relativas à implantação, operação, tributos, fundiária, urbanísticas, socioambientais que se relacionam com o projeto.

A análise visa apontar não apenas os dispositivos que amparam o modelo, como também aqueles pontos sensíveis que merecem especial atenção quando da elaboração da modelagem e sua tradução no edital, contrato e anexos com vistas a conferir maior segurança

jurídica à Administração Pública e sua futura contratada. Podem subsidiar a análise de relatórios e pareceres da Procuradoria-Geral do Estado, bem como das consultorias jurídicas das entidades setoriais e eventual consultoria externa a ser contratada para apoiar a estruturação do projeto.

4.3.5. Documentação da fase licitatória

As análises jurídicas têm por objetivo subsidiar e dar diretrizes para a elaboração do edital de licitação, contratos e respectivos anexos. Estes documentos deverão observar e endereçar as questões e prescrições contidas nas análises supervenientes, compreendendo legislação federal, estadual e outros dispositivos pertinentes ao projeto específico.

O edital deverá dispor, dentre outros temas pertinentes, sobre o objeto, vigência, prazo, valores envolvidos no contrato, hipóteses de impugnação do edital, critério de julgamento da proposta vencedora, condições de participação, forma de apresentação das propostas, as exigências quanto à qualificação técnica, econômica e jurídica, procedimentos da licitação e homologação e adjudicação.

Já o contrato deve reger a relação entre as partes, dispondo sobre temas como a transferência do ativo, os parâmetros operacionais, as condições de realização do investimento, a resolução de controvérsias, as responsabilidades e encargos de cada parte, as fontes de re-

ceitas, os riscos e sua alocação, a fiscalização, os bens reversíveis, o equilíbrio econômico-financeiro, dentre outros cabíveis no âmbito do projeto.

Para mais informações sobre o tema, consultar os Anexos 2.1 e 2.2.

4.3.6. Matriz de Riscos

A matriz de risco é o dispositivo contratual que define qual parte é responsável por cada evento que possa prejudicar ou beneficiar uma parceria. É um instrumento fundamental para se estruturar uma parceria, pois, junto com os indicadores de desempenho, sistema de pagamentos, conjunto de penalidades e sistema de equilíbrio econômico-financeiro, definem os principais incentivos para ação de cada parte durante a execução contratual de uma parceria.

A matriz de risco deve indicar as responsabilidades de cada parte, estabelecendo os encargos e benefícios de cada uma, trazendo também disposições sobre como deverão ser tratados eventos incertos que podem vir a acontecer quando da execução de um contrato e operação de um serviço.

Neste contexto, risco é entendido como todo e qualquer evento que, no advento de sua materialização, pode impactar, positiva ou negativamente, cada parte envolvida em uma parceria. Riscos de impacto negativo são aqueles que, caso se materializem, podem trazer prejuízos financeiros ou descumprimento de prazos,

entre outras frustrações de expectativas, enquanto riscos de impacto positivos, em caso de materialização, são aqueles que geram ganhos e melhorias que podem ser capturadas por quaisquer das partes. Como a ocorrência de um risco pode afetar a implantação de um investimento ou a operacionalização de um serviço em termos de custo, prazo e qualidade, surge a necessidade de dispositivos contratuais que confirmem tratamento adequado para estes temas.

As melhores práticas em alocação de riscos estipulam que sua alocação deve ser feita à parte que pode melhor gerenciá-lo, promover ações que mitiguem os impactos, realizar ações preventivas para evitar a materialização e remediar as consequências quando da ocorrência de evento gravoso. Em geral, atribui-se o risco de demanda ao concessionário, na condição de gestor do serviço e incentivado financeiramente a tomar as medidas cabíveis para incrementar a demanda, a fim de maximizar seus lucros.

Eventos de caso fortuito ou força maior, apesar de impactarem severamente ambas as partes, são, via de regra, atribuídos ao Poder Concedente pois, além de não ser possível ao particular gerenciá-lo – o que acarretaria em provisionamento de custos na proposta sem que se soubesse se o evento viria a se materializar – em alguns casos seu impacto é tão relevante que apenas o Poder Público é capaz de lidar com suas consequências, diluindo seus impactos para a coletividade.

A depender de cada realidade contratual, os riscos não precisam ser necessariamente atribuídos a uma das partes, podem ser compartilhados, sendo, inclusive, prática comum para os riscos de demanda, como no setor de trilhos, em que se prevê o compartilhamento de ônus e bônus em proporções definidas, decorrentes de variação da demanda em relação ao que foi projetado nos estudos de demanda. No Estado de São Paulo, alguns projetos de mobilidade urbana, como é o caso da concessão patrocinada da Linha 4-Amarela do Metrô e da concessão comum das Linhas 8 e 9 da CPTM, possuem mecanismos de compartilhamento do risco de demanda, em que a partir de determinado patamar de variação da demanda efetiva em relação à projetada, parte do downside ou o upside é compartilhado com o Poder Concedente. O mecanismo é especialmente útil nesta modalidade, na qual o concessionário tem pouco controle sobre a demanda, ao proporcionar a diminuição do risco do projeto para financiadores e operadores, barateando o projeto.

A elaboração da matriz de risco no âmbito da modelagem do projeto deve observar atentamente as especificidades daquele empreendimento, contando com a colaboração de uma equipe multidisciplinar, e ponderar sobre possíveis eventos de impacto para a parceria, levando em conta experiências de contratos anteriores naquele setor.

A matriz não deve apenas apontar a responsabilidade de cada parte, mas deve também estimar a probabilidade de ocorrência e os possíveis impactos sobre cada parte, estabelecendo

medidas de prevenção e de mitigação em caso de materialização. Neste sentido, é recomendável que se elabore escalas que ordenem as consequências, destacando os eventos que demandam mais atenção e indicando a multiplicidade de possíveis decorrências de sua materialização, como impactos financeiros, ambientais, sociais e de segurança, entre outros.

A elaboração de uma matriz de risco condizente com o projeto de parceria tende a baratear o seu custo, pois um risco sempre envolve um custo e a probabilidade de materialização que são devidamente precificados pelo agente privado na elaboração das propostas. Neste sentido, quando o risco é alocado com clareza e àqueles que melhor o gerenciam, tem-se um tratamento seguro e eficaz, reduzindo a incerteza e possibilitando melhor resolução, o que reflete na proposta dos interessados.

A maximização da eficiência na alocação de riscos pode ser atingida atribuindo os riscos às partes que melhor o gerenciam, neste sentido, os critérios a seguir podem auxiliar na definição de qual parte melhor lida com a questão. Primeiro, deve-se alocar o risco à parte que ao menor custo pode reduzir as probabilidades deste risco ocorrer, analisando, assim, a capacidade de cada parte de tomar ações de prevenção de eventos indesejáveis e de estimular a ocorrência de eventos desejáveis. O segundo critério consiste em alocá-lo à parte que melhor gerencia o risco uma vez materializado, mitigando as consequências e diminuindo eventuais prejuízos. Por fim, o risco deve

ser alocado à parte menos suscetível a repassar o risco a um terceiro, pois, do contrário, reduz-se o incentivo ao adequado tratamento do risco pelo responsável pela possibilidade de se terceirizar as decorrências.

4.3.7. Garantias

Nos contratos de parceria, as garantias prestadas pelo Poder Concedente estão diretamente atreladas à percepção de risco do projeto pelos concessionários e financiadores e, consequentemente, ao custo e segurança do empreendimento. Isso se deve à complexidade inerente aos projetos de parceria, aos significativos valores de investimentos envolvidos, alto endividamento, exposição de caixa e riscos variados.

As garantias prestadas pelo Poder Concedente geralmente buscam assegurar o pagamento do aporte de recursos e/ou a contraprestação, e são especialmente relevantes em projetos nos quais há participação relativamente alta de valores devidos pela Administração Pública.

As garantias também podem servir para cobrir eventuais despesas previstas em indenizações ou multas, usualmente utilizadas em parcerias que envolvem obrigações pecuniárias do Poder Público.

As obrigações do Poder Concedente, em contratos de parceria em geral, são cobertas da seguinte maneira, observado o disposto na legislação pertinente:

(i) Recursos do Fundo Garantidor de Parcerias (FGP) e do Fundo Estadual Garantidor de Parcerias (FEGAP);

(ii) Vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

(iii) Recursos financeiros mensais oriundos da Lei Complementar Federal nº 176, de 29 de dezembro de 2020, até o limite global de 100% (cem por cento);

(iv) Recursos financeiros mensais oriundos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE), até o limite global de 10% (dez por cento).

(v) Fundos públicos especiais ou contábeis previstos em lei ou na Constituição Federal;

(vi) Contratação de seguro-garantia com companhias seguradoras ou organismos e instituições internacionais que não sejam controladas pelo poder público;

(vii) Instituição de empresas públicas ou sociedades de economia mistas com a função de ofertar bens e direitos em garantia;

(viii) Compensação de créditos entre parceiros público e privado;

(ix) Cessão de créditos não tributários;

(x) Garantia fidejussória;

(xi) Outros mecanismos previstos em lei.

4.3.7.1. Garantias prestadas pelo parceiro privado

A legislação contempla a possibilidade de o Poder Concedente exigir do seu parceiro privado a prestação e manutenção de garantia do fiel cumprimento das obrigações dispostas em contrato, observados os riscos relacionados à execução do objeto do contrato bem como o ônus assumido pelo concessionário. As leis federais 8.666/93 e 14.133/21 regem os limites para garantia, fixando-lhe patamar máximo de 5% do valor do contrato para contratos genéricos e para contratos que incluem obras, fornecimento e prestação de serviço que envolvem complexidade técnica e eventuais riscos de execução, 10% do valor do contrato.

4.3.7.2. Garantia aos financiadores

A legislação vigente para PPPs contempla expressamente formas para a prestação de garantias em favor dos financiadores do projeto que podem, quando conveniente, serem adotadas de forma conjunta:

- (i) Step in Rights - possibilidade de o financiador assumir o controle da SPE;
- (ii) Emissão de empenho em nome dos financiadores relativos às garantias prestadas pela Administração Pública referente às suas obrigações pecuniárias;
- (iii) Possibilidade de financiadores receberem indenizações em caso de extinção antecipada do contrato.

A garantia prestada em favor dos financiadores é fundamental para o desenvolvimento adequado de uma parceria, uma vez que são, em geral, os responsáveis pela maior parte do financiamento de projetos de parceria. A prestação de garantias sólidas, líquidas e uma abordagem contratual que transmita segurança em caso de sua execução faz diminuir aos olhos dos financiadores a percepção do risco envolvido no projeto e, com isso, tende-se a reduzir a taxa de juros exigida pela dívida, resultando em um menor custo de capital e, consequentemente, um projeto mais barato.

Na seara de mecanismos que incrementam a financiabilidade de projetos, destaca-se o acordo tripartite, instrumento que abarca o Poder Concedente, o concessionário e o financiador e busca aproximar esse agente de garantia do acompanhamento e execução do contrato. Ao regulamentar seus direitos e deveres na relação contratual, confere-se maior segurança ao financiador e protagonismo na condução do contrato de parceria.

Na prática, o instrumento permite que o financiador, na hipótese de inadimplemento das obrigações do concessionário, não sanado em prazo determinado contratualmente, assumam temporariamente o controle acionário do concessionário, com o qual não possui relação, para garantir a continuidade da adequada prestação do serviço e o cumprimento das obrigações do concessionário. A assunção pelo financiador implica também a realização da devida reestruturação financeira e possibilidade de antecipação de dívidas ou execução de garantias do concessionário.

Nessa espécie de arranjo, o interesse do Poder Concedente e do financiador estão alinhados. O Poder Concedente só terá a adequada prestação do serviço se o parceiro privado cumprir suas obrigações contratuais e o financiador só recuperará sua dívida se o concessionário for adequadamente remunerado como consequência do fiel cumprimento do contrato, ilustrando, assim, como ambos dependem do desempenho do concessionário. Diante das possibilidades que o instrumento permite, o acordo tripartite traz maior segurança ao financiador que, em contrapartida, tenderá a enxergar menos risco e exigir menor remuneração sobre o capital, resultando em um projeto mais econômico e de maior financiabilidade.

A lei federal 8.987/95 dispõe sobre o tema, indicando que a concessionária poderá prestar garantias em nome de suas obrigações com seus financiadores na forma de cessão dos direitos emergentes do contrato e cessão fiduciária de parcela de resultados operacionais de fluxos futuros.

No Brasil, alguns projetos já preveem acordos tripartites regulamentando a participação dos financiadores nas parcerias, como no caso do Lote Piracicaba – Panorama (Pipa) do Estado de São Paulo. No anexo 8 do contrato estão previstos os direitos regulados no acordo tripartite, que podem servir de parâmetro para projetos futuros:

São direitos a serem regulados no Acordo Tripartite, que poderão ser desempenhados em qualquer ordem definida pelos Credores, e cujo exercício será apenas uma faculdade conferida aos mesmos durante o Período de

Exercício: (i) adimplir as obrigações pelas quais a Concessionária estiver em mora frente ao Poder Concedente e/ou à ARTESP, (ii) assumir temporariamente a administração da Concessionária para promover sua reestruturação financeira e, posteriormente, retornar à Concessionária a execução das atividades associadas ao Contrato de Concessão (“Administração Temporária”); (iii) assumir o controle societário da Concessionária, mediante a propriedade resolúvel de ações ou outra forma de garantia possível, nos termos do artigo 27-A, § 3º da Lei nº 8.987/95, para promover a reestruturação financeira da Concessionária e assegurar a continuidade da prestação dos serviços (“Assunção de Controle”); (iv) nas hipóteses previstas no Acordo Tripartite, provocar a transferência dos direitos da Concessionária oriundos do Contrato de Concessão a terceiro (“Transferência da Concessão”) e (v) exercer demais prerrogativas previstas nos Documentos do Financiamento, inclusive o vencimento antecipado da dívida e a consequente de execução de garantias ofertadas pela Concessionária no âmbito dos Documentos de Financiamento.

05

Interações com
o Mercado

5.1 Sondagens de mercado

Em qualquer estágio da estruturação de projeto de parceria, o EPE poderá lançar mão de rodadas de sondagens de mercado (*market sounding*), realizando diálogo com operadores, investidores, fundos, financiadores, outros interessados qualificados e a sociedade civil com vistas ao aperfeiçoamento do projeto através de debates acerca de aspectos chave da modelagem.

As rodadas de diálogo com o mercado e a sociedade civil visam colher sugestões, percepções e críticas dos participantes a fim de se testar hipóteses de modelagem das quais a equipe responsável pela estruturação tinha questionamentos, colher opiniões quanto à adequação de mecanismos propostos no projeto, entender quais são as dúvidas e preocupações dos interessados e utilizar estes insumos para adequar a modelagem.

Com vistas à higidez do processo, as reuniões devem ser individualizadas, com um interessado ou empresa interessada de cada vez para que estes sintam-se à vontade para compartilhar livremente suas percepções. Por fim, recomenda-se publicar relatório resumindo os principais tópicos discutidos, elucidando as dúvidas, sugestões, críticas e evidenciando o endereçamento que será dado às questões no âmbito da modelagem sem, contudo, atribuir autoria para não expor um participante e propiciar encontros mais proveitosos.

5.2 Roadshows

No mesmo intuito de estabelecer diálogo colaborativo com o mercado e a sociedade, os Roadshows têm intuito voltado à divulgação do projeto, em geral realizados após o lançamento do edital. Os Roadshows, em geral, contemplam apresentação do projeto a investidores, operadores, financiadores e demais interessados no projeto, prevendo, quando conveniente, a possibilidade de realizar reuniões com interessados. Nas reuniões, são explicados de forma detalhada e aprofundada todos os pontos da modelagem e sanadas dúvidas que eventuais interessados possam ter quando da formulação de propostas.

Apesar de a legislação fazer referência apenas às consultas públicas, é recomendável, sobretudo nos projetos de maior relevância, a realização de Roadshows para a apresentação de seus destaques aos agentes de mercado, buscando aumentar o potencial de interessados no debate e na operação do empreendimento. Desse modo, não havendo normatização específica acerca do instituto, os Roadshows podem ser conduzidos de forma mais ampla ou mais restrita, sendo recomendável, apenas ao final do procedimento, a elaboração de relatório de oitiva do mercado contemplando os elementos colhidos nesta etapa e na etapa de market sounding.

06

Fase de
Licitação

Aprovada a inclusão do projeto no Plano Estadual de Parcerias e realizados os estudos necessários, as entidades responsáveis pela implementação da parceria, com coordenação pelo EPE, darão início à fase licitatória, nos termos previstos na legislação aplicável à espécie. A autorização do CGP para abertura da licitação deve ser fundamentada em estudo técnico e pareceres que demonstrem:

- (i) a conveniência e oportunidade da contratação, mediante justificativa pela opção da modalidade de parceria escolhida;
- (ii) a estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que o contrato de parceria vigorará;
- (iii) declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual, quando cabível;
- (iv) avaliação e parecer do Conselho Gestor;
- (v) cumprimento do limite e das providências estabelecidas no artigo 28, caput e parágrafos, da lei 11.079/04, quando cabível. Além disso, os estudos e levantamentos técnicos preliminares devem ser acompanhados de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstos na lei complementar 101/00, se assim for exigido, conforme classificação contábil da despesa. Tais comprovações devem conter as premissas e metodologias de cálculo utilizadas, sem prejuízo

do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

Cumpridos os requisitos, as entidades responsáveis pela implementação das parcerias, após aprovação pelo CGP, darão início ao certame licitatório, na forma da legislação federal aplicável à espécie e constituirão Comissão Especial de Licitação para cada contratação pretendida no âmbito do PROP-MS, a qual será presidida pelo membro designado pelo EPE.

6.1. Diretrizes para elaboração do Edital

6.1.1. Funções principais e finalidade do Edital

Ao elaborar o edital, deve ser realizado diagnóstico do mercado alvo para definição das exigências editalícias adequadas a cada projeto, de modo a garantir ampla competitividade ao certame. Em mercados mais maduros, caracterizados pela participação de diversas empresas com expertise necessária para execução do empreendimento, a qualificação exigida difere de projetos nos quais o objeto, por suas especificidades, demanda um conhecimento ainda não dominado por muitos players, ou até mesmo por nenhum.

A avaliação desse cenário assegura a inserção de requisitos apropriados ao projeto de parceria a ser licitado, sobretudo quanto à ates-

tação técnica e/ou operacional, formação de consórcio, qualificação econômico-financeira, garantias, entre outros. Definidos os critérios, a redação das disposições deve ser curta e direta, sistematizada de acordo com a matéria e fases do processo, devendo-se evitar formalismos excessivos e lacunas, tendo em vista que o edital tem a função de reunir os critérios de ordem técnica, jurídica e econômico-financeira necessários à seleção da melhor proposta para o poder público.

6.1.2. Requisitos do Edital

O edital para seleção da proposta mais vantajosa deve observar os dispositivos da lei 11.079/04, tratando-se a hipótese de parceria público-privada, e conter: (i) critérios para a habilitação dos proponentes, incluindo a apresentação de garantia de proposta; (ii) critérios adotados para o julgamento das propostas; (iii) as fases da licitação, com previsão ou não de inversão de fases e de lances em viva voz, com indicação dos períodos de recursos; (iv) os poderes da comissão de licitação; (v) outros aspectos relevantes para a seleção da futura concessionária.

No que couber, devem ser aplicadas as normas sobre licitações e contratos de concessão, lei 8.987/95, em especial, os seguintes requisitos: (i) o objeto, metas e prazo da concessão; (ii) a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço; (iii) os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato; (iv) prazo, local e horário em que serão fornecidos,

aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas; (v) os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal; (vi) as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; (vii) os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço; (viii) os critérios de reajuste e revisão da tarifa; (ix) os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta; (x) a indicação dos bens reversíveis; (xi) as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior; (xii) a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa; (xiii) as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio; (xiv) nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no artigo 23 da mencionada lei, quando aplicáveis; (xv) nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exi-

gidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; (xvi) nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

Na hipótese de se permitir a participação de empresas em consórcio na licitação de concessão, devem ser observadas as seguintes normas: (i) comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas; (ii) indicação da empresa responsável pelo consórcio; (iii) apresentação dos seguintes documentos por parte da consorciada: critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal, bem como as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio; (iv) impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

6.1.3. Inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento

O edital pode prever a inversão da ordem das fases de habilitação e de julgamento, após avaliação, pela entidade responsável pela licitação, da oportunidade e conveniência de se adotar tal critério, sopesando eventual troca da otimização e desburocratização do certame pelo risco de se atenuar falhas documentais em prol da economicidade da contratação.

No processo licitatório, as fases de julgamento e habilitação deverão seguir, preferencialmente, a seguinte ordem:

(i) Encerrada a fase de classificação das propostas ou do oferecimento de lances, será aberto o envelope contendo os documentos de habilitação do licitante classificado em 1º (primeiro) lugar, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

(ii) Verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

(iii) Inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;

(iv) Proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

6.2. Diretrizes para elaboração do Contrato

O contrato é o principal instrumento que estabelece o vínculo entre a concessionária e o Poder Concedente. Ele deve conter de forma minuciosa as informações para a execução da parceria, previsão das metas, níveis de serviço, marcos do parceiro privado, penalidades e demais regras, de forma a tornar o acompanhamento da execução mais simples e eficiente, reduzindo incertezas para ambas as partes contratantes. As diferentes matérias do contrato devem estar agrupadas em subdivisões distintas que facilitem a leitura e organizem as

disposições contratuais, de maneira a evitar regramentos contraditórios ou incompletos ao longo do contrato.

Os principais elementos que podem compor um contrato são: (i) duração do contrato; (ii) valor do contrato; (iii) características subjetivas da concessionária (SPE) (menos frequente em concessões comuns, mas também possível); (iv) transferência do controle da concessionária e alterações estatutárias; (v) contratações com terceiros; (vi) obrigações das partes, subdivididas conforme os núcleos principais do objeto da PPP; (vii) certificador da implantação; (viii) fiscalização; (ix) verificador independente; (x) forma de remuneração da concessionária; (xi) mecanismo de pagamento; (xii) reajustes; (xiii) alocação de riscos; (xiv) mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro; (xv) seguros; (xvi) garantia da execução do contrato pela concessionária; (xvii) regime de bens da concessão; (xviii) desapropriação; (xix) bens vinculados à concessão e bens reversíveis; (xx) reversão dos bens da concessão; (xxi) sanções e penalidades aplicáveis; (xxii) mecanismos de solução de conflitos; (xxiii) intervenção; (xxiv) transferência da concessão; (xxv) caso fortuito e força maior; (xxvi) extinção da concessão; (xxvii) término do prazo contratual; (xxviii) encampação; (xxxiv) caducidade; (xxxv) rescisão contratual.

6.3. Diretrizes para elaboração do Caderno de Encargos

A critério do EPE ou das entidades responsáveis pela implementação da concessão ou PPP, poderá ser elaborado um caderno de en-

cargos, fundamentado nos estudos de modelagem e destinado a estipular as obrigações do Poder Concedente e da concessionária, em todas as fases de execução do contrato. Elementos da licitação que possuam impacto direto nas obrigações das partes também podem ser abordados no caderno, que deve conter, no mínimo: (i) os encargos do Poder Concedente; e (ii) os encargos da concessionária. Para além desses requisitos mínimos, o caderno poderá contemplar as seguintes questões relacionadas ao projeto: (i) obrigações específicas da concessionária; (ii) obrigações comuns às partes; (iii) obrigações dos controladores; (iv) direitos e deveres dos usuários do serviço concedido; (v) direitos do Poder Concedente e da concessionária.

6.4. Consulta Pública e Audiência Pública

A consulta e audiência públicas são mecanismos que visam garantir ampla divulgação de informações e conhecimento sobre a estruturação do projeto de parceria, de forma a proporcionar à sociedade e aos futuros licitantes a oportunidade de esclarecimentos e contribuições. Se revelam importantes ferramentas para se identificar também a receptividade dos instrumentos contratuais pelo mercado e a possibilidade de eventuais adequações e reformulações. Os projetos de parceria devem ser, portanto, objeto de consulta pública, com a publicação dos instrumentos na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, contendo a justificativa para a contratação, identificação clara e precisa do objeto, o prazo de duração do contrato, seu

valor estimado, fixando prazo mínimo de 30 dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 15 dias antes da data prevista para publicação do edital.

6.5. Autorização para início da fase de licitação

Previamente à publicação do edital de licitação, o projeto deve ser submetido à deliberação do CGP, cuja autorização para abertura do certame será fundamentada em estudo técnico e pareceres que demonstrem:

- (i) O efetivo interesse público e o caráter prioritário do projeto de parceria, observadas as diretrizes governamentais;
- (ii) A vantagem econômica e operacional da proposta para o Estado e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos, relativamente a outras possibilidades de execução direta ou indireta;
- (iii) A efetividade do indicador de desempenho a ser adotado, em função da sua capacidade de aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e quantitativos, bem como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos;
- (iv) A viabilidade de obtenção pelo ente privado, na exploração do serviço, de ganhos econômicos e financeiros suficientes para cobrir seus custos;
- (v) A forma e os prazos de amortização do capital investido pelo contratado, explicitan-

do o fluxo de caixa projetado e a taxa interna de retorno;

(vi) As metas e os resultados a serem atingidos, as formas e os prazos de execução, bem como a indicação dos critérios de avaliação a serem utilizados;

(vii) A adequação com a Lei Orçamentária Anual e a compatibilidade com o Plano Plurianual e a Lei de Diretrizes Orçamentárias, quando cabível.

Na hipótese de projetos que contam com recursos provenientes de empréstimos ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas peculiaridades pertinentes aos procedimentos das agências ou organismos, desde que observadas as legislações pertinentes a cada caso, bem como os princípios constitucionais vigentes. Destaca-se a atuação de agentes financiadores internacionais, tais como o Banco Mundial, o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), o Japan Bank for International Cooperation (JBIC), a Corporação Andina de Fomento (CAF), Fundo Financeiro para Desenvolvimento da Bacia do Plata (FONPLATA), sem prejuízo de outros.

6.6. Condicionantes para assinatura do contrato

Concluídas as minutas do edital e contrato, bem como a fase de consulta e audiências públicas, deve ser cumprida uma série de requisitos, estabelecidos no edital, antes da as-

sinatura do contrato, incluindo o ressarcimento dos estudos, nos casos em que houver. O EPE poderá apoiar e orientar a entidade responsável nesta etapa, de forma que o contrato possa ser firmado pelos agentes público e privado.

6.6.1. Ressarcimento dos estudos

Na hipótese de realização da modelagem por particular, os custos dos estudos poderão ser ressarcidos, a depender da previsão do edital do PMI, se aproveitados pela Administração e se houver licitante vencedor do certame correspondente. O valor nominal máximo para eventual ressarcimento dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos: (i) será fundamentado em prévia justificativa técnica, que poderá se basear na complexidade dos estudos, na elaboração de estudos similares, de contratações anteriores ou na pesquisa de preço de mercado; e (ii) não ultrapassará, em seu conjunto, 2,5% do valor total estimado previamente pela Administração para os investimentos necessários à implantação do empreendimento ou para os gastos necessários à operação e à manutenção do empreendimento durante o período de vigência do contrato, o que for maior.

Em qualquer hipótese, o ressarcimento será devido apenas em casos de: (i) previsão expressa no edital do PMI que contemple essa possibilidade; (ii) aproveitamento integral ou parcial dos estudos pela Administração Pública Estadual; (iii) processo licitatório ou contratação direta futura que se fundamente nos estudos apresentados; (iv) existência de licitante

vencedor e contrato devidamente assinado cujos estudos decorram daqueles efetivamente aproveitados.

O EPE poderá indicar o valor nominal máximo para o ressarcimento ou critérios para a sua posterior fixação, observados os elementos indicados acima. A decisão que apreciar os estudos deve indicar o percentual de seu aproveitamento para fins de ressarcimento.

6.6.2. Constituição da SPE e formalização do contrato de parceria

Nas parcerias público-privadas, o vencedor da licitação deve constituir Sociedade de Propósito Específico (SPE) antes da assinatura do contrato de concessão. Nas concessões comuns também há a mesma prerrogativa, ainda que a legislação não contemple a mesma exigência. Após a assinatura do contrato, seu extrato deve ser publicado no Diário Oficial, sem prejuízo da publicação também no sítio eletrônico do Poder Concedente, iniciando-se a fase de gestão contratual.

07

Fase de Gestão
do Contrato

7.1. Acompanhamento, fiscalização e controle do contrato de parceria pelo Poder Concedente

A execução dos contratos de parcerias deve ser acompanhada pelo Estado, com o objetivo de avaliar o cumprimento do que foi acordado e a eficiência na prestação do serviço, por meio de critérios objetivos previamente definidos.

Conforme a legislação estadual, a gestão do contrato é realizada diretamente pela entidade setorial que firmou o contrato de concessão, podendo contar com o apoio do EPE para o exercício de suas atividades de gestão e fiscalização.

Entre as principais atribuições do acompanhamento do contrato, encontra-se a gestão do desempenho da concessionária.

No caso específico das concessões administrativas e patrocinadas, um dos grandes diferenciais é a possibilidade de atrelar a remuneração do parceiro privado à qualidade do serviço prestado, por meio de indicadores de desempenho. Para que esse recurso seja efetivo e os resultados projetados sejam alcançados, é importante que o desempenho da concessionária seja rigidamente fiscalizado pelo Poder Concedente.

Nesse sentido, é recomendado, ainda, que a avaliação de desempenho seja realizada por um verificador independente, conforme regulamentação estabelecida em contrato. Os mecanismos de gestão de desempenho e de contratação de verificador independente podem igualmente estar presentes em um con-

trato de concessão comum. O cumprimento das principais obrigações contratuais, e especialmente aquelas que estejam relacionadas a algum marco ou pagamento específico (como, por exemplo, o início do pagamento da contraprestação ou os aportes de recursos públicos a serem realizados durante a etapa de implantação) também deverão ser objeto da fiscalização atenta do Poder Concedente, com a finalidade de garantir a fiel execução do contrato, evitar atrasos ou desequilíbrios contratuais.

7.1.1 Modalidades de Regulação de Parcerias

A maioria dos setores de infraestrutura possui características de monopólios naturais, isto é, onde a economia de escala de um ente só é tamanha que a competição entre os agentes não gera menores preços ou outras externalidades que tornem a concorrência vantajosa. Sendo assim, a regulação pelo Poder Público se torna fundamental para organizar o setor de modo a remunerar adequadamente o prestador de serviço e proteger os usuários de comportamentos predatórios de um agente monopolista.

No contexto de regulação de ativos de infraestrutura no Brasil, dois modelos regulatórios têm se destacado: a regulação por contrato e a regulação discricionária.

Como o próprio nome sugere, a regulação por contrato busca especificar ex ante, na modelagem do contrato, as principais condicionantes que regerão a parceria. Neste processo, são estabelecidos para o período do contrato, a depender do projeto, o preço-teto inicial, a regra

de reajuste anual, investimentos obrigatórios, gatilhos de investimento, os indicadores de desempenho a serem atendidos, a alocação de riscos entre as partes e as regras para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, dentre outros temas. Assim, fixa-se a priori os parâmetros do serviço que balizarão as propostas dos licitantes na licitação e, após a concorrência do certame, não há mais processo competitivo.

Já a regulação discricionária tem como objetivo simular, através da regulação, um mercado competitivo, alinhando os preços regulados a um sistema de custos eficientes ao longo do tempo. Isto é, quando da revisão tarifária periódica, além da reposição dos efeitos inflacionários, busca-se introduzir também no cálculo do preço do serviço um mecanismo que simula a eficiência gerada pela competição. Como os preços são definidos contemplando as dinâmicas do setor, a metodologia regulatória deve ser flexível e discricionária com vistas a compreender no modelo as variações de custos, demanda, avanços tecnológicos e de qualidade da prestação do serviço ao longo do tempo. De maneira simplificada, a regulação deve quantificar o custo da operação e, sobre este custo, adicionar uma taxa de remuneração adequada ao prestador de serviço, estabelecendo, assim, a tarifa teto. Cumpre mencionar que a apuração de custos e remuneração do parceiro privado deve levar em conta a eficiência na estrutura de custo e de capital de forma a não remunerar excessivamente e/ou gerar incentivos à ineficiência.

A regulação por contrato é simplificada e, de alguma forma enrijecida, pois é dada desde o

início do contrato a forma como se regerá as principais variáveis do contrato, e mais barata por não depender de estrutura qualificada e conhecimento aprofundado do setor regulado para quantificar custos e estabelecer remuneração adequada. Já a regulação discricionária pode trazer maior flexibilidade e liberdade para introdução de melhorias, novas tecnologias e se adaptar melhor às mudanças de conjuntura, dependendo, porém, de estrutura qualificada e conhecimento profundo do setor para diluir os efeitos adversos da assimetria de informação entre regulador e regulado.

Cabe à Administração definir, para cada setor e cada projeto, qual a modalidade de regulação mais apropriada para o contexto da parceria, considerando a higidez na execução contratual, a busca da eficiência na prestação do serviço, da operacionalização interna da realização da regulação pelo Poder Público, entre outros aspectos que tangem a regulação de parcerias.

7.2. Agentes envolvidos na etapa de Gestão do Contrato

Embora o acompanhamento e gestão do contrato seja de responsabilidade do órgão ou entidade setorial, outros entes estão envolvidos no acompanhamento do contrato, inclusive para auxiliar a entidade responsável pelo projeto de forma célere em questões específicas que possam surgir ao longo do contrato.

7.2.1. Acompanhamento do Contrato pelo Conselho Gestor de Parcerias (CGP)

No âmbito do PROP-MS, o CGP possui, entre suas atribuições, a de acompanhar a execução do Plano Estadual de Parcerias, sem prejuízo das competências correlatas das Secretarias de Estado e das Agências Reguladoras.

7.2.2. Acompanhamento do contrato por Agências Reguladoras

O acompanhamento do contrato de concessão também deve ser realizado pelas Agências Reguladoras, ou ente responsável pela regulação pública do contrato.

No Estado de Mato Grosso do Sul, a Agência Reguladora de Serviços Públicos de Mato Grosso do Sul (AGEMS) desempenha tais atribuições. À agência incumbe fiscalizar temas mais técnicos, como o acompanhamento dos indicadores de desempenho dos serviços prestados pela concessionária, bem como acompanhamento da gestão de riscos públicos envolvidos no projeto de concessão.

Além disso, a AGEMS é responsável por controlar, fiscalizar, normatizar, padronizar, conceder, homologar e fixar tarifas dos serviços públicos delegados e tarifados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convenial ou contratual, ou por ato administrativo, pelo Poder Concedente dos serviços públicos. Também são atribuições da AGEMS:

(i) regular tecnicamente e controlar os padrões de qualidade, fazendo cumprir os critérios tecnológicos e normas qualitativas conforme contratos de delegação, de forma a garantir a continuidade, segurança e confiabilidade da prestação de serviços públicos delegados;

(ii) atender os usuários no recebimento, processamento e provimento de reclamações e sugestões relacionadas com a prestação de serviços públicos delegados;

(iii) prestar consultoria técnica referente aos contratos de serviços públicos delegados, mediante solicitação do Poder Concedente;

(iv) fixar critérios para estabelecimento, ajuste, revisão e aprovação de tarifas dos serviços públicos delegados à sua competência, em consonância com as normas legais e pactuadas;

(v) atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários de serviços públicos, reprimindo infrações e arbitrando conflitos de interesses, articulado e em convênio com a Coordenadoria para Orientação e Defesa do Consumidor (PROCON);

(vi) zelar pelo fiel cumprimento da legislação, dos contratos de delegação de serviços públicos sob a sua competência regulatória, determinando diligências ao poder concedente e entidades reguladas e ou tarifadas e com amplo acesso a dados e informações desses contratantes ou convenientes, entre outras funções.

Considerando a importância da regulação para viabilizar a prestação de serviço público de qualidade, foi editada no Estado de Mato Grosso do Sul a lei 5.626/20 (lei estadual de liberdade econômica), que tornou expressa a necessidade de se realizar Análise de Impacto Regulatório (AIR) prévia à edição de normas e atos que possam afetar o contrato e os serviços delegados. Ainda será regulamentada a realização da AIR, o seu conteúdo, metodologia, indicadores e hipóteses em que poderá ser dispensada.

Nesse sentido, as entidades setoriais, com o apoio do EPE, devem incentivar a adoção das melhores ações de ambiente regulatório, avaliando seus ônus e bônus em conjunto com a agência reguladora, potencializando os resultados e os benefícios do contrato e do serviço prestado pelo parceiro privado.

Conforme consta na legislação mencionada, a AIR deve conter informações e dados sobre os possíveis efeitos e alcance do ato normativo, sobretudo na seara de estímulo econômico. A medida está em consonância com o arcabouço normativo federal, que possui exigência semelhante na lei 13.848/19.

7.2.3. Acompanhamento do contrato pela Assembleia Legislativa do Estado

A Assembleia Legislativa do Estado também detém papel importante no acompanhamento dos contratos de PPP. Recomenda-se a elaboração de relatório semestral a ela remetida

pelo EPE. Trata-se de relatório detalhado das atividades desenvolvidas no período e desempenho dos contratos de parceria público-privada.

7.2.4. Acompanhamento do Contrato pelo TCE-MS

No Estado de Mato Grosso do Sul, a Resolução TCE/MS 139/21 disciplina os documentos que devem ser encaminhados anualmente ao Tribunal acerca das concessões administrativas e patrocinadas, destacando-se:

- (i) Atas do Conselho de Administração e Fiscal ou Conselho Gestor da Sociedade de Propósito Específico (SPE);
- (ii) Relatórios gerenciais da execução contratual;
- (iii) Comprovante dos pagamentos efetuados;
- (iv) Relatórios de consultoria, assessoria, auditorias independentes e controle interno da PPP;
- (v) Demonstrativo do fluxo de caixa decorrentes do contrato de PPP;
- (vi) Procedimento de reajustes e revisão de tarifas com as respectivas publicações;
- (vii) Comprovantes dos pagamentos e aportes de recursos e contraprestações da Administração Pública para a PPP;
- (viii) Publicação do balanço patrimonial da contratada, acompanhada dos respectivos demonstrativos e notas explicativas;

(ix) Atas publicadas das Assembleias Gerais pertinentes às tomadas anuais das contas da PPP;

(x) Relatórios gerenciais anuais do contrato com seus respectivos comprovantes de remessa ao Poder Legislativo respectivo.

O TCE-MS realiza acompanhamento contínuo das parcerias estaduais realizadas com o setor privado e é competente para realizar auditorias operacionais com o intuito de averiguar o bom andamento da prestação e qualidade dos serviços concedidos.

7.2.5. Cuidados Orçamentários

As parcerias com a iniciativa privada podem ser arranjos contratuais complexos e sofisticados, destinados a englobar, em um único instrumento, investimentos intensos em capital e infraestrutura, bem como a prestação de serviços. Caracterizadas, sobretudo, como relações de longo prazo, as parcerias demandam cuidados de planejamento fiscal e orçamentário pelo Poder Concedente, especialmente aquelas que demandem a necessidade de alguma contraprestação ou aporte público feito ao parceiro privado.

Nessa linha, apesar de muitas vezes uma eventual contraprestação paga ao privado ser una, se presta a diferentes finalidades: parte do valor irá para os investimentos, outra se destinará à prestação de serviço e outra, para o custeio operacional. A consequência prática dessas relações é que diferentes proporções do montante global pago, a título de contra-

prestação, estão sujeitas a diferentes classificações financeiras e orçamentárias.

Um panorama geral dessas classificações pode ser consultado na lei 4.320/64, que estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Outra norma de grande importância é a lei complementar 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Enquanto a primeira se preocupa em promover a devida contabilização das entradas e saídas do caixa governamental, a última norma visa controlar os limites do endividamento público, através do estabelecimento de metas fiscais que devem ser observadas pelos governos.

Por fim, é interessante perceber que uma rubrica orçamentária que contemple o valor da contraprestação do parceiro privado, em verdade, traz consigo não apenas uma simples remuneração por despesas assumidas pelo ente público – que demandariam a compensação por meio da redução de outros gastos –, mas uma eficiência orçamentária intrínseca que associa infraestrutura e serviços e permite a geração de múltiplos benefícios associados, remunerando por uma única parcela todos os elementos necessários para manter o ativo performando por todo o prazo da contratação.

Ao longo da execução contratual, os responsáveis pela gestão e acompanhamento da parceria devem zelar para que os riscos e contingências associadas ao projeto sejam sempre monitorados, de forma a evitar impactos fiscais e orçamentários imprevistos ao Tesouro.

7.2.6. Acompanhamento do contrato pela Secretaria do Tesouro Nacional

A lei federal de PPP, em seu art. 28, determina que a União não poderá conceder garantia ou realizar transferência voluntária aos Estados se:

(i) A soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas por esses entes tiver excedido, no ano anterior, a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida do exercício; ou

(ii) Se as despesas anuais dos contratos vigentes nos 10 (dez) anos subsequentes excederem a 5% (cinco por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. Neste sentido, o Estado deve encaminhar ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação de Parcerias Público-Privadas, as informações necessárias para cumprimento da determinação, sendo que tais limitações devem ser acompanhadas durante toda a vigência contratual.

Adicionalmente, importante destacar as importantes considerações acerca da forma de contabilização de despesas em parcerias público-privadas oferecidas pelo Manual de Contabilidade Aplicado ao Setor Público (MCASP) e o Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF), que vêm sendo constantemente atualizados e aprimorados. Mais especificamente, o MCASP, dispõe sobre a segregação das despesas com

PPPs entre despesas correntes ou despesas de capital (conforme classificação estatuída pela lei 4.320/1964, artigo 12):

As parcelas das contraprestações referentes à remuneração do concessionário pela prestação dos serviços em concessões administrativas são decorrentes dos serviços prestados diretamente ou indiretamente ao concedente. Dessa forma, devem ser classificadas orçamentariamente como despesas correntes decorrentes de contrato de PPP, exceto subvenções econômicas, aporte e fundo garantidor (3.3.67.83).

As despesas continuadas referentes à prestação de serviços, por se tratarem de despesas contratuais, portanto, não derivadas diretamente de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo, são despesas discricionárias que devem ser classificadas como despesas correntes, no grupo de natureza da despesa (GND) 3- outras despesas correntes, conjugadas com a modalidade de aplicação e elemento de despesa acima mencionados, ou como subvenção econômica (elemento 45), quando for o caso.

As parcelas das contraprestações referentes às despesas decorrentes da incorporação de bens de capital devem ser classificadas orçamentariamente como despesas de capital decorrentes de contrato de PPP, exceto subvenções econômicas, aporte e fundo garantidor.

Cumpra salientar, entretanto, que para fins do MDF, qualquer despesa evidenciada em uma PPP, seja corrente ou de capital, deve ser con-

tabilizada para fins de riscos fiscais e dos limites de atingimento da RCL. Não há previsão do gênero incidente sobre as concessões comuns ou outros tipos de parcerias.

7.2.7. Certificador de Implantação

O Certificador de Implantação (CI) é responsável por aferir se as diretrizes, projetos de engenharia e as obras concebidas e desenvolvidas no âmbito do projeto estão em plena conformidade com os objetivos do contrato firmado entre o concessionário e o Poder Concedente.

Essa contratação é uma ferramenta útil tanto em projetos em que há aportes de recursos públicos, assim como em outros que apresentem necessidade de acompanhamento mais efetivo na fase de implantação do projeto.

É o CI que analisa a adequação da concepção e a conformidade das obras realizadas, oferecendo assistência técnica sólida, externa e independente, podendo se estender a novas atividades que porventura necessitem de avaliação, validação ou acompanhamento de uma entidade imparcial.

As atividades do CI podem ser realizadas tanto por verificação amostral, quanto por definição de marcos dentro do período do contrato para acompanhamento e controle de sua evolução. No decorrer das ações executadas, são emitidas certificações dos eventos contratuais na etapa de implantação, acompanhados de relatórios e laudos técnicos de aferição do cumprimento de todas as diretrizes incluídas no edital e seus anexos, normas nacionais ou interna-

cionais e demais técnicas e métodos aplicáveis.

Tais atividades diferem do escopo do gerenciamento e fiscalização do projeto, o qual pode ser realizado diretamente pelo concessionário ou ainda por um terceiro por ele contratado (empresa denominada “gerenciadora” da obra). Ao CI pode ser atribuído o desenvolvimento do plano de trabalho, do qual constará a descrição das atividades de verificação e validação, a serem realizadas com base nas entregas da concessionária e de eventual gerenciadora. Para tanto, o contrato deverá prever de maneira objetiva as obrigações e responsabilidades de cada uma das partes, de maneira a garantir o controle e a otimização de cada uma das etapas dos projetos.

7.2.8 Verificador Independente

As atividades de fiscalização do contrato pelo Poder Concedente podem contar com o apoio de um terceiro agente especializado, denominado Verificador Independente (VI).

Esta é uma prática empregada como forma de garantir a neutralidade, o conhecimento técnico e a imparcialidade do ente responsável pela aferição ou quantificação do cumprimento das obrigações previstas no contrato.

Em suma, o VI é uma entidade imparcial, não vinculada à Concessionária e nem ao Estado, que atua de forma neutra e com independência técnica, fiscalizando a execução do contrato e aferindo o desempenho da Concessionária com base no sistema de mensuração de de-

sempenho (indicadores de qualidade), além dos mecanismos de pagamentos variáveis (sobretudo por desempenho), constantes do contrato de parceria.

O VI também é responsável por auxiliar tecnicamente o Poder Concedente e a concessionária a atingirem os objetivos da concessão. Nesse sentido, ele poderá otimizar a eficiência do sistema de monitoramento e controle de desempenho, mantendo-o alinhado com os objetivos estratégicos da contratação. O VI poderá ser encarregado da revisão dos próprios indicadores, eventualmente recomendando indicadores mais adequados e seus respectivos níveis de serviços, de forma a assegurar o melhor uso dos recursos dos projetos. Entre as atividades que o VI pode assumir, elencam-se:

- (i) Cálculo da variação da contraprestação pública;
- (ii) Desenho dos Processos para Monitoramento e Controle do Desempenho;
- (iii) Diagnóstico e Recomendação para Atualização Tecnológica;
- (iv) Proposição e Operação do Sistema para Monitoramento e Controle;
- (v) Criação de Painel de Controle para Gestão de Indicadores;
- (vi) Monitoramento de desempenho;
- (vii) Gerenciamento de riscos;
- (viii) Gestão de conhecimento;
- (ix) Desenho do padrão de governança de dados;

(x) Estabelecimento de padrões de rastreabilidade e monitoramento de dados;

(xi) Adequação do sistema de mensuração de desempenho;

(xii) Gestão dos contratos;

(xiii) Estudo de viabilidade técnica e econômica;

(xiv) Avaliação técnica do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

(xv) Cálculo dos reajustes de valores previstos no contrato; e

(xvi) Realização de pesquisa de satisfação dos usuários.

No Estado de Mato Grosso do Sul, a contratação de VI deve ser precedida de credenciamento pela AGEMS, conforme requisitos estabelecidos na portaria AGEMS 175/20. Entre eles, destaca-se a necessidade de que os interessados em desempenhar as atividades de verificação tenham:

(i) Experiência em gestão de projetos, utilizando a metodologia baseada no PMBok (Project Management Body of Knowledge) do Instituto PMI (Project Management Institute), abrangendo, minimamente, as seguintes esferas de gestão: gestão de risco, gestão de recursos humanos, gestão de qualidade, gestão de escopo, gestão de prazo e gestão de custos;

(ii) Experiência em projetos de desenho ou redesenho de processos, com suporte de ferramenta reconhecida de mercado, utili-

zando notação BPMN (Business Process Modeling Notation), abrangendo, minimamente, os seguintes quesitos: diagnóstico e análise de processo, modelagem e redesenho de processo, planejamento de implantação e implantação e/ou suporte à implantação de processos operacionais;

(iii) Experiência em projetos ou serviços de aferição, verificação, auditoria ou monitoramento;

(iv) Experiência em projetos de análise de vulnerabilidade em ambientes de tecnologia da informação, sob o ponto de vista de segurança da informação.

Por fim, salienta-se que, embora a contratação e o pagamento do Verificador Independente possam ser feitos tanto pelo Poder Concedente quanto pelo parceiro privado, conforme estabelecido em contrato, a contratação do VI deve ser, preferencialmente, submetida à aprovação do Poder Concedente.

Quando da contratação do VI pelo Poder Concedente, reduz-se o risco de captura ou opacidade nos critérios de seleção. Por outro lado, a contratação realizada pela concessionária tende a trazer maior flexibilidade e maior celeridade no processo de contratação, não ficando as partes sujeitas à necessidade de renovações periódicas do contrato por meio de novos certames licitatórios. Em qualquer caso, independentemente de qual das partes seja responsável pela contratação ou pagamento do Verificador, é necessário que haja a garantia de sua idoneidade e imparcialidade para ambas as partes.

7.3. Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos

O equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de parceria se perfaz quando estão plenamente atendidas todas as disposições do contrato referentes à divisão de riscos, encargos e benefícios constantes, principalmente, da matriz de riscos do contrato.

O tema do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é de suma importância, pois garante que as condições originais que balizaram a formulação de propostas por parceiros privados, quando da licitação, se mantenham durante a execução contratual. Neste sentido, o reequilíbrio econômico-financeiro busca restabelecer, após ocorrências que materializam desequilíbrios da alocação de encargos, benefícios e riscos, as condições de equilíbrio originalmente previstas entre as partes.

7.3.1 Desequilíbrio econômico-financeiro

A mera ocorrência de situações que impõem ônus ou bônus financeiro a qualquer uma das partes em uma parceria não caracteriza, por si só, uma situação de desequilíbrio econômico-financeiro, devendo ser observada a distribuição de riscos constante do contrato a fim de verificar qual parte tem responsabilidade por tal evento. Ilustrativamente, a realização de uma demanda real abaixo da projetada não constitui uma situação de desequilíbrio quando este risco for alocado à concessionária. Porém, em casos nos quais o Poder Público assume, total

ou parcialmente, este risco, a materialização de uma demanda realizada abaixo da projetada caracteriza uma situação de desequilíbrio em que o concessionário deve ser compensado nos termos do contrato.

A constatação de situação de desequilíbrio econômico-financeiro de contratos envolve os seguintes passos: (i) deve-se aferir, de acordo com o previsto no contrato, se é possível aferir a ocorrência de evento que afetou o equilíbrio original; (ii) à luz da disciplina contratual, deve-se verificar a parte responsabilizada pelo risco; (iii) estimar o impacto do evento a partir dos critérios estipulados na documentação do projeto; e (iv) selecionar a maneira mais conveniente de se recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

O desequilíbrio econômico-financeiro em parcerias resulta em impactos que podem afetar, principalmente, mas não só, a receita percebida, a realização de investimentos, custos de implantação e operação.

Quanto à percepção de receita, os desequilíbrios em geral estão associados às seguintes ocorrências: (i) alteração do valor da tarifa ou contraprestação; (ii) mudança dos índices de reajuste para atualização monetária da tarifa; (iii) alterações regulatórias que alterem a tarifa ou sua forma de cobrança; e (iv) variação de demanda e seu impacto na receita.

Cabe ressaltar que apesar de o risco de demanda ser atribuído geralmente à concessionária, ou por vezes compartilhado, é possível que em determinados casos a variação se deva a atos do Poder Concedente que enseja-

rão processos de reequilíbrio econômico-financeiro em seu desfavor.

Quanto à realização de investimentos, eventos que ensejam reequilíbrio podem estar associados a: (i) alteração no escopo que impacte nos valores envolvidos no projeto; (ii) fatores de responsabilidade do Poder Concedente que atrasem a realização do investimento e afetem a perspectiva de percepção de receita, atrasando o desembolso de recursos, ou que modifiquem os valores do investimento; (iii) alteração na qualidade do investimento.

Em relação aos custos, o desequilíbrio pode ser ocasionado por fatores como: (i) equívocos na projeção de custos no momento da modelagem; (ii) eventos posteriores à modelagem que alterem substancialmente determinadas premissas econômicas, como novos tributos sobre um insumo utilizado ou variações extraordinárias decorrentes de um choque de oferta; (iii) alterações no nível de serviço que aumentem ou diminuam os custos operacionais ou eventuais novas imposições regulatórias, ambientais, entre outras, que afetem o custo de prestar o serviço.

O mero advento destes fatos não necessariamente gera um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo imprescindível que se verifique como o contrato aborda a alocação do risco materializado, avaliando a parte responsável e se trata-se de motivo para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Exemplificativamente, uma variação positiva de custo de insumos pode encarecer a operação da concessionária e reduzir suas expecta-

tivas de lucro, porém só configurará desequilíbrio e posterior recomposição se for um risco alocado ao Poder Concedente. Por outro lado, o concessionário deverá assumir integralmente as consequências deste fato, caso o risco esteja para ele alocado.

A adequada alocação dos riscos, conforme a realidade de cada projeto, é fundamental para mitigar e até mesmo evitar discussões aprofundadas entre as partes sobre a responsabilidade por eventuais desequilíbrios, que naturalmente surgirão ao longo da execução contratual.

Importante que se distinga e se avalie com cautela a natureza do desequilíbrio, para que não se confunda com a mera recomposição do valor do dinheiro, própria de eventos como reajuste tarifário, contraprestações e demais preços típicos do contrato de parceria, por meio dos índices avençados.

7.3.2 Reequilíbrio econômico-financeiro

Os processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de parceria podem ser realizados quando das revisões ordinárias ou extraordinárias do contrato. Tais revisões objetivam restabelecer as condições originais da relação das partes com seus encargos, benefícios e vantagens com o passar do tempo. A revisão ordinária tem periodicidade regrada em contrato, enquanto a extraordinária pode ser convocada por qualquer uma das partes a qualquer tempo, desde que atendam aos requisitos contratuais para a sua convocação. Em processos de revisão, as partes se reúnem

para demonstrar fatos e justificar de que forma estes afetam o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, discutindo saídas para se recompor o equilíbrio econômico-financeiro da avença.

7.3.3. Dimensionamento do reequilíbrio

Verificada a materialização de eventos indicados pelo contrato como ensejadores de pedido de recomposição do seu equilíbrio econômico-financeiro, deve-se então proceder ao cálculo do impacto. O cálculo do montante a ser reequilibrado deverá ser feito pela entidade setorial titular do bem ou serviço objeto da parceria, contando com apoio do EPE, quando for conveniente. Para a realização deste cálculo há dois critérios que podem ser seguidos, conforme descrito abaixo:

(i) **Fluxo de Caixa Marginal:** consiste em reequilibrar o contrato a partir da criação de um novo fluxo de caixa específico para a despesa incorrida, com taxas de retorno compatíveis com o momento do evento de desequilíbrio e que reflitam as condições macroeconômicas do período, ou conforme estipulado em contrato.

(ii) **Compensação pela TIR:** a TIR é a taxa interna de retorno esperada pelo investidor. A TIR é a taxa que traz todos os fluxos para o valor presente líquido igualando estes a zero. Com a aplicação da TIR ao valor presente a fim de obter o resultado zero, poderá ser aferida a rentabilidade do projeto. Caso a TIR inicial da proposta seja distinta da TIR

aferida após o evento ensejador do reequilíbrio, estará autorizado o reequilíbrio contratual em função e na medida da diferença constatada.

A metodologia deste cálculo deve constar de dispositivo contratual e pode utilizar uma das duas dispostas acima, bem como combiná-las ou propor outra metodologia. Adicionalmente, alguns setores regulados por agências reguladoras possuem WACC regulatório, definido periodicamente pelas agências responsáveis, com base no custo de crédito e prêmio de risco operacional do setor. Projetos em setores não regulados possuem, em geral, dispositivos contratuais que regem sobre a definição do WACC quando do reequilíbrio.

No caso da PPP de esgotamento sanitário do Governo do Estado de Mato Grosso do Sul, a cláusula 21.5.6. dispõe que “A Taxa de Desconto real a ser utilizada nos fluxos de caixa dos dispêndios e das receitas marginais anuais para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será apurada mediante a seguinte fórmula: $x = [(1 + 5,43\%) * (1 + NTN-B)] - 1$ ”. Neste caso, a Taxa Livre de Risco tem como *proxy* a NTN-B e adiciona-se prêmio de risco de 5,43% sobre a NTN-B para chegar na taxa de desconto a ser utilizada no cálculo de desequilíbrio.

7.3.4. Formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

Constatada a necessidade e o valor da recomposição econômico-financeira, o reequilíbrio pode ser realizado de diversas maneiras:

(i) **Alteração de prazo:** nesta forma de reequilíbrio, alonga-se ou encurta-se o prazo de exploração do serviço pela concessionária, permitindo-a explorar o serviço por mais ou menos tempo e, consequentemente, lucrar mais ou menos, até que se reequilibre o contrato;

(ii) **Revisão da tarifa ou contraprestação:** nesta hipótese, a diferença devida pelo Poder Público ou pela concessionária é compensada pelo aumento ou redução das receitas percebidas pelo parceiro privado;

(iii) **Alteração do escopo de obrigações ou parâmetros de qualidade de serviço da concessionária:** esta forma de reequilibrar o contrato passa por alterar as obrigações pecuniárias ou de outras naturezas de forma a aumentar ou diminuir os custos operacionais da concessionária com vistas a fazer frente ao montante a ser reequilibrado;

(iv) **Indenização:** compreende o pagamento direto do valor devido por qualquer uma das partes à outra.

Usualmente, o contrato estabelece que cabe ao Poder Público a definição do meio para a recomposição do equilíbrio contratual, a partir das alternativas fixadas no instrumento, conferindo-lhe liberdade para, analisando as particularidades do caso concreto e a disponibilidade financeira do Estado, avaliar o meio mais adequado para a reparação.

ANEXO 1

Glossário

- Arbitragem: Procedimento não judicial para solução de conflitos, previsto na lei 9.307/96.

- Autorização: ato administrativo discricionário outorgado, com ou sem exclusividade, cujo objetivo é que o destinatário possa elaborar estudos para subsidiar a Administração Pública na elaboração de parcerias.

- Bens Reversíveis: bens utilizados pela concessionária para a prestação dos serviços concedidos e que, ao término do contrato, serão transferidos ao patrimônio do Poder Concedente, sob determinadas condições, definidas em contrato.

- Caso Fortuito ou Força Maior: evento inevitável e imprevisível, que afeta a execução contratual.

- Comissão Especial de Licitação: comissão instituída pelo órgão ou entidade da Administração Pública envolvido na parceria para conduzir os trabalhos necessários à realização da licitação para contratação de projetos de parcerias pretendidas no âmbito do Programa de Parcerias do Estado de Mato Grosso do Sul.

- Comitês de Prevenção e Solução de Disputas (dispute boards): comitês instaurados para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos celebrados pela Administração Direta e Indireta do Estado de Mato Grosso do Sul,.

- Conselho Gestor de Parcerias (CGP): entidade superior de decisão no âmbito do Programa de Parcerias do Estado de Mato Grosso do Sul, previsto na lei estadual 5.829/22 e integrada pelo Procurador-Geral do Estado (PGE), pelo

Escritório de Parcerias Estratégicas (EPE), pelos Secretários de Estado responsáveis pelo planejamento, gestão financeira, desenvolvimento econômico e infraestrutura do Estado e por dois membros de livre indicação do Governador.

- Concessão Administrativa: modalidade de parceria público-privada para a prestação de serviços e implantação de infraestrutura de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, em que não há cobrança de tarifa dos usuários finais e, por conseguinte, os investimentos realizados pelo parceiro privado são pagos integralmente por contraprestação do Poder Público. Está prevista na lei 11.079/04.

- Concessão Comum: modalidade de concessão de serviços públicos ou de obras públicas que não envolve contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. É disciplinada pela lei federal 8.987/95.

- Concessão Patrocinada: modalidade de parceria público-privada, cujo objeto é idêntico ao da concessão de serviços públicos ou de obras públicas, que pressupõe, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, o pagamento de contraprestação por parte do Poder Público. É prevista pela lei 11.079/04.

- Contraprestação pecuniária ou contraprestação pública: remuneração à qual a Concessionária faz jus em contrapartida à prestação dos serviços objeto do contrato de PPP, a ser paga diretamente pelo Poder Concedente.

- Comissão de Valores Mobiliários (CVM): Entidade autárquica vinculada ao Ministério da

Economia, cujo objetivo é fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o mercado de valores mobiliários no Brasil.

- Diário Oficial do Estado: Veículo de comunicação oficial do Estado de Mato Grosso do Sul.

- Edital: Documento contendo o conjunto de instruções, regras e condições que orientam o procedimento licitatório para a contratação de agentes privados para projetos de parcerias.

- Escritório de Parcerias Estratégicas (EPE): órgão de regime especial, vinculado à Secretaria de Estado responsável pela coordenação das ações de governo e pelo planejamento estratégico, responsável por centralizar e coordenar as atividades referentes ao PROP-MS.

- Fato do Príncipe: ato governamental de caráter geral, não relacionado às obrigações contratuais, mas que gera efeitos sobre os contratos administrativos, impactando substancialmente as condições de sua execução.

- Fluxo de Caixa Descontado: fluxo de caixa resultante da operação, convertido a valor presente a uma determinada taxa de desconto.

- Fundo Estadual Garantidor de Parcerias (FE-GAP): fundo de natureza jurídica pública, cuja finalidade é prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos, em virtude dos contratos de parcerias.

- Fundo Garantidor de Parcerias (FGP): fundo de natureza jurídica privada, cuja finalidade é prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públi-

cos, em virtude dos contratos de parcerias.

- Garantia de Pagamento de Obrigações Pecuniárias: mecanismo constituído pelo Poder Concedente, que se destina a assegurar as obrigações pecuniárias por ele assumidas no âmbito do contrato de parceria.

- Garantia de Proposta: garantia fornecida pelos licitantes durante o procedimento licitatório e com o objetivo de garantir a sua participação na licitação e responder pelos seus atos durante o processo licitatório.

- Garantia de Execução Contratual: garantia a ser constituída pela Concessionária em favor do Poder Concedente, com o objetivo de garantir o cumprimento de todas as suas obrigações definidas no contrato de PPP.

- Lei Estadual de Parcerias: lei estadual nº 5.829/2022.

- Lei Federal de PPP: lei federal 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que estabelece normas gerais para a licitação e contratação de PPPs.

- Lei Federal de Concessões e Permissões de Serviços Públicos: lei federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

- Matriz de Riscos: matriz que contém os riscos identificados no projeto, especificando a definição, o impacto, a probabilidade de sua ocorrência, a mitigação e, sobretudo, para qual parte do contrato sua responsabilidade será alocada.

- Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada (MIP): propostas, estudos ou levantamentos apresentados por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado à Administração Pública Estadual, com o objetivo de auxiliar ou apresentar a propostas de projetos ao Poder Público.

- Modelagem: estruturação jurídica, econômico-financeira e técnica da parceria.

- PGE: Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul.

- Parceria: Nos termos da lei federal 13.334/15 e da lei estadual 5.829/22, parceria é definida como a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante.

- Poder Concedente: A União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, competentes para a contratação da concessão. No caso deste Manual, cuja aplicabilidade é restrita ao Estado de Mato Grosso do Sul, o Poder Concedente será o Estado, por vezes representado por suas entidades responsáveis.

- Pré-Enquadramento: fase prévia ao procedimento licitatório cujo objetivo é fornecer ao CGP uma visão dos custos envolvidos, benefícios, complexidade técnica, interesse da iniciativa privada e impactos diversos da proposta,

de forma a propiciar uma análise de viabilidade prévia.

- Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI): Apresentação ao Poder Público de estudos, modelagens e levantamentos por agentes privados, que serão avaliados, selecionados e aprovados pelo EPE, que conduzirá todo o processo de PMI. Aquilo que for aprovado no procedimento passará a constar e nortear o edital da licitação.

- Project Finance: é um modelo de financiamento, no qual a principal garantia é constituída pelos recebíveis do fluxo de caixa do projeto.

- Programa Estadual de Parcerias (PROP-MS): Programa de Parcerias do Estado de Mato Grosso do Sul, instituído pela lei estadual 5.829/22.

- Quadro de Indicadores de Desempenho (QID): Conjunto de indicadores operacionais e financeiros a serem cumpridos pela Concessionária na execução do contrato de PPP, que terão impacto direto no valor da contraprestação pública, conforme definido no contrato.

- Sociedade de Propósito Específico (SPE): refere-se à pessoa jurídica constituída pelo vencedor da licitação, na forma de sociedade anônima, com o fim exclusivo de execução do objeto do contrato da PPP ou de concessão comum.

- Taxa Interno de Retorno (TIR): taxa de desconto que, quando aplicada ao fluxo de caixa de um projeto, leva a zero o seu valor presente líquido. Trata-se de uma das formas para se

comparar a atratividade de diferentes alternativas de investimento.

- TCE: Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

- Value for Money: Análise de custos e benefícios dos projetos de parceria, contrapondo-os às contratações tradicionais, com o objetivo de identificar as vantagens que o parceiro público e a sociedade terão com a implementação do projeto nas modalidades previstas na lei 4.303/12.

- Verificador Independente: Entidade independente, contratada para, dentre outras atividades possíveis, auxiliar o Poder Concedente no acompanhamento e aferição do desempenho da Concessionária.

- Valor Presente Líquido (VPL): Soma dos fluxos do projeto atualizados segundo uma taxa de desconto.

ANEXO 2

Descrição dos
Principais
Elementos dos
Documentos
Licitatórios

1. Principais elementos que compõem o edital

1.1. Condições de participação

Para participar da licitação, os interessados precisam corresponder a certos requisitos mínimos exigidos, bem como não se enquadrarem em quaisquer das vedações de participação. Tanto os requisitos mínimos, quanto às vedações, devem ser estabelecidos já no termo de referência para garantir a idoneidade e a capacidade do futuro parceiro privado.

Para essa definição, devem ser analisados os requisitos que irão definir a competência dos interessados, baseado na natureza, no vulto, na complexidade e nas demais especificidades técnicas do projeto somados àqueles decorrentes de previsões legais e que variam caso a caso.

É comum que os editais especifiquem quem poderá participar da concorrência, bem como preveja ou não a possibilidade de participação por meio de consórcio, como por exemplo, nas cláusulas da Concessão da Rodovia Estadual MS-306 (Item 7.1 do Edital) e da PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul (Item 9.1 do Edital). Especifica-se habitualmente, também, os agentes que não poderão participar da concorrência, como as disposições constantes dos mesmos contratos, item 9.2 do edital e item 7.2 e 7.3 do edital, respectivamente.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306:

Participantes da Concorrência

7.1. Poderão participar da Concorrência, isoladamente ou em Consórcio, de acordo com os termos deste Edital:

I. Pessoas jurídicas brasileiras ou estrangeiras;

II. Entidades de previdência complementar brasileiras ou estrangeiras; e,

III. Fundos de investimento brasileiros ou estrangeiros.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: Não participantes da Concorrência

9.2. Não poderão participar desta Licitação, direta ou indiretamente, isoladamente ou em consórcio, as pessoas jurídicas:

9.2.1. declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

9.2.2. suspensas do direito de participar em licitações ou impedidas de contratar com a Administração Pública;

9.2.3. interditadas de participar em licitações nos termos do artigo 10 da Lei federal nº 9.605/98;

9.2.4. cujos dirigentes, gerentes, sócios ou componentes do seu quadro técnico sejam servidores da SANESUL, ou que o tenham sido nos últimos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data desta Licitação;

9.2.5. isoladamente ou em consórcio (incluindo suas coligadas, controladas, controladoras ou outra sociedade sob controle comum), em mais de um consórcio ou, de qualquer forma, que resulte em mais de uma proposta por parte da referida sociedade e/ou grupo empresarial na Licitação; e

9.2.6. que estejam sob intervenção do órgão regulador/fiscalizador de suas atividades

1.2. Esclarecimentos ao edital, diligências e impugnações

O edital deverá conter disposições tratando do fornecimento de esclarecimentos gerais sobre a licitação com o objetivo de reger a forma de solicitação de eventuais esclarecimentos por parte dos interessados. Deverão ser previstas disposições como o prazo de apresentação dos pedidos de esclarecimento, a forma de envio dos pedidos à comissão de licitação e o canal no qual serão fornecidos os retornos aos interessados. As respostas aos pedidos de esclarecimento têm caráter vinculante para o certame, de modo que devem ser claras, efetivamente saneadoras do questionamento, sem deixar margem a interpretações diversas.

Deve-se prever no edital a possibilidade de realização de diligências pela Comissão de Licitação ou pela autoridade superior visando promover esclarecimentos ou complementações ao processo licitatório.

O edital deve prever, também, a possibilidade de impugnação de seu conteúdo por qualquer cidadão ou interessado para arguição de de-

terminada ilegalidade e a busca de solução por parte da Administração. Dessa forma, é possível que qualquer cidadão se oponha ao instrumento convocatório em decorrência de falhas, lacunas ou irregularidades, ainda que não venha a participar do certame.

É importante reiterar que, em todos os casos, a resposta da Administração tem caráter vinculante para o certame e não interfere na apresentação de novas regras ou condições ou alteração do objeto ou das demais regras.

Os editais costumam abarcar cláusulas de esclarecimentos, impugnações e recursos, como podem ser vistas abaixo. Comumente elas definem um meio para o envio dos pedidos e o prazo para tanto. Outro exemplo pode ser visto no item 3 do Edital da Concessão da Rodovia Estadual MS-306.

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: pedido de esclarecimentos do edital

3.1. Caso qualquer interessado necessite de esclarecimentos complementares sobre o Edital, deverá solicitá-los à Comissão de Outorga até as 18h de 20 de janeiro de 2010, da seguinte forma:

(i) por meio de correspondência dirigida ao endereço eletrônico hospitaldosuburbio@saude.ba.gov.br, acompanhada do arquivo contendo as questões formuladas, em formato “.doc”, conforme modelo integrante do Anexo 1; ou

(ii) por meio de correspondência protocolada

na sede da SESAB, dirigida ao Presidente da Comissão de Outorga, contendo as questões conforme o modelo integrante do Anexo 1, impressa e em meio magnético, com o respectivo arquivo gravado em formato “.doc”.

3.1.1.1. A cada esclarecimento será atribuído um número específico, na forma do Anexo 1, a ser referido nas respostas dadas pela SESAB.

3.2. A SESAB não responderá questões que tenham sido formuladas em desconformidade com o disposto no item 3.1 acima.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: esclarecimentos, correções, impugnações e recursos

8.7. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o Edital, podendo fazê-lo por meio de correspondência eletrônica (e-mail) dirigida ao endereço eletrônico epe@segov.ms.gov.br ou mediante protocolo na sede da SANESUL, endereçando-a ao presidente da Comissão de Licitação, em até 05 (cinco) dias úteis antes da data estipulada para entrega dos envelopes, conforme dispõe o artigo 41, §1º, da Lei federal nº 8.666/93, devendo a Comissão de Licitação julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis.

8.8. Decairá do direito de impugnar o Edital a Licitante que não o fizer até o 2º (segundo) dia útil que anteceder a data de entrega dos envelopes, conforme dispõe o artigo 41, §2º, da Lei federal nº 8.666/93.

8.9. A impugnação deverá ser instruída com:

8.9.1. Cópia do documento de identidade do seu signatário, quando este for pessoa física; ou

8.9.2. Comprovação dos poderes de representação legal do signatário, quando apresentada por pessoa jurídica.

8.10. As Licitantes que participarem da Concorrência poderão recorrer das decisões sobre a Garantia de Proposta, Documentos de Representação e Declarações, a classificação da Proposta Comercial, bem como da análise dos Documentos de Habilitação da Licitante melhor classificada.

1.3. Participação de consórcios

A participação de consórcios no certame depende, necessariamente, de autorização no edital, observadas as determinações legais que constam no artigo 19 da lei federal 8.987/95.

Como a aceitação ou vedação à formação de consórcios, bem como o estabelecimento de número máximo de empresas em cada consórcio, estão relacionados diretamente à competitividade do certame, importante que se faça diagnóstico prévio do mercado e das condições gerais do projeto.

No que toca à participação de consórcios, as cláusulas normalmente preveem regras e normas para regular esta participação, conforme se depreende das disposições da PPP Piauí Conectado e da Concessão rodoviária da MS-306.

- PPP Piauí Conectado: participação de Consórcios

6.2. As LICITANTES que optarem pela participação em consórcio deverão observar o disposto no artigo 33 da Lei Federal n.º 8.666, de 1993, bem como no presente EDITAL, especialmente o que segue:

6.2.1. O número de integrantes do Consórcio será limitado a 3 (três) empresas;

6.2.2. Deverá ser indicada empresa líder do Consórcio, que o representará em todos os seus atos perante a COMISSÃO;

6.2.3. É vedada a participação de membro consorciado, suas coligadas, controladas, controladora, ou sob controle comum, em mais de um Consórcio, ainda que com participações ou membros distintos entre si, ou isoladamente, na mesma licitação;

6.2.4. Cada consorciado deverá atender individualmente às exigências relativas à apresentação das declarações constantes nos ANEXOS ao EDITAL, à regularidade jurídica e fiscal e econômico-financeira, no que couber, nos termos do EDITAL;

6.2.5. Para fins de comprovação da experiência deverão ser cumpridos os requisitos constantes do item correspondente deste EDITAL;

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306: participação de Consórcios

7.6 Caso a Proponente seja um Consórcio, as seguintes regras deverão ser observadas, sem prejuízo de outras existentes no restante do Edital:

I. Na formação e organização dos Consór-

cios as Proponentes deverão observar os subitens 7.2 e 7.3 do Edital;

II. Cada consorciado deverá atender individualmente às exigências relativas à regularidade jurídica, fiscal e trabalhista e à qualificação econômico-financeira contidas no Anexo 5, do Edital;

III. As exigências de qualificação técnica deverão ser atendidas pelo Consórcio, por intermédio de quaisquer dos consorciados;

IV. A desclassificação / inabilitação de qualquer consorciado acarretará a automática desclassificação / inabilitação do Consórcio;

V. Não há limite de número de consorciados para constituição do Consórcio;

VI. Nenhuma Proponente poderá participar de mais de um Consórcio, ainda que por intermédio de suas Coligadas, Controladoras, Controladas ou empresas sob controle comum, ou, ainda, com porcentagens distintas, sob pena de desclassificação do certame, não importando a fase em que vier a ser revelado;

VII. Caso uma Proponente participe de um Consórcio, ficará ela, suas Controladas, Controladoras, Coligadas e empresas sob controle comum, impedidas de participar isoladamente da Concorrência;

VIII. Não será admitida a inclusão, a substituição, a retirada ou a exclusão de consorciados, tampouco a alteração na proporção de participação das consorciadas até a assinatura do Contrato, momento a partir do qual

deverão ser observadas as regras contratuais para qualquer alteração na composição societária da SPE;

IX. No caso de Consórcio composto por empresa(s) brasileira(s) e estrangeira(s), a empresa-líder deverá ser obrigatoriamente uma empresa brasileira;

X. É permitida a participação de Consórcio formado exclusivamente por empresas estrangeiras; e,

XI. A responsabilidade solidária dos consorciados cessará, para fins das obrigações assumidas em virtude da licitação: a) No caso de o Consórcio ter sido a Proponente vencedora, com a assinatura do Contrato; e, b) No caso de o Consórcio não ter sido a Proponente vencedora, até a assinatura do Contrato pela vencedora do presente certame.

1.4. Inversão de fases

Um dos elementos fundamentais que compõe o edital é a ordem dos procedimentos que serão realizados para a condução do certame, desde a fase interna da licitação até a adjudicação e homologação do processo licitatório.

Tradicionalmente, as licitações se processavam com a fase de habilitação anteriormente à fase de julgamento, de forma que a documentação de qualificação técnica, jurídica, econômico-financeira e de regularidade de todos os licitantes era analisada antes que se pudesse conhecer as propostas de preços apresentadas. No entanto, para evitar a burocratização excessiva do procedimento, a legislação pas-

sou a admitir a inversão de fases, isto é, a realização da fase de julgamento previamente à etapa de habilitação. Com isso, apenas a documentação do vencedor é analisada, otimizando-se os prazos e recursos para a conclusão do certame e reduzindo o risco de paralisações do processo licitatório por questionamentos judiciais ou dos órgãos de controle.

No âmbito do Estado de Mato Grosso do Sul, a lei 5.829/22 abarca a possibilidade de inversão de fases no artigo 19, que prevê que, no processo licitatório, as fases de julgamento e habilitação deverão seguir, preferencialmente, a seguinte ordem:

- (i) Encerrada a fase de classificação das propostas ou do oferecimento de lances, será aberto o envelope contendo os documentos de habilitação do licitante classificado em 1º (primeiro) lugar, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;
- (ii) Verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;
- (iii) Inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;
- (iv) Proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Diante das particularidades do caso concreto, o edital de licitação pode optar pela ordem tra-

dicional de fases no certame, com a abertura de todos os invólucros de habilitação dos licitantes e, apenas em seguida, com a abertura das propostas econômicas para classificação.

A definição acerca da possível inversão de fases da licitação deve ser fundamentada e considerar as características e necessidades do projeto, bem como o trade off entre uma maior burocratização do procedimento (quando se faz necessário analisar a documentação de habilitação de todos os licitantes) e uma possível influência do julgamento das propostas econômicas na admissão de eventuais falhas formais na documentação do licitante vencedor.

Usualmente, em licitações de projetos mais complexos e que exijam grande experiência técnica dos licitantes opta-se por prever a fase de habilitação prévia ao julgamento das propostas. Nesse sentido, a recente experiência brasileira demonstra que a inversão de fases não se adequa positivamente às licitações de grande vulto, visto que aumenta o seu grau de litigiosidade. Em contrapartida, tal inversão é notoriamente positiva em licitações menos vultosas, nas quais o modelo garante celeridade ao certame. Para reduzir os riscos decorrentes da inversão de fases – em que se tende a privilegiar licitantes que conseguem apresentar preços mais competitivos, sem que se possa assegurar a exequibilidade de suas propostas – é possível requerer a apresentação da garantia de proposta em conjunto com a documentação de habilitação, reduzindo assim os riscos de contaminação do procedimento por licitantes sem as adequadas condições de executar o objeto licitado.

Considerando tratar-se de prerrogativa da Administração, a inversão de fases é empregada em determinados editais e em outros não, conforme exemplos abaixo, da Concessão da MS 306 em que houve a previsão de no item 15. do Edital e da PPP Nova Tamoios em que o Poder Público optou pela não inversão.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306: previu inversão de fases.

15.1. A Comissão Especial de Licitação abrirá os volumes dos Documentos de Qualificação apenas da Proponente que se classificar em primeiro lugar na Sessão Pública da Concorrência.

15.2. Caso ocorra a inabilitação da Proponente declarada vencedora, será declarada vencedora da Concorrência a Proponente Classificada que tenha apresentado a segunda melhor Proposta Econômica Escrita, proposta esta que será considerada para todos os fins incluindo o previsto no item 17.11.

- PPP Nova Tamoios: não previu inversão de fases.

16.1. No dia e horário designados, a Sessão Pública da Licitação será aberta e terá a seguinte ordem: (i) entrega dos Envelopes; (ii) credenciamento dos representantes legais das Licitantes; (iii) verificação da Garantia da Proposta; (iv) verificação dos Documentos de Habilitação; (v) análise da Metodologia de Execução; e (vi) classificação das Propostas de Preço. Ao final, será publicado o resultado da Licitação, conforme abaixo explicitado.

1.5. Habilitação

A fase de habilitação tem por objetivo verificar a aptidão mínima dos candidatos para a futura contratação, ou seja, trata-se da análise subjetiva dos próprios licitantes e não do mérito da proposta em si. São verificados, portanto, pontos como a regularidade jurídica, fiscal e trabalhista dos licitantes, e, também, sua qualificação técnica e econômico-financeira.

É importante que a fase de habilitação preveja o mínimo de exigências necessárias para garantir a solidez e seriedade dos proponentes, bem como para garantir uma competição mais ampla e a seleção da proposta mais vantajosa. Deve-se encontrar o ponto de equilíbrio entre as exigências que assegurem a seleção de licitante idôneo e capacitado, sem alijar do certame potenciais bons parceiros em razão de exigências desnecessárias para o sucesso do projeto.

A habilitação dos candidatos é verificada por meio de documentos que demonstrem 4 principais aspectos:

- (i) **Habilitação jurídica:** trata da comprovação da existência legal da empresa, a legitimidade de sua representação e a aptidão e capacidade para assumir obrigações e exercer os direitos;
- (ii) **Qualificação técnica:** estipula a demonstração da aptidão profissional e operacional do licitante para a execução do objeto contratado, a partir da comprovação de expertise, pela proponente e por seus representantes ou contratados na execução de projetos similares ao objeto da licitação. O edital de-

verá estabelecer as experiências anteriores cuja comprovação será exigida, tal como os atestados que deverão ser apresentados, podendo ser tomadas como base para tanto, as disposições previstas nos artigos 67 da lei 14.133/21 e 30 da lei 8.666/93, que dispõe sobre a documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional. Entre as quais, cita-se exemplificativamente:

- Apresentação de profissional registrado no conselho profissional competente e detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes;
- Certidões ou atestados que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos no sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);
- Indicação do pessoal técnico com suas qualificações, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação;
- Quando for o caso, registro ou inscrição na entidade profissional competente; e
- Declaração de conhecimento de todas as informações e condições da licitação;

Além do modelo tradicional da lei geral de licitações, o edital pode abarcar a qualificação técnica de maneira inovadora, conforme tem

sido feito em alguns projetos recentes no Estado de São Paulo. Trata-se de uma abordagem que leva em consideração a necessidade de o concessionário ser qualificado para lidar com os múltiplos riscos de um contrato de longo prazo e ter capacidade para obter e gerenciar financiamentos, além de realizar a gestão financeira do negócio. Nesse contexto, em alguns contratos têm-se optado por não se exigir a comprovação de qualificação técnica específica do licitante, mas apenas a demonstração de expertise no gerenciamento e operação de contratos de parceria de vulto semelhante ao licitado, facultada a subcontratação do operador com experiência no setor específico da contratação.

(iii) Regularidade fiscal e trabalhista: Visam garantir a comprovação, mediante a apresentação de certificações, de que o licitante se encontra em dia perante suas obrigações tributárias e trabalhistas. Assim como as questões relacionadas à qualificação técnica, as disposições das leis 14.133/21 (artigo 68) e 8.666/93 (artigo 29), no tocante às habilitações fiscal, social e trabalhista podem ser utilizadas como parâmetro:

- Da inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);
- Da inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- Da regularidade perante a Fazenda federal,

estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

- Da regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;
- Da regularidade perante a Justiça do Trabalho;
- Do cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.

(iv) Qualificação econômica: Trata da demonstração da saúde e da capacidade econômico-financeira do licitante para comprovar a sua capacidade em satisfazer os encargos econômicos decorrentes do futuro contrato, tais como as previstas nos artigos 69 da lei 14.133/21 e 31 da lei 8.666/93:

- Balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;
- Balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
- Certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

Seguem exemplos de cláusulas de editais que previram regras gerais de habilitação, comprovação de qualificação econômico-financeira e documentação para habilitação jurídica e qualificação técnica.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: regras gerais de habilitação

14.1. As Licitantes estão obrigadas a satisfazer as exigências relativas à habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e de cumprimento ao disposto no inciso XXXIII, do artigo 7º, da Constituição Federal, conforme disposto no artigo 27 da Lei federal nº 8.666/93 e no presente Edital.

14.2. As certidões exigidas para habilitação das Licitantes emitidas sem indicação do prazo de validade serão consideradas válidas pelo prazo de 90 (noventa) dias, contados da data de sua emissão.

14.3. Serão admitidas certidões obtidas pela internet, desde que tenham sido emitidas por sítio eletrônicos oficiais e que o documento contenha a indicação do sítio eletrônico em que poderá ser verificada a autenticidade da informação.

14.4. A SANESUL se reserva o direito de proceder a diligências e extrair certidões para averiguar a veracidade das informações constantes nos documentos apresentados, caso julgue necessário, estando sujeita à inabilitação a Licitante que apresentar documentos em desacordo com as informações obtidas pela Comissão de Licitação, além de

incorrer nas sanções previstas neste Edital.

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: documentos solicitados de habilitação jurídica e de econômico-financeira

11.1. O volume dos Documentos de Qualificação deverá ser iniciado com carta de apresentação, devidamente assinada, conforme modelo constante do Anexo 6.

11.2. O volume dos Documentos de Qualificação deverá conter os documentos indicados abaixo, de acordo com a natureza jurídica da Proponente.

11.3. Quando a Proponente for pessoa jurídica deverá apresentar os seguintes documentos:

11.3.1. Para habilitação jurídica:

(i) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, inclusive com a última alteração registrada no registro empresarial que consolidou as disposições do estatuto, contrato social ou ato constitutivo;

(ii) prova de eleição dos administradores da Proponente, devidamente registrada no registro empresarial ou órgão competente

11.3.2. Para qualificação econômico-financeira:

(i) apresentação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis referente ao exercício social findo em 31 de dezembro de 2008, devidamente registrados no registro empresarial ou órgão competente;

(ii) *certidão negativa de pedido de falência ou recuperação judicial, expedida pelo distribuidor da comarca do Município onde se encontra a sede da Proponente. Em se tratando de sociedade não empresária ou outra forma de pessoa jurídica, certidão negativa expedida pelo distribuidor judicial das varas cíveis em geral (processo de execução) da comarca do Município onde a Proponente está sediada, datada de, no máximo, 90 (noventa) dias anteriores ao primeiro dia do Período para Recebimento dos Envelopes;*

- Concessão do Lote Rodoviário Piracicaba
- Panorama: documentos relativos à qualificação técnica

13.29. *Para fins de demonstração da sua qualificação técnica, a LICITANTE individual ou o CONSÓRCIO deverá comprovar aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da LICITAÇÃO, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, em nome da LICITANTE ou de profissional a ela vinculado, devidamente registrado(s) na entidade profissional competente, quando for o caso, emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, ou por órgão de regulação e/ou de fiscalização, que comprove experiência, ao longo de no mínimo 12 (doze) meses, como responsável pela gestão/administração de ativo de infraestrutura, de valor mínimo do ativo de R\$ 260.000.000,00 (duzentos e sessenta milhões de reais), que tenha gerado receita operacional anual de, no mínimo, R\$ 113.000.000,00 (cento e treze*

milhões de reais).

13.29.1. *Para comprovação do exigido no item 13.29 deste Edital, será admitido somatório de atestados, desde que em um dos atestados seja demonstrada participação como responsável pela gestão/administração de ativo de infraestrutura que tenha o valor de, no mínimo, R\$ 130.000.000,00 (cento e trinta milhões de reais), e que tenha gerado receita anual de, no mínimo, R\$ 56.500.000,00 (cinquenta e seis milhões e quinhentos mil reais).*

13.29.2. *A comprovação exigida no item 13.29, quando em nome de profissional vinculado à licitante, deverá observar o disposto no item 13.36.*

13.30. *Será considerado responsável, para os fins do item 13.29: (i) o responsável direto, individualmente, pela gestão/administração do ativo de infraestrutura; (ii) o consorciado, com participação mínima de 10% (dez por cento) no consórcio responsável pela gestão/administração do ativo de infraestrutura; (iii) o acionista da empresa responsável, com participação acionária mínima de 10% (dez por cento); ou (iv) por qualquer outra forma, participante da gestão/administração do ativo de infraestrutura, com posição que lhe confira poderes decisórios na gestão/administração do ativo de infraestrutura;*

13.31. *Será considerado ativo de infraestrutura, para os fins do item 13.29, o ativo integrante, por exemplo, dos sistemas de: (i) comunicações; (ii) transportes e logística de transportes; (iii) energia; (iv) produção, distri-*

buição ou refino de combustíveis; (v) saneamento básico; (vi) habitação; ou (vii) prestação de serviços públicos.

1.5.1 Credenciamento

Apesar de não haver na legislação um tratamento expresso sobre o credenciamento dos representantes de cada licitante, é comum que os editais estabeleçam regras de representação dos licitantes e de sua atuação no procedimento, como, por exemplo, o número de pessoas que poderão ser credenciadas e a documentação que deve ser apresentada.

Trata-se de uma cláusula que não aparece em todos os editais de forma direta e individualizada. No caso da Concessão da Rodovia Estadual MS-306, não há cláusula específica sobre o assunto, enquanto na PPP do Complexo do Mineirão houve previsão de credenciamento.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306: representantes credenciados

10.1. Cada Proponente poderá ter até 2 (dois) Representantes Credenciados, os quais poderão representar a Proponente perante a Comissão Especial de Licitação isoladamente ou em conjunto, independentemente da ordem de nomeação.

10.2. O volume da Garantia da Proposta deverá conter os seguintes documentos para comprovação dos poderes de representação dos Representantes Credenciados: (...)

10.3. Os Representantes Credenciados não serão admitidos a intervir nem praticar atos

durante a Sessão Pública da Concorrência, tendo em vista que tal representação será exercida exclusivamente pelas Participantes Credenciadas.

10.4. Os Representantes Credenciados deverão firmar todas as declarações e documentos referidos neste Edital, inclusive o contrato de intermediação entre a Participante Credenciada e a Proponente.

10.5. Cada Representante Credenciado somente poderá exercer a representação de uma única Proponente.

10.6. O contrato de intermediação entre a Participante Credenciada e a Proponente, que terá o conteúdo mínimo especificado no Anexo 9, deverá ter uma cópia apresentada juntamente com os documentos referidos no subitem 10.2, acompanhado do ato societário e/ou procuração comprovando os poderes das pessoas que firmaram tal contrato.

10.7. As Participantes Credenciadas deverão representar as Proponentes junto à B3, na entrega de todos os documentos requeridos neste Edital, especialmente, as vias dos volumes da Garantia da Proposta, da Proposta Econômica Escrita e dos Documentos de Qualificação, nos atos da Sessão Pública da Concorrência.

10.8. Cada Participante Credenciada somente poderá exercer a representação de uma única Proponente e cada Proponente somente poderá estar representada e participar da Concorrência por meio de uma única Participante Credenciada

- PPP do Complexo do Mineirão: representantes credenciados

15.5. Serão admitidos no máximo 02 (dois) representantes credenciados por LICITANTE.

15.6. A qualquer momento durante o processo licitatório, o interessado poderá substituir seu representante.

15.7. O LICITANTE sem representante não poderá consignar em ata suas observações, rubricar documentos, nem praticar os demais atos pertinentes da licitação.

15.8. Nenhuma pessoa, ainda que munida de procuração, poderá representar mais de um LICITANTE nesta LICITAÇÃO, sob pena de exclusão sumária dos LICITANTES representados.

1.6. Garantia da Proposta

O edital pode exigir dos licitantes a apresentação de uma garantia de proposta (bid bond), limitada a 1% (um por cento) do valor estimado para o objeto do contrato. A garantia visa reduzir hipóteses de arrependimento e de participação de empresas “aventureiras”, que não tenham condições de cumprir o objeto do contrato ou que entrem para tumultuar o processo. A garantia de proposta pode ser apresentada mediante caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária.

Nos casos de inversão de fases no certame, com a fase de habilitação ocorrendo após a

etapa de julgamento, as garantias de proposta geralmente são analisadas antes da abertura das propostas, visando já excluir os concorrentes que não apresentarem a garantia apta.

É comum que as garantias exigidas pelos editais contenham, obrigatoriamente, validade de seis meses ou um ano, com a previsão de renovação por parte do licitante. Ademais, é fundamental que os editais prevejam que as garantias não contenham limitações ou restrições à sua execução quando for necessário. A ausência da garantia, se assim previsto no edital do certame, é motivo de inabilitação do licitante.

Os editais normatizam tal mecanismo, definindo prazos, formas das garantias e regras de devoluções, da PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul e da PPP do Complexo do Mineirão, que contemplam disposições acerca dos prazos e devoluções e regras gerais sobre o tema.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: prazos e devoluções

12.3. A Garantia de Proposta deverá ter prazo mínimo de 180 (cento e oitenta) dias a contar da data designada para a entrega dos envelopes.

12.4. Caso seja necessária a prorrogação da Garantia de Proposta, a SANESUL emitirá notificação à Licitante, antes do vencimento do prazo previsto no item 12.3, para que prorrogue a validade de sua Garantia de Proposta impreterivelmente antes do advento do término de sua vigência, sob pena de ser

inabilitada, impedida de prorrogar a validade de sua Proposta Comercial e por conseguinte, desclassificada.

12.5. A Garantia de Proposta será devolvida à Licitante:

12.5.1. que tiver sido declarada vencedora, a partir de 15 (quinze) dias após a publicação do extrato do Contrato;

12.5.2. que não tiver sido declarada vencedora, a partir de 15 (quinze) dias após a publicação do extrato do Contrato;

12.5.3. na hipótese de anulação ou revogação da Licitação, em até 5 (cinco) dias após a publicação da decisão nesse sentido; e

12.5.4. Em caso de suspensão da licitação por mais de 60 (sessenta) dias, a partir de 15 (quinze) dias contados da publicação do ato que declarou a suspensão do certame.

- PPP do Complexo do Mineirão: regras gerais

10.1. Nos termos do artigo 31, III, da Lei Federal nº 8.666/1993, os LICITANTES deverão oferecer GARANTIA DE PROPOSTA, no montante de R\$ 7.717.392,48 (sete milhões, setecentos e dezessete mil, trezentos e noventa e dois reais e quarenta e oito centavos), equivalente a 1% (um por cento) do VALOR ESTIMADO DO CONTRATO, que poderá ser prestada em uma das seguintes modalidades:

a) caução em dinheiro;

b) títulos da dívida pública brasileira, não

gravados com cláusula de inalienabilidade e impenhorabilidade ou adquiridos compulsoriamente;

c) fiança bancária emitida por instituição financeira autorizada a funcionar no país, em favor do PODER CONCEDENTE; ou

d) seguro-garantia emitido por companhia seguradora brasileira, em favor do PODER CONCEDENTE.

10.2. No caso de oferecimento em garantia de títulos da dívida pública ou caução em dinheiro, o LICITANTE deverá constituir caução bancária e depositar o documento original dirigido ao PODER CONCEDENTE diretamente em qualquer agência da Caixa Econômica Federal ou do Banco do Brasil, desta Capital.

1.7. Proposta comercial

A proposta comercial apresentada pelos licitantes deve refletir seu plano de negócios e observar os critérios de seleção adotados no edital.

Para projetos de PPP, conforme previstos na lei 11.079/04, a classificação dos licitantes ocorre mediante o julgamento das propostas segundo os seguintes critérios:

(i) Menor valor da tarifa (para as concessões patrocinadas);

(ii) Menor valor da contraprestação a ser paga pela administração (para ambas as modalidades);

(iii) Combinação do critério de menor valor da tarifa com o de melhor técnica (para as concessões patrocinadas); ou

(iv) Combinação do critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela administração com o de melhor técnica (para ambas as modalidades de concessão).

Já em caso de projetos de concessões comuns, conforme regulamentado na lei 8.987/95, os critérios de julgamento que podem ser considerados são:

(i) Menor valor da tarifa;

(ii) Maior oferta (casos de pagamento ao Poder Concedente pela outorga da concessão);

(iii) Combinação, dois a dois, dos critérios referidos acima com a melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas;

(iv) Melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

(v) Combinação dos critérios de menor valor da tarifa com o de melhor técnica;

(vi) Combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

(vii) Melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Como citado, os editais podem prever diferentes critérios para escolher a melhor proposta, sempre levando em conta as características do projeto e o modelo de execução, como nos exemplos abaixo.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306: Critério é o maior valor a título de pagamento da Outorga

6.1. O critério de julgamento desta Concorrência é o de maior oferta pela outorga da Concessão, sendo vencedora aquela Proponente que, observados os procedimentos e normas descritos neste Edital, ofertar, em sua Proposta Econômica Escrita, o maior valor a título de pagamento da Outorga, a ser paga nas condições estabelecidas no subitem 6.2.

6.2. A Outorga será constituída pela Outorga Fixa Inicial e pelas Outorgas Fixas Anuais.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: Critério é o menor valor de tarifa (menor preço unitário por metro cúbico de esgoto faturado)

15.7. A Comissão de Licitação examinará a Proposta Comercial e classificará as Licitantes de acordo com o menor preço unitário por metro cúbico de esgoto faturado, correspondente ao valor em R\$ (Reais)/m³, que será utilizado para o cálculo da contraprestação a ser paga pela Administração Pública.

- PPP Nova Tamoios: Critério é o menor valor de contraprestação ofertada anual a ser paga pelo poder concedente

10.2. Na fase de julgamento, as Propostas de Preço serão classificadas observando-se o critério de menor valor oferecido a título de Contraprestação Ofertada anual da Concessão.

1.8. Proposta Técnica

Conforme mencionado no item anterior, é permitida a utilização de diversos critérios de julgamento das propostas nas licitações destinadas à celebração de contratos de parceria. Em alguns casos, nos quais os aspectos técnicos/tecnológicos das obras ou serviços que serão contratados possuem grande relevância, o critério de julgamento pode abarcar a apresentação pelos licitantes de uma proposta técnica.

Tal proposta técnica deverá tratar especificamente das obras e serviços objeto da licitação, podendo compreender aspectos relativos à metodologia, organização, tecnologias, recursos e materiais a serem utilizados nos trabalhos, além da qualificação das equipes técnicas que serão mobilizadas. Nesse sentido, o edital deve estabelecer de forma objetiva os critérios formais e materiais de elaboração, apresentação, avaliação e classificação das propostas apresentadas pelos licitantes.

Vale ressaltar que a proposta técnica abarca de maneira mais específica as obras e os serviços objeto da licitação, de modo que não se confunde com a habilitação técnica, que trata das condições técnicas subjetivas mínimas da licitante e visa aferir sua capacidade para executar o contrato. A qualificação técnica, assim, volta-se para o passado, buscando aferir as experiências prévias das licitantes que demonstrem sua capacidade para a execução do objeto licitado, enquanto a proposta técnica tem caráter prospectivo, centrando-se no objeto do certame em si e no que a licitante se propõe a executar caso se sagre vencedora da disputa.

Conforme visto acima, trata-se de cláusula constante apenas nos editais que estabelecem a técnica como critério de seleção da melhor propostas. Os casos sul-mato-grossense não constam dessa previsão. Nos casos em que há a previsão, é comum que sejam definidos, também, os critérios técnicos, conforme exemplos abaixo:

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: o critério utilizado é o de menor valor de Contraprestação Anual Máxima combinado com um Índice Técnico da Proposta.

15.1. Após a atribuição da Nota Técnica de cada Proponente, na forma do Anexo 12, será calculado o Índice Técnico da Proposta, atribuído à cada Proponente com base na seguinte Fórmula:

$$ITP = \frac{NT \times 10}{NT_{máx}}$$

Onde: ITP = Índice Técnico da Proposta da Proponente; NT = Nota Técnica obtida pela Proponente; NTMax. = Nota Técnica máxima atribuída às Propostas Técnicas.

15.2. O Índice Técnico da Proposta obtido por cada Proponente será o critério para aferir sua Nota Final, na forma do item 17.

- PPP Piauí Conectado: o critério utilizado é o de melhor técnica com menor valor da Contraprestação Mensal Máxima.

9.3. Com base nos critérios propostos neste EDITAL, a COMISSÃO examinará as PROPOSTAS TÉCNICAS abertas, atribuindo uma Nota para cada PROPOSTA TÉCNICA (NT), classificando-as ou desclassificando-as, conforme o ANEXO V - Diretrizes para Elaboração e Julgamento da PROPOSTA TÉCNICA do EDITAL.

9.3.1. Não serão aceitas as PROPOSTAS TÉCNICAS que, no seu conjunto, ou em qualquer de seus componentes, segundo os critérios definidos e devidamente avaliados pela COMISSÃO, não atender ao disposto neste EDITAL ou em seus ANEXOS. (...)

9.3.3. Cada Nota das PROPOSTAS TÉCNICAS (NT) terá um valor máximo de 100 (cem) pontos e será obtida conforme cálculo apresentado no ANEXO V – Diretrizes para Elaboração e Julgamento da PROPOSTA TÉCNICA do EDITAL, considerando-se sempre duas casas decimais.

1.8.1. Qualificação de propostas técnicas

Conforme possibilidade trazida pela lei federal de PPP (artigo 12, inciso I), o julgamento pode ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, sendo desclassificados os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima. Nessas circunstâncias, as propostas técnicas serão destinadas tão somente a verificar o cumprimento de um parâmetro mínimo de qualificação, sem participação no julgamento da licitação.

Por ser uma cláusula relacionada à presença da previsão do critério de técnica e, mais especificamente, da apresentação de propostas técnicas, elas não necessariamente estão presentes em todos os editais, conforme exemplos abaixo.

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: desqualificação de licitante

14.2. Estará automaticamente desqualificada:

(i) A Proponente que não atingir nota mínima igual ou superior 10 (dez), na forma do art. 12, inciso I, da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004; ou

(ii) A Proponente que descumprir alguma das exigências ou requisitos previstos no Anexo 12.

- PPP Piauí Conectado: desclassificação de licitante

9.3.2. Na hipótese da PROPOSTA TÉCNICA não cumprir o item acima será desclassificada e não será objeto de análise para o cálculo da Nota Técnica. As PROPOSTAS TÉCNICAS classificadas na forma do ANEXO V - Diretrizes para Elaboração e Julgamento da PROPOSTA TÉCNICA, e que estiverem em conformidade com os itens pertinentes deste EDITAL e de seus ANEXOS, serão consideradas para os fins de cálculo da Nota Técnica, conforme descrição abaixo.

1.9. Lances

Inspiradas pelas licitações realizadas na modalidade pregão, as leis 8.987/95 e 11.079/04 preveem a possibilidade de apresentação de lances sucessivos pelos licitantes em concessões e PPP, visando aumentar a competitividade do certame.

No caso das PPP, é possível que as propostas econômicas sejam apresentadas por escrito, seguidas de lances em viva voz. Os lances devem ser sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas e é vedada a limitação da quantidade de lances, exceto nos casos de licitantes cuja proposta escrita seja no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

A previsão de lances sucessivos em licitações não é obrigatória em editais de concorrência, mas é usualmente empregada, como se depreende das cláusulas extraídas da PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul e da Concessão do Lote Rodoviário Piracicaba – Panorama.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: possibilidade de lances

15.8. Após tal análise e classificação preliminar das Licitantes, em havendo 2 (duas) ou mais Propostas Comerciais, abrir-se-á a etapa de lances em viva-voz, que se realizará de acordo com as regras estabelecidas a seguir e no Anexo XI (Manual de Procedimentos).

15.8.1. Estarão aptas para participar da fase de lances em viva-voz as Licitantes: (i) cuja

Proposta Comercial seja de até 10% (dez por cento) maior que a Proposta Comercial da Licitante melhor classificada; e/ou (ii) as 3 (três) melhores propostas escritas, conforme disposto no subitem 15.8.3 e detalhamento constante do Manual de Procedimentos.

15.8.2. Os lances em viva-voz obedecerão a ordem inversa da classificação das Propostas Comerciais escritas, nos termos do artigo 12, §1º, I da Lei nº 11.079 de 2004, de modo que caberá à Licitante até então classificada em último lugar o direito de ofertar o primeiro lance em viva-voz

15.8.3. Caso não haja pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no subitem 15.8.1, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos, ou seja, ainda que superem o percentual de 10% (dez por cento) para classificação no leilão à viva-voz.

15.8.4. O Diretor da Sessão fixará o tempo máximo para a apresentação de lances pelas Licitantes, bem como intervalo de valores em reais entre os lances à viva voz, que terá por referência o melhor valor ofertado até o momento.

15.8.5. É vedada a apresentação de lance idêntico ao de outra Licitante ou da própria Licitante, de maneira que os lances deverão alterar a classificação da Licitante e superar a melhor proposta ofertada até o momento.

15.8.6. É vedada a apresentação de lan-

ces intermediários, ou seja, lances iguais ou superiores ao menor já ofertado, ainda que inferiores ao último lance dado pela própria Licitante.

15.8.7. Após a etapa de lances, encerrada a sessão pública, todas as Licitantes deverão ratificar suas propostas finais, mediante a assinatura de termo de ratificação de proposta a ser emitido pela Comissão de Licitação.

- Concessão do Lote Rodoviário Piracicaba – Panorama: possibilidade de lances

14.27. Se configurada a hipótese prevista no item 14.26 terá início a fase de lances, com o oferecimento de lances sucessivos, conforme disposto no MANUAL DE PROCEDIMENTOS.

14.28. O DIRETOR DA SESSÃO poderá fixar um tempo máximo entre os lances.

14.29. Cada lance deverá superar o valor ofertado pela própria LICITANTE, considerando ainda que:

i. deverá respeitar o intervalo mínimo entre os lances, estabelecido em R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais);

ii. deverá alterar a classificação da(s) LICITANTE(S) na LICITAÇÃO; e

14.30. Se nenhuma LICITANTE se manifestar no prazo assinalado pelo DIRETOR DA SESSÃO para a oferta de novos lances, será declarada vencedora da LICITAÇÃO a LICITANTE que houver ofertado o melhor lance até então.

14.31. Caso seja aberta a etapa de lances e não haja oferecimento de qualquer lance, será declarada vencedora a LICITANTE titular da PROPOSTA DE PREÇO de maior valor.

1.10. Saneamento de falhas nas fases de abertura e avaliação das propostas e dos documentos de habilitação

A legislação de PPP prevê a possibilidade de o edital permitir uma fase para o saneamento de falhas, a complementação de insuficiências ou, ainda, correções de caráter formal. Nos casos de concessões comuns, mesmo que a lei 8.987/95 não contemple essa previsão expressamente, é recomendável que o edital o faça, permitindo a correção de falhas de caráter formal ou que não impactem sensivelmente no objeto da contratação. A lei geral de licitações não prevê que a fase de saneamento seja disciplinada no edital, mas determina que as autoridades deverão sanear as falhas durante o curso do processo, evitando entraves de ordem burocrática para a adequada execução do contrato.

Este mecanismo tem por objetivo evitar que pequenas falhas relativas aos documentos apresentados não acarretem a exclusão de competidores, devendo o edital ser expresso quanto ao tema para reduzir a chance de litígios fundamentados no descumprimento de exigências editalícias. Além disso, é válido ressaltar que essa previsão não implica alteração

de condições de participação dos licitantes nem tampouco permite a apresentação de documentos exigidos e antes ausentes nos envelopes.

Os editais podem prever o saneamento de falhas de diferentes maneiras. É comum que, por um lado, seja previsto de forma mais extensa e detalhada, como o caso da Concessão da Rodovia Estadual MS-306, ou mais sucinta, como o caso da PPP do Hospital do Subúrbio da Bahia.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306: papel da Comissão Especial de Licitação no saneamento de falhas

13.3. Além das prerrogativas que decorrem, implicitamente, da sua função legal, a Comissão Especial de Licitação poderá:

I. Solicitar às Proponentes, a qualquer momento, esclarecimentos sobre os documentos por elas apresentados;

II. Adotar critérios de saneamento de falhas e complementação de insuficiências no curso da Concorrência;

III. Promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução da Concorrência, inclusive perante a instituição financeira de que trata o subitem 11.6, inciso I, e da empresa de auditoria de que trata o subitem 11.6, inciso II, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente nos documentos apresentados pela Proponente;

IV. Prorrogar os prazos de que trata o Edital, em caso de interesse público, caso fortuito ou força maior; e,

V. Na hipótese de alteração que afete de forma inequívoca a elaboração das Propostas Econômicas Escritas, alterar (i) a data prevista para entrega da Garantia da Proposta, da Proposta Econômica Escrita e dos Documentos de Qualificação; e, (ii) a data prevista para a abertura dos envelopes e julgamento das propostas, prorrogando-se ou reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido.

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: saneamento de falhas formais

6.8. Eventuais falhas formais na entrega ou defeitos formais nos documentos que façam parte da Garantia da Proposta, da Proposta Técnica, da Proposta Econômica Escrita e dos Documentos de Qualificação poderão ser sanadas pela Comissão de Outorga, por ato motivado, em prazo por ela estabelecido, de acordo com as peculiaridades de cada caso, observada a celeridade do Leilão.

6.8.1. Considera-se falha ou defeito formal aquela que (i) não desnature o objeto do documento apresentado, e que (ii) permita aferir, com a devida segurança, a informação constante do documento.

6.8.2. Quando do saneamento de falhas formais referido neste item 6.8, não será aceita a inclusão de documento obrigatório, nos termos deste Edital, originalmente ausente na documentação apresentada pelo Proponente.

1.11. Recursos administrativos

O artigo 165 da lei federal de licitações estabelece ser um direito dos licitantes interpor recurso após cada ato da Administração. O recurso deverá se dar no prazo de 3 (três) dias úteis, contados a partir da data de intimação ou de lavratura da ata e se dará em face de:

- (i) Ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- (ii) Julgamento das propostas;
- (iii) Ato de habilitação ou inabilitação de licitante;
- (iv) Anulação ou revogação da licitação e
- (v) Extinção do contrato por ato unilateral da Administração;

Os recursos administrativos podem também estar previstos de maneira mais detalhada como o caso da PPP de esgotamento sanitário do Mato Grosso do Sul, abaixo exemplificada. No entanto, ela pode ser mais sucinta e direta, como o caso da PPP da Nova Tamoios.

- PPP de Esgotamento Sanitário do Mato Grosso do Sul: recursos administrativos

8.10. As Licitantes que participarem da Concorrência poderão recorrer da decisão sobre a classificação da Proposta Comercial e da análise dos Documentos de Habilitação da Licitante melhor classificada.

8.11. O recurso deverá ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias úteis contados da pu-

blicação da decisão que habilitar a Licitante melhor classificada.

8.12. O recurso interposto será comunicado às demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

8.13. Os recursos e as impugnações aos recursos deverão ser dirigidos à SANESUL, por intermédio do presidente da Comissão de Licitação, que poderá reconsiderar sua decisão no prazo de 5 (cinco) dias úteis ou encaminhá-los à autoridade competente.

- PPP Nova Tamoios: recursos administrativos

19.1. Eventuais Recursos Administrativos deverão ser interpostos mediante petição devidamente fundamentada, dirigida à Comissão Especial de Licitação, observando-se o rito e demais disposições a respeito dos recursos, conforme disposições da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

19.2. Os recursos deverão ser tempestivamente protocolados no endereço da AR-TESP, na Rua Iguatemi, 105 – São Paulo/SP, em dias úteis, até às 18h.

1.12. Homologação e adjudicação

Com a declaração do vencedor da licitação e encerramento dos prazos recursais, dá-se início aos atos de homologação e adjudicação do certame.

A homologação é o ato administrativo no qual a autoridade superior atesta a conformidade

jurídica de todo o processo licitatório. Assim, são examinados todos os atos que integraram o procedimento e, caso seja apurado eventual vício de legalidade, procede-se ao seu saneamento ou à anulação do procedimento. No caso da adjudicação, o objeto da licitação é entregue para o vencedor do certame. Portanto, trata-se de um ato declaratório e vinculado, não se confundindo com a celebração do contrato propriamente dita.

Os editais podem ser mais amplos ou mais diretos ao tratar das fases de homologação e adjudicação do objeto ao vencedor da concorrência, conforme se extrai dos exemplos da PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul, com conteúdo mais robusto e da PPP Hospital do Subúrbio da Bahia, com previsão mais sucinta.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: homologação e adjudicação do objeto

16.1. Após a homologação do resultado da Licitação pela SANESUL e adjudicado o objeto da Licitação, a Licitante Vencedora deverá, no prazo de até 60 (sessenta) dias, cumprir as formalidades necessárias à celebração do Contrato, descritas nos itens 17 a 21 deste Edital, sob pena de decair de seu direito à contratação, sem prejuízo da aplicação da multa prevista no item 12.6 com execução da Garantia de Proposta e da aplicação das penalidades previstas no artigo 81 da Lei federal nº 8.666/93.

16.1.1. Cumpridas as formalidades necessárias à celebração (nos termos dos itens 17 a

21 deste Edital), a SPE será convocada para a assinatura do Contrato.

16.2. O prazo para a assinatura do Contrato previsto no subitem 16.1 poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela Licitante Vencedora durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado, aceito pela SANESUL.

16.3. É facultado à SANESUL, quando a SPE não se apresentar para assinar o Contrato no prazo e nas condições estabelecidas, convocar as Licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a abertura dos Documentos de Habilitação nos termos do item 15.18 e, no caso de cumprimento das exigências contidas no Edital, constituir uma sociedade de propósito específico em igual prazo e nas condições da Proposta Comercial do primeiro colocado.

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: homologação e adjudicação do objeto

20.1. O resultado do Leilão será submetido pela Comissão de Outorga ao Secretário da Saúde do Estado da Bahia para homologação e posterior adjudicação.

20.2. A divulgação da Proponente vencedora será realizada por meio de aviso a ser publicado no DOE e afixado no quadro de avisos existente na SESAB.

20.3. O prazo para assinatura do Contrato será de 30 (trinta) dias contados a partir da publicação do ato de homologação.

1.13. Sanções administrativas

O descumprimento de regras do edital pelos licitantes pode ensejar a aplicação de sanções administrativas pelo Poder Público. São exemplos de hipóteses para responsabilização administrativa de um licitante ou de um contratado, as elencadas no artigo 155 da lei 14.133/21, dentre as quais se destacam:

- (i) Deixar de entregar a documentação exigida para o certame;
- (ii) Não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;
- (iii) Não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;
- (iv) Comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- (v) Praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;

Em relação às sanções aplicáveis aos responsáveis por ilícitos ou descumprimentos contratuais, vale citar, também a título exemplificativo, aquelas previstas no artigo 156 da mesma lei, replicadas no artigo 87 da lei 8.666/93:

- (i) advertência;
- (ii) multa;
- (iii) impedimento de licitar e contratar; e
- (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

É importante que as sanções considerem a natureza e a gravidade da infração cometida, as peculiaridades de cada infração, bem como possíveis agravantes ou atenuantes, os danos causados à Administração Pública e, por fim, se o infrator estabeleceu ou aprimorou seu programa de integridade.

As sanções administrativas não anulam quaisquer sanções cabíveis nos campos cível, penal, trabalhista e/ou tributário.

Além dos exemplos citados abaixo, as sanções e as penalidades aos licitantes podem estar previstas em outros momentos do edital de forma combinada com alguma determinação, como é o caso dos editais sul-mato-grossenses da PPP Nova Tamoios e PPP do Complexo do Mineirão.

- PPP Nova Tamoios: sanções e penalidades aos licitantes

22.1. A Licitante que ensejar o retardamento do certame, não mantiver a Proposta Comercial ou fizer declaração falsa, ficará garantido o direito prévio de citação e ampla defesa, impedido de licitar e contratar com a Administração pelo prazo de até 5 (cinco) anos, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, nos termos do parágrafo 12 do artigo 40 da Lei nº 6.544/89, sem prejuízo da execução da Garantia de Proposta.

22.2. A recusa em assinar Contrato de Concessão, sem justificativa aceita pelo Poder

Concedente, dentro do prazo estabelecido, acarretará à Adjudicatária empresa individual, ou, no caso de Consórcio, a todas as empresas membro, suspensão temporária de participar em licitação e impedimento de contratar com a Administração, pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, sendo ainda executada a Garantia de Proposta.

22.3. A Licitante que tenha praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação ou demonstrar não possuir idoneidade para contratar com o Poder Concedente em virtude de atos ilícitos praticados, estará sujeita à aplicação das sanções previstas no artigo 87, incisos III e IV, da Lei nº 8.666/93, sem prejuízo da execução da Garantia de Proposta, com respaldo no artigo 88 da Lei nº 8.666/93, garantido o direito prévio ao contraditório e ampla defesa.

- PPP Complexo do Mineirão: sanções e penalidades aos licitantes

22.1. A recusa do adjudicatário em assinar o CONTRATO dentro do prazo estabelecido pelo PODER CONCEDENTE permitirá a aplicação das seguintes sanções:

- a) advertência, que será aplicada sempre por escrito;*
- b) multa, conforme o disposto no item 24.2;*
- c) suspensão temporária do direito de licitar;*
- d) indenização ao PODER CONCEDENTE da diferença de custo para contratação de outro licitante; e*
- e) declaração de inidoneidade para licitar e*

contratar com a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

22.2. As sanções previstas no item anterior poderão ser aplicadas cumulativamente, de acordo com a gravidade da infração, assegurada ampla defesa à CONCESSIONÁRIA, no prazo de 05 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato e, de 10 (dez) dias, para a hipótese de aplicação da declaração de inidoneidade.

22.3. A sanção de suspensão de participar em licitação e contratar com a ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA também poderá ser aplicada àqueles que retardarem

1.14. Procedimento para assinatura do contrato

O edital deve conter previsão expressa dos procedimentos que deverão ser adotados pela Administração e pelo licitante vencedor entre o momento da adjudicação e a assinatura do contrato, sendo que todos os documentos necessários para a assinatura do contrato deverão ser especificados e listados. No geral, esses procedimentos estão relacionados à constituição da SPE, à constituição das garantias e a contratação dos seguros.

Os editais costumam estabelecer critérios e condições necessárias para que o licitante vencedor assine o contrato, conforme cláusulas abaixo exemplificadas, extraídas da PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul e da PPP Nova Tamoios.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: condições necessárias para a celebração do contrato

16.1. Após a homologação do resultado da Licitação pela SANESUL e adjudicado o objeto da Licitação, a Licitante Vencedora deverá, no prazo de até 60 (sessenta) dias, cumprir as formalidades necessárias à celebração do Contrato, descritas nos itens 17 a 21 deste Edital, sob pena de decair de seu direito à contratação, sem prejuízo da aplicação da multa prevista no item 12.6 com execução da Garantia de Proposta e da aplicação das penalidades previstas no artigo 81 da Lei federal nº 8.666/93.

16.1.1. Cumpridas as formalidades necessárias à celebração (nos termos dos itens 17 a 21 deste Edital), a SPE será convocada para a assinatura do Contrato.

16.2. O prazo para a assinatura do Contrato previsto no subitem 16.1 poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela Licitante Vencedora durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado, aceito pela SANESUL.

16.3. É facultado à SANESUL, quando a SPE não se apresentar para assinar o Contrato no prazo e nas condições estabelecidas, convocar as Licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a abertura dos Documentos de Habilitação nos termos do item 15.18 e, no caso de cumprimento das exigências contidas no Edital, constituir uma sociedade de propósito específico em igual prazo e nas condições da Proposta Co-

mercial do primeiro colocado.

- PPP Nova Tamoios: critérios para a assinatura do contrato

18.5. Em até 02 (dois) dias úteis anteriores à data prevista para assinatura do Contrato de Concessão, o Adjudicatário deverá:

(i) Comprovar que prestou Garantia de Execução, nos termos, forma e valores da minuta do Contrato de Concessão, Anexo XII deste Edital;

(ii) Apresentar Plano de Seguros, nos termos da minuta do Contrato de Concessão – Anexo XII deste Edital, compreendendo a apresentação das coberturas e respectivas importâncias seguradas a serem contratadas, devendo a contratação efetiva observar o descrito em seu Plano de Negócios e no Contrato de Concessão Patrocinada;

(iii) Apresentar compromisso de Instituição(ões) Financeira(s) no sentido de que esta(s) concederá(ão) financiamento(s) para o Parceiro Privado, de curto e de longo prazos mencionados no subitem (iii) do item 15.6 deste Edital, compreendendo compromisso firme de efetuar os empréstimos necessários ao futuro Parceiro Privado durante o período que precede a captação dos recursos de longo prazo com valor mínimo de R\$ 250.000.000,00 (duzentos e cinquenta milhões de reais).

(iv) Demonstrar que constituiu a SPE, nos exatos termos da minuta apresentada pela Licitante na fase de análise dos Documentos de Habilitação com a correspondente certi-

dão da JUCESP (Junta Comercial do Estado de São Paulo) e inscrição no CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica);

(v) Ter integralizado no capital social da SPE, em moeda corrente nacional, no valor mínimo de R\$ 13.715.144,32 (treze milhões, setecentos e quinze mil, cento e quarenta e quatro reais e trinta e dois centavos), sendo que o restante obedecerá ao Cronograma de Integralização do Capital Social, Anexo XVI deste Edital; e

(vi) Apresentar descrição da estrutura acionária e de gestão da SPE, contendo, no mínimo: (a) descrição dos tipos de ações; (b) acionistas e suas respectivas participações por tipo de ação; (c) indicação da composição societária da SPE, conforme aplicável, e de suas Controladoras, até o nível das pessoas físicas; (d) acordos de acionista da SPE, quando existentes; (e) identificação dos administradores, incluindo seus respectivos currículos e dos órgãos da Administração da SPE; (f) compromisso com princípios de governança corporativa na gestão da SPE; e (g) identificação de Partes Relacionadas.

1.15. Disposições finais

As disposições finais de um edital trazem questões complementares que não se enquadram em outras cláusulas e, ao mesmo tempo, não são suficientemente extensas ou relevantes para a criação de uma cláusula específica.

Os editais costumam variar as suas disposições finais, a depender daquilo que não foi

abarcado pelo resto do documento, a exemplo das disposições abaixo transcritas.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: disposições diversas

29.1. A SPE deverá destinar ao Unidade Central de Parceria Público-Privada – UCPPP, durante todo o período da Concessão Administrativa, a partir da data de emissão da Ordem de Serviço, 0,5% (zero vírgula cinco por cento) do valor efetivamente recebido da SANESUL no mês anterior, a título de Contraprestação, com vistas a auxiliar no custeio de administração e de manutenção do referido órgão, na forma do artigo 18, inciso II, da Lei estadual nº 4.303, de 20 de dezembro de 2012.

29.2. As dúvidas surgidas na aplicação deste Edital, bem como os casos omissos, serão resolvidos pela Comissão de Licitação ou após a adjudicação do objeto da Licitação, pela SANESUL, respeitada a legislação pertinente.

29.3. Até a assinatura do Contrato, fica reservado à SANESUL o direito de resolver todo e qualquer caso singular, não previsto neste Edital e em tudo o mais que, de qualquer forma, se relacione direta ou indiretamente com o seu objeto.

29.4. Os termos dispostos neste Edital, bem como as cláusulas e condições do Contrato e as constantes dos demais Anexos complementam-se entre si, reportando um documento ao outro em caso de dúvidas ou omissões, devendo ser respeitadas as regras de interpretação previstas no Contrato.

29.5. A Licitação a que se refere este Edital poderá ser adiada, revogada por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, ou anulada, de acordo com o artigo 62 da Lei federal nº 13.303/16.

- Concessão do Lote Rodoviário Piracicaba
- Panorama: disposições finais

20.1. As normas disciplinadoras desta LICITAÇÃO serão interpretadas em favor da ampliação da disputa, respeitada a igualdade de oportunidade entre as LICITANTES, desde que não comprometam o interesse público, a finalidade e a segurança da contratação.

20.2. Toda a documentação fornecida pelo PODER CONCEDENTE e pela ARTESP às LICITANTES somente poderá ser utilizada por estas para apresentação de suas PROPOSTAS DE PREÇO, sendo vedada a sua reprodução, divulgação e utilização, total ou parcial, para quaisquer outros fins que não os expressos nesta LICITAÇÃO, sob pena de responder pelo uso indevido destes documentos.

20.3. O PODER CONCEDENTE e a ARTESP poderão a qualquer tempo revogar, adiar ou mesmo anular esta LICITAÇÃO nos termos da Lei Federal nº 8.666/93, sem que caiba direito à indenização ou ao reembolso de despesa a qualquer título.

20.4. No interesse do PODER CONCEDENTE, sem que caiba aos participantes qualquer reclamação ou indenização, poderá ser:

20.4.1. adiada a SESSÃO PÚBLICA de re-

cebimento dos Envelopes A, B e C, assim como de abertura dos envelopes; e/ou

20.4.2. alterado o EDITAL, com fixação de novo prazo, nos termos da legislação específica, para a realização da LICITAÇÃO; e/ou

20.4.3. marcada SESSÃO PÚBLICA, caso a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO entenda pertinente para que se possa proceder a uma avaliação mais detida e

minuciosa de todos os documentos recebidos.

20.5. A nulidade da LICITAÇÃO implica a nulidade do CONTRATO, não gerando obrigação de indenizar por parte do PODER CONCEDENTE ou da ARTESP, salvo disposição em CONTRATO em sentido contrário.

20.6. A qualquer tempo, a CEL poderá, de acordo com a fase da LICITAÇÃO, desclassificar ou inhabilitar a LICITANTE, sem que a esta caiba direito a indenização ou reembolso de despesa a qualquer título, na hipótese de vir a tomar conhecimento de fato ou

circunstância que desabone sua idoneidade ou comprometa sua capacidade financeira, técnica, de produção ou administrativa.

20.7. A LICITANTE se obriga a comunicar à ARTESP, a qualquer tempo, qualquer fato ou circunstância superveniente que seja impeditivo das condições de habilitação ou classificação, ou que represente violação às condições de participação previstas no EDITAL, imediatamente após sua ocorrência.

20.8. Para dirimir quaisquer questões de-

correntes da LICITAÇÃO, não resolvidas na esfera

administrativa, será competente o Foro da Comarca da Capital do Estado de São Paulo.

2. Principais elementos que compõem o contrato

O anexo contém as descrições de alguns elementos que podem compor o contrato de parceria, em especial os de PPP, mas que poderão ser igualmente adotados em concessões comuns.

2.1. Duração do contrato

Os contratos de PPP, como previsto na lei 11.079/04, devem necessariamente possuir cláusulas estabelecendo prazo de vigência, que não pode ser inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação. A estipulação do prazo contratual deverá levar em conta a amortização dos investimentos a serem realizados, o vulto dos investimentos e, também, o interesse público.

Em relação às concessões comuns, apesar de a lei 8.987/95 não prever limite mínimo nem máximo para o prazo de vigência, todos os contratos devem contemplar obrigatoriamente tal cláusula.

Os contratos necessariamente devem constar o seu prazo e é possível, também, que abarquem pontos ligados à sua prorrogação, como visto nos exemplos abaixo. Essa prorrogação pode ser contemplada de maneira mais simplificada, como é possível ver no caso do contrato da Concessão da Rodovia Estadual MS-306.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306: prazo do contrato e possíveis prorrogações

3.1. O prazo da Concessão é de 30 (trinta) anos, contados a partir da Data da Assunção.

3.2. O presente Contrato poderá ser prorrogado, a exclusivo critério do Poder Concedente, por até 30 (trinta) anos, nas seguintes hipóteses:

(i) Pela presença do interesse público, devidamente justificado;

(ii) Em decorrência de caso fortuito ou força maior, devidamente comprovada;

(iii) Em decorrência de fato da administração ou fato de príncipe, devidamente comprovado;

(iv) Para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, quando exigidos pelo Poder Concedente novos investimentos ou serviços, não previstos no PER, ou em decorrência de sua alteração.

3.2.1. Os atos administrativos pertinentes à prorrogação do Contrato deverão ser adequadamente motivados pelo Poder Concedente, inclusive quanto ao prazo fixado, observada a legislação que rege a matéria.

3.2.2. O instrumento contratual de prorrogação deverá explicitar o respectivo prazo, as obras ou serviços a serem executados, os valores estimados e a Tarifa Básica de Pedágio a ser cobrada.

- PPP Complexo do Mineirão: prazo do contrato e possíveis prorrogações

6.1. O prazo de vigência do CONTRATO é de 27 (vinte e sete) anos, contados a partir da data de sua assinatura, condicionada sua eficácia à publicação no Diário Oficial do Estado de Minas Gerais.

6.2. O prazo de que trata o item anterior poderá ser prorrogado, até o prazo máximo de 35 (trinta e cinco) anos, de forma a assegurar a efetiva e adequada operação do COMPLEXO DO MINEIRÃO pela CONCESSIONÁRIA, respeitados os limites estabelecidos na legislação aplicável, bem como as hipóteses contempladas neste CONTRATO.

6.2.1. A eventual prorrogação do prazo do CONTRATO estará subordinada a razões de interesse público devidamente fundamentadas e à revisão das cláusulas e condições estipuladas neste CONTRATO.

6.2.2. A prorrogação poderá ocorrer por iniciativa da CONCESSIONÁRIA, desde que sua manifestação seja expressa, com antecedência mínima de 12 (doze) meses do termo final deste CONTRATO.

6.2.2.1. O requerimento de prorrogação deverá ser acompanhado dos comprovantes de regularidade e adimplemento das obrigações fiscais, previdenciárias e dos compro-

missos e encargos assumidos com os órgãos da Administração Pública, referentes à execução do OBJETO do CONTRATO, bem como de quaisquer outros encargos previstos nas normas legais e regulamentares então vigentes.

6.2.2.2. O PODER CONCEDENTE manifestar-se-á sobre o requerimento de prorrogação até o oitavo mês anterior ao término do prazo do CONTRATO.

6.2.2.3. Na análise do pedido de prorrogação, sem prejuízo do disposto no item 62.1, o PODER CONCEDENTE levará em consideração todas as informações sobre a execução do OBJETO, em especial o cumprimento do SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO, ANEXO VI, por parte da CONCESSIONÁRIA, conforme relatórios técnicos fundamentados, emitidos pela fiscalização do PODER CONCEDENTE, devendo aprovar ou rejeitar o pleito dentro do prazo previsto no item 6.2.2.2 acima.

2.2. Valor do contrato

O valor dos contratos de concessões e PPP deve ser calculado com base nos ativos da concessão ou nos recebíveis da futura concessão. Assim, poderá levar-se em consideração:

- (i) o valor total estimado de pagamentos a serem realizados pelo Poder Concedente;
- (ii) o valor total estimado de receitas da Concessionária durante todo o prazo da concessão;

(iii) o valor total dos investimentos a serem feitos pela Concessionária durante todo o prazo da concessão; ou

(iv) o valor dos ativos da concessão, em especial daqueles desenvolvidos e implantados em decorrência do contrato assinado.

É importante lembrar que no caso das contratações de PPP deve-se considerar a vedação à realização de contratações com valor inferior a R\$10.000.000,00 (dez milhões de reais). Além disso, o valor do contrato deverá ser expresso e pago na moeda corrente nacional, ressalvado o caso de concorrências de âmbito internacional.

Normalmente a cláusula de valor do contrato traz uma estimativa do valor a partir dos investimentos acordados e da outorga prevista. Outro exemplo, além dos dois abaixo, pode ser visto na cláusula 7.1 do contrato da PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul e da Concessão do Lote Rodoviário Piracicaba – Panorama.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: valor do contrato

7.1. O valor do Contrato é de R\$1.026.349.938,31 (um bilhão, vinte e seis milhões, trezentos e quarenta e nove mil, novecentos e trinta e oito Reais e trinta e um centavos), correspondente ao somatório estimado dos investimentos a serem efetuados pela SPE ao longo de vigência do Contrato.

- Concessão do Lote Rodoviário Piracicaba – Panorama: valor estimado do contrato

7.1. O VALOR ESTIMADO DO CONTRATO é de R\$ 13.715.971.739,30 (treze bilhões setecentos e quinze milhões novecentos e setenta e um mil setecentos e trinta e nove reais e trinta centavos) na data base de março de 2019.

7.2. O VALOR ESTIMADO DO CONTRATO possui fins meramente referenciais, não podendo ser tomado, por qualquer das PARTES, como base para a realização de recomposições do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO ou para qualquer outro fim que implique utilização do VALOR ESTIMADO DO CONTRATO, como parâmetro para indenizações, ressarcimentos e afins.

2.3. Financiamentos

A captação de financiamentos pela concessionária é fundamental para viabilizar contratos de longo prazo e alto valor, tais como os projetos de concessões e PPP. Para tanto, a legislação, em especial a lei 11.079/04, e os contratos comumente pontuam diretrizes sobre o tema.

A lei federal de concessões contém poucas disposições a respeito do financiamento da concessão. Todavia, a legislação autoriza as concessionárias, no artigo 28, a oferecerem os direitos emergentes da concessão em garantia do financiamento, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.

Já no contexto das PPP, a lei 11.079/04 traz importantes avanços sobre o tema. Nesse

sentido, foi estabelecido no artigo 24, que as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de projetos de PPP são estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). Outros pontos abarcados pela lei contemplam a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias do Poder Concedente e, por fim, a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

As cláusulas de financiamento costumam abarcar regras para a obtenção dos recursos financeiros que possibilitem o cumprimento do objeto contratual. Abaixo estão exemplos de cláusulas contratuais sobre o tema, sendo possível também encontrar outra construção contratual na cláusula 24 contrato de Concessão da Rodovia Estadual MS-306.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: possibilidade de financiamento das obrigações assumidas no contrato

16.1. A SPE é a única responsável pela obtenção dos recursos financeiros necessários à prestação dos Serviços de Esgotamento Sanitário.

16.2. A SPE poderá oferecer em garantia, nos contratos de financiamento, os direitos emergentes da Concessão Administrativa, até o limite que não comprometa a operacionalização e continuidade da prestação dos Serviços de Esgotamento Sanitário.

16.3. Para garantir contratos de mútuo de longo prazo, em qualquer de suas modalidades, destinados a investimentos relacionados ao Contrato, a SPE poderá ceder ao mutuante, mediante notificação formal à SANESUL, em caráter fiduciário, parcela de seus créditos operacionais futuros, observadas as condições do artigo 28-A da Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

16.4. Os acionistas da SPE poderão ceder aos mutuantes as ações da SPE de sua titularidade em garantia dos respectivos contratos de mútuo, independentemente de prévia anuência da SANESUL.

16.5. É admitida, ainda, a emissão de empenho em nome dos financiadores da SPE em relação às obrigações pecuniárias da SANESUL, em especial a obrigação de pagamento da Contraprestação.

16.6. Os financiadores da Concessão Administrativa terão legitimidade para receber as indenizações eventualmente devidas à SPE em razão de extinção antecipada do Contrato.

16.7. A SPE poderá, ainda, emitir obrigações, debêntures ou títulos financeiros similares que representem obrigações de sua responsabilidade, em favor de terceiros, para o financiamento das atividades decorrentes da Concessão Administrativa.

- PPP Complexo do Mineirão: possibilidade de financiamento das obrigações assumidas no contrato

17.1. A CONCESSIONÁRIA, caso neces-

sitar, será responsável pela obtenção, aplicação e gestão dos financiamentos necessários ao normal desenvolvimento da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, de modo que se cumpram, cabal e tempestivamente, todas as obrigações assumidas neste CONTRATO.

17.2. A CONCESSIONÁRIA não poderá alegar qualquer disposição, cláusula ou condição do(s) contrato(s) de financiamento porventura contratado(s), ou qualquer atraso no desembolso dos recursos, para se eximir, total ou parcialmente, das obrigações assumidas neste CONTRATO, cujos termos deverão ser de pleno conhecimento dos FINANCIADORES respectivos.

2.4. Reajustes

Os reajustes são definidos como a reposição da equivalência monetária de um preço previamente estipulado em um contrato. Trata-se, portanto, da aplicação de um índice monetário capaz de recompor o valor deteriorado com o decurso do tempo.

É recomendável que o contrato preveja o regramento específico incidente a cada valor ou receita pecuniária prevista, em especial, que os instrumentos contratuais estabeleçam a fórmula e o índice utilizado para o reajuste.

Nas PPPs, o reajuste incide tanto sobre as tarifas (se houver), quanto sobre a contraprestação pecuniária a cargo do Poder Público, o aporte de recursos e as demais receitas e pagamentos pecuniários envolvidos. Já nas con-

cessões, é responsabilidade do Poder Concedente homologar o reajuste e definir a forma como este será efetivado, cabendo à agência reguladora, caso existente, realizar o cálculo da nova tarifa.

Os contratos costumam prever cláusulas de reajuste da contraprestação pecuniária, exemplo abaixo da PPP da Rodovia MG-050. É possível que o reajuste esteja atrelado diretamente a um índice de inflação, como na Concessão da Rodovia Estadual MS-306, de reajuste da tarifa.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306: reajustes da Tarifa de Pedágio

16.1.3.1. A Tarifa de Pedágio terá o seu primeiro reajuste contratual na data do início da cobrança de pedágio, ainda que se inicie antecipadamente, nas condições previstas na Subcláusula 16.1.4.

16.1.3.2. A data-base para os reajustes seguintes da Tarifa de Pedágio será a data do primeiro reajuste, de forma que, nos anos posteriores, os reajustes da Tarifa de Pedágio serão realizados sempre no mesmo dia e mês em que foi realizado o primeiro reajuste.

16.1.3.3. A Tarifa de Pedágio será reajustada anualmente para incorporar a variação do IPCA, devendo ser calculada, para a categoria 1, pela seguinte fórmula:

$$\text{Tarifa de Pedágio}_i = \text{TCP} \times \text{Tarifa Básica de Pedágio} \times (\text{IRT})$$

Em que:

Tarifa de Pedágio: tarifa de pedágio a ser efetivamente cobrada dos usuários.

TCP: Trecho de Cobertura de Pedágio, correspondente a 73,200km, para as três praças de pedágio.

Tarifa Quilométrica: equivale ao valor de R\$ 0,11910/km (referenciado a setembro de 2017), atualizado de acordo com as revisões e reajustes previstos no Contrato.

IRT: Índice de reajustamento para atualização monetária do valor da Tarifa de Pedágio, conforme definido nas Disposições Iniciais do Contrato.

i. A alteração da localização das praças de pedágio não acarretará alteração nos multiplicadores do Trecho de Cobertura de Pedágio.

- PPP da Rodovia MG-050: reajuste da Contraprestação Pecuniária

36.1. O valor da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA será reajustado automaticamente, em periodicidade anual, exceto o primeiro reajustamento, de modo a refletir a inflação medida pelo IPCA-IBGE, de acordo com a seguinte fórmula:

$$CP_R = CP \times \frac{IPCA_i}{IPCA_0}$$

Onde:

CPR - é o valor da CP reajustada;

CP - é o valor da CP, em valores de dezembro de 2005, definida pela

proposta da Concessionária;

IPCA0 - é o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, relativo ao mês de outubro de 2005, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE;

IPCA i - é o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo, relativo ao segundo mês anterior ao da data de reajuste, calculado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.

36.2. Para fins do primeiro reajustamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, será utilizada a mesma fórmula acima, sendo o IPCAi relativo ao segundo mês anterior a data de início do pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA.

2.5. Concessionária (SPE)

Em contratos de parceria, a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico para explorar o objeto do contrato é usual, especialmente para conferir maior segurança jurídica

e segregar os riscos do negócio, que ficam restritos à execução daquele objeto determinado. Na hipótese de constituição da SPE pelo licitante ou consórcio vencedor, poderá ser adotada a forma de companhia aberta, com valores mobiliários admitidos à negociação no mercado e deverão ser respeitados padrões de governança corporativa e contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas.

A lei 11.079/04 estabelece, em seu artigo 9º, que em contratos de PPP o concessionário deve ser obrigatoriamente uma SPE, a ser constituída antes da celebração do contrato e com a finalidade exclusiva de operar a concessão. Apesar de não se tratar de providência obrigatória nas demais formas de parceria, recomenda-se que sempre se faça uma avaliação da realidade em que o projeto está inserido, a partir dos custos envolvidos, garantias e riscos, histórico do parceiro privado, se possível, entre outros fatores relevantes, para que se identifique a necessidade e pertinência de tal exigência no edital.

Especificamente acerca da capacidade financeira da SPE, garantias a serem ofertadas, características societárias, os contratos podem contemplar as seguintes disposições:

- (i) Previsão de patrimônio líquido mínimo e de capital social mínimo;
- (ii) Prazo para a integralização do capital;
- (iii) Não se admite o exercício de atividade distinta de seu objeto social;
- (iv) Poderá ceder em garantia os direitos decorrentes do contrato.

(v) Poderá deter participação em capitais não nacionais.

(vi) Deverá obedecer aos padrões de governança corporativa;

(vii) Adotar contabilidade de demonstrações financeiras padronizadas e

(viii) Regras para a alteração de seus documentos societários ou de sua composição acionária

Os contratos podem prever cláusulas acerca da concessionária e da SPE de diferentes formas. Além da possibilidade de previsão de maneira mais explícita, é possível diluí-la entre outras cláusulas, tal como no contrato da Concessão da Rodovia Estadual MS-306.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: sobre a SPE e o seu capital social

12.1. A SPE é uma sociedade anônima, de propósito específico, devendo sempre manter como único objeto a execução dos Serviços de Esgotamento Sanitário, bem como a exploração de fontes de Receitas Extraordinárias, no âmbito da Concessão Administrativa, conforme previsto no Contrato.

12.2. A SPE terá sua sede no Município de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul.

12.3. O prazo de duração da SPE deverá ser suficiente para o cumprimento de todas as obrigações decorrentes do Contrato, devendo corresponder a, no mínimo, o prazo de vigência deste Contrato acrescido de 180

(cento e oitenta) dias.

12.4. A constituição acionária da SPE deverá refletir, no momento da assinatura do Contrato, os mesmos percentuais de participação das empresas integrantes do consórcio na data de apresentação de sua Proposta Comercial ou, no caso de licitante isolada, a SPE deverá ser sua subsidiária integral.

12.5. O estatuto social da SPE deverá ser apresentado à SANESUL antes da assinatura do Contrato conforme disposto no item 17.8 do Edital.

12.6. O Capital Social Mínimo, subscrito e integralizado da SPE, deverá ser igual a, no mínimo, 15% (quinze) por cento do valor estimado dos investimentos a serem realizados nos 10 (dez) primeiros anos deste Contrato, sendo que:

12.6.1. Na data da assinatura do Contrato, o Capital Social integralizado da SPE deverá corresponder a pelo menos 30% (trinta por cento) do Capital Social Mínimo.

12.6.2. Até o término do 2º (segundo) ano deste Contrato, a SPE deverá comprovar a integralização de, pelo menos, mais 20% (vinte por cento) do Capital Social Mínimo.

12.6.3. Os 50% (cinquenta por cento) restantes do Capital Social Mínimo poderão ser integralizados pela SPE ao longo dos demais anos, porém nunca após o 10º (décimo) ano deste Contrato, e desde que a SPE comprove, anualmente, a integralização de pelo menos mais 5% (cinco por cento) do Capital Social Mínimo.

12.6.4. Assim que a SPE concluir o ciclo de investimentos previstos para os primeiros 10 (dez) anos do Contrato e atingir as metas de universalização previstas para esse período neste Contrato e em seus Anexos, a SPE poderá reduzir o seu Capital Social Mínimo até o patamar de 5% (cinco) por cento do valor dos investimentos a serem realizados nos 10 (dez) primeiros anos do Contrato, desde que previamente autorizada pela SANESUL.

12.7. A integralização do capital social da SPE poderá realizar-se em dinheiro e em bens e/ou créditos, sendo que, nesta última hipótese, a avaliação observará a Lei Federal nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976.

- PPP Iluminação Pública do Município de Belo Horizonte: estrutura jurídica e operacional da SPE

CAPÍTULO IV – ESTRUTURA JURÍDICA E OPERACIONAL DA SPE

29. COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA

29.1. A CONCESSIONÁRIA deverá comunicar imediatamente ao PODER CONCEDENTE as alterações na sua composição societária descrita no ANEXO 2, existente à época da assinatura do CONTRATO, apresentando inclusive os documentos constitutivos e posteriores alterações, respeitadas as obrigações definidas no CONTRATO referentes à transferência do controle da CONCESSIONÁRIA.

29.2. Qualquer transferência no controle da CONCESSIONÁRIA deverá ser previamente autorizada pelo PODER CONCEDENTE

nos termos da lei e, ressalvada a hipótese de assunção do controle pelos financiadores da CONCESSIONÁRIA, descrita na Cláusula 31, somente poderá ocorrer após 5 (cinco) anos contados da assinatura do CONTRATO, ressalvada a hipótese de insolvência iminente por parte da CONCESSIONÁRIA, desde que tal insolvência seja devidamente fundamentada.

30. CAPITAL SOCIAL

30.1. Sob pena de caducidade, nos termos da Cláusula 53 abaixo, a CONCESSIONÁRIA deverá comprovar, até a data prevista na Cláusula 14.3.1, um capital social integralizado de R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais).

30.2. O capital social integralizado poderá ser reduzido para fins de restituição aos sócios mediante demonstração do seu excesso pela CONCESSIONÁRIA e prévia aprovação pelo PODER CONCEDENTE.

2.5.1 Transferência do controle da Concessionária e alterações societárias

Conforme determinam os artigos 9º, §1º, da lei nº 11.079/04 e 27 da lei 8.987/95, a transferência do controle da concessionária estará condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital e do contrato. Tal autorização está vinculada ao cumprimento do disposto no parágrafo primeiro do artigo 27 da lei 8.987/95, segundo o qual o novo con-

cessionário deverá atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do contrato, além de comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

Nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.946/DF, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, ainda, que a transferência da concessão ou do controle societário não pode resultar de conluio para a transmissão da posição contratual a um concorrente, bem como não restar configurado quaisquer indícios de cartelização.

O contrato deverá, ainda, contemplar a regra para a realização de alterações societárias da concessionária, o que se mostra especialmente relevante nos contratos de longo prazo.

Nesse ponto, é fundamental a diferenciação entre as alterações societárias que dependem de prévia anuência do Poder Concedente para serem autorizadas, como as que envolvem a transferência do controle da concessionária, e aquelas que apenas demandam comunicação ao contratante.

É fundamental que se tenha em mente, também, a lei das sociedades por ações (lei 6.404/76), especificamente o artigo 116, que prevê os deveres do acionista controlador. Tal legislação especifica que o acionista controlador é o titular de direitos de sócio que lhe asseguram a maioria dos votos nas deliberações, além do poder de eleger a maioria dos administradores da companhia. Em relação aos deveres, o acionista controlador deve garantir

que a companhia realize o seu objeto e cumpra sua função social. Assim, ele tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os funcionários da companhia e toda a comunidade em que ela atua.

É válido retomar, por fim, que nem toda transferência de controle configura alienação do controle, de modo que é preciso ter um olhar para o controle efetivo, direto ou indireto, da companhia, sendo que só é possível garantir a ocorrência de alienação de controle quando há a troca de controle efetiva entre pessoas físicas ou jurídicas.

Dada a sua importância para a execução e cumprimento do contrato, a transferência do controle é uma cláusula comum em contratos de parceria, que estabelece as condições e os pré-requisitos que podem ensejar tal mudança. Cita-se como exemplo de cláusula de transferência de controle a da Concessão da Rodovia Estadual MS-306 e de alterações na composição societária a da PPP Hospital do Subúrbio da Bahia.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306: transferência do controle

23.1. Além de outras hipóteses que venham a configurar alteração de controle societário, as seguintes operações caracterizam-se como alteração de controle societário:

23.1.1. Qualquer mudança, direta ou indireta, no controle ou grupo de controle que possa implicar alteração do quadro de pessoas que exercem a efetiva gestão dos negócios da Concessionária;

23.1.2. Quando a Controladora deixar de deter, direta ou indiretamente, a maioria do capital votante da Concessionária;

23.1.3. Quando a Controladora, mediante acordo, contrato ou qualquer outro instrumento, cede, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, a terceiros, poderes para condução efetiva das atividades sociais ou de funcionamento da Concessionária; e,

23.1.4. Quando a Controladora se retira, direta ou indiretamente, do controle societário da Concessionária.

23.2. Em qualquer hipótese, a transferência da titularidade do controle societário da Concessionária está condicionada à prévia autorização da SEINFRA, sob pena de caducidade da Concessão, conforme disposto na Lei Federal n.º 8.987/95 e na Lei Estadual n.º 1.776/97.

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: alterações na composição societária

21.1. A Concessionária deve comunicar imediatamente à SESAB as alterações na sua composição societária descrita no Anexo 7, existente à época de assinatura do Contrato, inclusive quanto aos documentos constitutivos e posteriores alterações, respeitadas as obrigações definidas no Contrato referentes à transferência do controle da Concessionária.

21.1.1. Qualquer transferência no controle da Concessionária deverá ser previamente autorizada pela SESAB nos termos da lei e, ressalvada a hipótese de assunção do con-

trole pelos financiadores, descrita na cláusula 22 abaixo, não poderá ocorrer em período inferior a 2 (dois) anos após a data da assinatura do Contrato.

2.6. Contratações com terceiros

O artigo 31 da lei 8.987/95 estabelece que a contratação de terceiros pela concessionária é regida pela legislação privada e trabalhista. Logo, não há qualquer tipo de vínculo entre o terceiro contratado e o Poder Concedente, à medida que a subcontratação se dá sob conta e risco da concessionária. O parceiro privado tem a faculdade de optar pela contratação com terceiros, portanto, sendo que possíveis regramentos de eventuais subcontratações ou outras contratações dessa natureza devem ser amparadas e justificadas pelo interesse público.

As cláusulas de contratação de terceiros são, usualmente, bastante parecidas, seguindo um caminho semelhante para regulamentar tal atuação, conforme se verifica dos exemplos abaixo.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: contratos com terceiros

28.1. Sem prejuízo de suas responsabilidades, a SPE poderá prestar serviços relevantes para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares aos Serviços de Esgotamento Sanitário, bem como a implantação de projetos associados, desde que não ultrapassem o prazo da Concessão Administrativa e que não afe-

tem a qualidade da prestação dos Serviços de Esgotamento Sanitário.

28.2. O fato da contratação de terceiros ser de conhecimento da SANESUL não poderá ser alegado pela SPE para eximir-se do cumprimento, total ou parcial, de suas obrigações decorrentes deste Contrato e seus Anexos, ou justificar qualquer atraso ou inadimplemento.

28.3. Os contratos firmados entre a SPE e terceiros se regerão pelas normas de direito privado, não estabelecendo nenhuma relação de qualquer natureza entre os terceiros e a SANESUL.

28.4. A SPE deverá exigir dos terceiros contratados a comprovação de regularidade dos recolhimentos fiscais e previdenciários, bem como do cumprimento das obrigações trabalhistas, mantendo tais documentos sob sua guarda e responsabilidade.

28.5. Fica vedada a contratação de pessoas jurídicas ou físicas que estejam cumprindo pena de suspensão temporária de participação em licitação e/ou impedimento de contratar com a SANESUL, bem como aquelas declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública.

- PPP Rodovia MG- 050: contratos com terceiros

49.1. Sem prejuízo de suas responsabilidades e dos riscos previstos neste Contrato, a Concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à

CONCESSÃO PATROCINADA, bem como a implantação de projetos associados, desde que previamente autorizada pela SETOP e respeitado o prazo da CONCESSÃO PATROCINADA.

49.1.1. A execução das atividades contratadas pela Concessionária com terceiros pressupõe o cumprimento das normas legais, regulamentares e contratuais da CONCESSÃO PATROCINADA.

49.2. A Concessionária deverá, obrigatoriamente, solicitar autorização da SETOP previamente à contratação de terceiros para a prestação de serviços relevantes para o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, tais como a elaboração de projetos, a manutenção, a conservação e a construção, ou a modificação dos contratos previstos na Proposta.

49.2.1. O fato de o contrato celebrado com terceiros ter sido de conhecimento da SETOP não poderá ser alegado pela Concessionária para eximir-se do cumprimento, total ou parcial, de suas obrigações decorrentes da CONCESSÃO PATROCINADA, ou justificar qualquer atraso ou modificação nos custos e investimentos constantes da proposta.

49.3. Os contratos de prestação de serviços, celebrados entre a Concessionária e terceiros, reger-se-ão pelas normas de direito privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros envolvidos e a SETOP.

49.4. A Concessionária responderá, ainda, pelos prejuízos causados pelas entidades por ela contratadas para o desenvolvimento das atividades compreendidas na CONCESSÃO PATROCINADA.

49.5. Constituirá especial dever da Concessionária prover e exigir, de qualquer entidade com quem venha a contratar, que sejam promovidas as medidas necessárias para salvaguardar a integridade física dos usuários e dos cidadãos afetos à CONCESSÃO PATROCINADA, devendo-se, ainda, cumprir e zelar pelo cumprimento das normas de higiene e segurança em vigor.

2.7. Fiscalização

A fiscalização é, simultaneamente, um dos principais poderes e deveres do Poder Concedente. Como visto no item 7.1. do presente manual, o objetivo é garantir que a concessionária cumpra suas obrigações e, em casos de descumprimento, realize as devidas correções ou sofra as penalizações previstas.

A fiscalização tem adquirido ainda mais importância, tendo em vista a presença cada vez maior de metas e parâmetros de desempenho nos contratos, razão pela qual é estabelecida de maneira ampla, abrangendo tanto os serviços prestados e as obras realizadas, quanto o próprio funcionamento da SPE.

Dada a sua relevância, a fiscalização é regulada e prevista em diferentes diplomas normativos. No âmbito da lei 8.987/95, o artigo 3º prevê que as concessões e as permissões

estão sujeitas à fiscalização por parte do Poder Concedente com a cooperação dos usuários. Além disso, o artigo 30 garante que o Poder Concedente, no exercício da fiscalização, poderá acessar dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

No que tange às PPP, o artigo 15 da lei federal coloca como competência de Ministérios e agências reguladoras o acompanhamento e fiscalização dos contratos de parceria público-privada nas suas respectivas áreas de competência.

Já no contexto de Mato Grosso do Sul, a lei 5.829/2022 engloba regulamentações semelhantes: o artigo 39, estabelece que os órgãos e as entidades finalísticas responsáveis pela gestão e pela fiscalização dos contratos de parceria devem zelar pelo bom cumprimento das obrigações contratuais, podendo solicitar ao EPE auxílio para avaliação sobre aspectos técnicos e econômico-financeiros relacionados à execução do contrato.

Por fim, é fundamental que as consequências da fiscalização, tal como a aplicação de multas e sanções estejam previstas e disciplinadas no contrato, de modo a limitar a discricionariedade da Administração Pública.

É comum que a cláusula de fiscalização envolva a agência reguladora do setor do objeto do contrato, quando existente. É esse o caso dos exemplos abaixo, em que a AGEMS fiscaliza o contrato da Concessão da Rodovia Estadual MS-306 e a ARTESP a Concessão do Lote Rodoviário Piracicaba – Panorama.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306: fiscalização pela AGEPAN

13.1. Os poderes de fiscalização da execução do Contrato serão exercidos pela AGEPAN, diretamente ou mediante convênio, que terá, no exercício de suas atribuições, livre acesso, em qualquer época, aos dados relativos à administração, à contabilidade e aos recursos técnicos, econômicos e financeiros pertinentes à Concessão, assim como aos Bens Reversíveis.

13.2. Os órgãos de fiscalização e controle da AGEPAN são responsáveis pela supervisão, inspeção e auditoria do Contrato, bem como pela avaliação do desempenho da Concessionária, que poderão ser realizadas a qualquer tempo, de forma direta ou com o apoio de terceiros, mediante convênios e contratos voltados ao suporte das atividades de fiscalização da Concessão.

13.3. As determinações que vierem a ser emitidas no âmbito das fiscalizações previstas serão imediatamente aplicáveis e vincularão a Concessionária, sem prejuízo do recurso eventualmente cabível.

13.4. A fiscalização da AGEPAN anotará, em termo próprio para o registro de ocorrências, as ocorrências apuradas nas fiscalizações, encaminhando-o formalmente à Concessionária para regularização das faltas ou defeitos verificados.

13.4.1. A não regularização das faltas ou defeitos indicados no termo próprio para o registro de ocorrências, nos prazos regula-

mentares, configura infração contratual e ensejará a lavratura de auto de infração.

13.4.2. A violação, pela Concessionária, de preceito legal, contratual ou de portaria da AGEPAN implicará na lavratura do devido auto de infração.

13.4.3. Caso a Concessionária não cumpra determinações da AGEPAN no âmbito da fiscalização, assistirá a esta a faculdade de proceder à correção da situação, diretamente ou por intermédio de terceiro, correndo os custos por conta da Concessionária.

13.5. A Concessionária será obrigada a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, as obras e serviços pertinentes à Concessão em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes de execução ou de materiais empregados, nos prazos que forem fixados pela AGEPAN.

13.5.1. A AGEPAN poderá exigir que a Concessionária apresente um plano de ação visando reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir qualquer obra ou serviço prestado de maneira viciada, defeituosa ou incorreta pertinente à Concessão, em prazo a ser estabelecido pela AGEPAN.

13.6. A AGEPAN vistoriará, periodicamente, o Sistema Rodoviário, para o fim de verificar seu constante estado, de forma a garantir que estará nas condições adequadas e previstas no Contrato e no PER quando de sua reversão ao Poder Concedente.

13.7. A AGEPAN realizará, até 1 (um) ano antes do encerramento do Prazo da Conces-

são, uma fiscalização detalhada específica para:

13.7.1. Avaliar a condição dos Bens Reversíveis, inclusive em relação ao cumprimento dos Parâmetros de Desempenho definidos no PER; e,

13.7.2. Avaliar a condição do pavimento de cada um dos subtrechos do Sistema Rodoviário, a fim de determinar se os Parâmetros de Desempenho estão sendo mantidos.

*- Concessão do Lote Rodoviário Piracicaba
- Panorama: fiscalização pela ARTESP*

36.1. A ARTESP exercerá ampla e completa fiscalização sobre este CONTRATO, o cumprimento das obrigações nele estabelecidas, bem como sobre a SPE, tendo, no exercício da fiscalização, livre acesso, em qualquer época, às áreas, instalações e locais referentes à CONCESSÃO, aos livros e documentos relativos à CONCESSIONÁRIA, bem como a livros, registros e documentos relacionados às atividades e serviços abrangidos pela CONCESSÃO, aos dados relativos à administração, à contabilidade e aos recursos técnicos, econômicos e financeiros da CONCESSIONÁRIA, podendo solicitar esclarecimentos ou modificações, caso entenda haver desconformidades com as obrigações previstas no contrato, em especial quanto ao cumprimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO e parâmetros de qualidade estabelecidos neste CONTRATO e seus ANEXOS.

36.1.1. A CONCESSIONÁRIA deverá prestar, no prazo que lhe for estabelecido, os esclarecimentos que lhe forem formalmente solicitados.

36.2. As determinações pertinentes aos serviços em que se verifiquem vícios, defeitos e/ou incorreções, que vierem a ser emitidas no âmbito da fiscalização, serão imediatamente aplicáveis e vincularão a CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo das demais consequências contratualmente previstas e das disposições sobre solução de controvérsias estabelecidas neste CONTRATO.

36.2.1. Para controle das autuações, procedimentos e processos administrativos instaurados pela ARTESP no âmbito de suas atividades fiscalizatórias, a CONCESSIONÁRIA deverá desenvolver, instalar e manter sistema digital específico, acessível pela ARTESP e pelos FINANCIADORES conforme o regramento contratual.

36.3. A fiscalização da ARTESP observará o regramento constante do ANEXO 11 deste CONTRATO quanto aos procedimentos e penalidades cabíveis no âmbito da fiscalização da CONCESSÃO.

2.8. Remuneração do Parceiro Privado

Nas concessões e PPP, a concessionária é remunerada pelas receitas recebidas pela execução do objeto do contrato, podendo corresponder: (i) apenas à contraprestação paga pelo

Poder Concedente (concessão administrativa); (ii) ao recebimento de tarifa dos usuários acrescidas da contraprestação pública (concessões patrocinadas); ou (iii) apenas às tarifas pagas pelos usuários (concessão comum).

Quando previsto no edital e no contrato, os pagamentos de PPP podem ainda compreender aporte de recursos.

Nos projetos em que exista a cobrança de tarifas – concessões comuns e patrocinadas – a Administração Pública deve fixar o modelo tarifário e buscar a menor tarifa inicial, sempre tendo como diretriz a ideia de modicidade tarifária, que se coaduna, também, com a previsão do artigo 13 da lei 8.987/95, que prevê a possibilidade de tarifas diferenciadas para atender diferentes segmentos de usuários. Assim, com o objetivo de ampliar o acesso da população ao serviço ou regular a utilização de bens escassos envolvidos na prestação, é viável que se tenha uma tarifação extrafiscal, por meio de, respectivamente, tarifas sociais ou tarifas regulatórias. Ademais, a política tarifária deve ter em consideração as gratuidades ou os descontos estabelecidos em lei.

Ainda no âmbito da política tarifária, os contratos devem disciplinar e definir a escolha sobre o custo médio ou marginal, bem como os critérios de avaliação de investimento e o modelo de reajuste do valor do contrato. Os contratos devem estabelecer, ainda, o mecanismo de pagamento pelos usuários, levando em conta a forma de prestação dos serviços e o uso dele pelos usuários.

Em relação ao pagamento da contraprestação por parte do Poder Concedente – presente nas concessões administrativas e patrocinadas – é possível que o valor seja vinculado ao desempenho da concessionária. Isto é, a remuneração varia de acordo com o desempenho verificado a partir de métricas estabelecidas em contrato. Assim, há um interessante incentivo para que a concessionária realize uma boa execução do contrato e de suas obrigações. Importante notar que tal mecanismo depende de um acompanhamento rigoroso por parte do Poder Público ou de um verificador independente contratado. O pagamento por desempenho pode ser utilizado, também, em concessões comuns, caso seja pertinente.

O uso do mecanismo de remuneração variável exige que o contrato estabeleça: (i) indicadores de desempenho e critérios objetivos e claros de verificação do desempenho da Concessionária; (ii) ferramentas de fiscalização e aferição dos indicadores; e (iii) critérios de incidência dos indicadores de desempenho no cálculo da contraprestação ou da tarifa.

Alguns exemplos de cláusulas de remuneração do parceiro privado podem ser vistos abaixo, sempre ressaltando que tal item contratual irá variar de acordo com o critério previsto em edital e no próprio contrato.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: contraprestação paga pelo Poder Concedente.

17.1. Em virtude da prestação dos Serviços de Esgotamento Sanitário, a SPE fará jus, durante todo o período de vigência da Con-

cessão Administrativa, ao recebimento da Contraprestação a ser paga pela SANESUL.

17.2. A Contraprestação será preservada pelas regras de reajuste e revisão previstas na Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e na Lei federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, bem como no Contrato, com a finalidade de assegurar às Partes, durante todo o prazo da Concessão Administrativa, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

17.3. A Contraprestação será calculada mensalmente de acordo com a seguinte fórmula:

$$CP = 0,7 \times \left(Pu \times VAF \times \frac{EEF}{EAF} \right) + 0,3 \times \left(Pu \times VAF \times \frac{EEF}{EAF} \right) \times DE (...)$$

- PPP Rodovia MG-050: tarifas pagas pelos usuários acrescidas da Contraprestação mensal paga pelo Poder Concedente mediante critério de desempenho da Concessionária

35.1. Além da cobrança da TARIFA DE PEDÁGIO, conforme previsto na Cláusula 1867 deste Edital, a Concessionária fará jus ao recebimento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, proporcionalmente ao seu desempenho, conforme indicado pela NOTA DO QID.

35.1.1. A CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA é o valor a ser pago mensalmente pela SETOP à Concessionária, nas condições previstas no Contrato, para assegurar à Concessionária as condições necessárias para a prestação do serviço aos usuários da

rodovia, atendendo às CONDIÇÕES OPERACIONAIS MÍNIMAS DA RODOVIA, às INTERVENÇÕES OBRIGATÓRIAS, às atividades de OPERAÇÃO DA RODOVIA e de Conservação da Rodovia, conforme indicado no Anexo VI do Edital, e aos indicadores constantes do QID.

35.1.2. O valor da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA é aquele indicado na PROPOSTA ECONÔMICA da Concessionária.

35.2. O valor da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA a ser pago a cada mês à Concessionária poderá ser inferior ao valor indicado na PROPOSTA ECONÔMICA em razão do não cumprimento integral dos índices constantes do QID, conforme resultar da aferição feita pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE.

35.3. A aferição dos índices do QID será feita mensalmente pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE, utilizando sistema especialmente desenvolvido para este fim.

2.9. Mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro

O contrato de concessão ou de PPP deve prever o mecanismo de reequilíbrio econômico-financeiro que será utilizado para readequar o contrato. Trata-se de importante mecanismo que pode prever tanto o canal do reequilíbrio por fluxo de caixa marginal, quanto a via do reequilíbrio por compensação pela taxa interna de retorno. Tais ferramentas são aprofundadas no item 7.3.2 do presente manual.

Mais recentemente os contratos de concessão têm optado por cláusulas de reequilíbrio por fluxo de caixa marginal anual, como pode ser visto no exemplo abaixo, da concessão da Rodovia Estadual MS-306. Em contratos mais antigos, como no segundo exemplo, da concessão Sistema Rodoviário Anhanguera-Bandeirantes, a opção era pelo reequilíbrio por Compensação pela TIR.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306:
Cláusula 21ª do Contrato: reequilíbrio por fluxo de caixa marginal anual.

20.1. Cabimento da Recomposição

20.1.1. Sempre que atendidas as condições do Contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

20.1.2. A Concessionária somente poderá solicitar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses previstas na Subcláusula 19.2.

20.1.3. A AGEPAN poderá efetuar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando cabível nos termos da lei e nas hipóteses previstas neste Contrato.

20.3. Meios para a Recomposição

20.3.1. Ao final do procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, caso a recomposição tenha sido julgada cabível, a AGEPAN deverá adotar, a seu exclusivo critério, uma ou mais formas de recomposição que julgar adequadas, incluindo, mas não se limitando a:

20.3.1.1. Aumento ou redução do valor da Tarifa Básica de Pedágio;

20.3.1.2. Ampliação ou redução do valor de Outorga Fixa Anual;

20.3.1.3. Pagamento à Concessionária, pelo Poder Concedente, de valor correspondente aos investimentos, custos ou despesas adicionais com os quais tenham concorrido ou de valor equivalente à perda de receita efetivamente advinda, levando-se em consideração os efeitos calculados dentro do próprio Fluxo de Caixa Marginal;

20.3.1.4. Modificação de obrigações contratuais da Concessionária; ou,

20.3.1.5. Estabelecimento ou remoção de cabines de bloqueio, bem como alteração da localização de praças de pedágio.

20.3.2. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro poderá ocorrer, também, mediante prorrogação deste Contrato.

20.5. Fluxo de Caixa Marginal

20.5.1. O processo de recomposição será sempre realizado de forma que seja nulo o valor presente líquido do Fluxo de Caixa Marginal projetado em razão do evento que ensejou a recomposição.

20.5.2. Ao final do Prazo da Concessão, caso a última revisão do Fluxo de Caixa Marginal revele resultado favorável à Concessionária, a AGEPAN poderá:

20.5.2.1. Imputar encargos adicionais à Concessionária de forma que os respectivos dis-

pêndios anulem o valor presente líquido do Fluxo de Caixa Marginal; ou,

20.5.2.2. Reter valores pagos pela Concessionária, a exemplo da Garantia de Execução do Contrato, até que esses valores anulem o valor presente líquido do Fluxo de Caixa Marginal.

20.5.3. Ao final do Prazo da Concessão, caso a última revisão do Fluxo de Caixa Marginal revele resultado desfavorável à Concessionária, a AGEPAN deverá recompor o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato para proporcionar receitas adicionais à Concessionária, de forma a anular o valor presente líquido do Fluxo de Caixa Marginal.

20.5.4. O disposto nas Subcláusulas 20.5.2.1 e 20.5.2.2 poderá ser aplicado também para eventual reversão de resultado favorável à Concessionária decorrente da aplicação do reequilíbrio do Contrato.

- Concessão Sistema Rodoviário Anhangueira-Bandeirantes: reequilíbrio por Compensação pela Taxa Interna de Retorno (TIR)

25 1. As PARTES terão direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, quando este for afetado, nos seguintes casos:

I. Modificação unilateral, imposta pelo CONTRATANTE ou pelo PODER CONCEDENTE nas condições do CONTRATO desde que, em resultado direto dessa modificação, verifique-se para a CONCESSIONÁRIA uma significativa alteração dos custos ou da receita, para mais ou para menos.

II. Ocorrência de casos de força maior, nos termos previstos na Cláusula 51.

III. Ocorrência de eventos excepcionais, causadores de significativas modificações no mercado financeiro e cambial, que impliquem alterações substanciais nos pressupostos adotados na elaboração das PROJEÇÕES FINANCEIRAS, para mais ou para menos.

IV. Alterações legais de caráter específico que tenham impacto significativo e direto sobre as receitas ou sobre os custos dos serviços pertinentes às atividades abrangidas pela CONCESSÃO, para mais ou para menos.

25.2. Sempre que haja direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, essa recomposição será implementada tomando como base os efeitos dos fatos que lhe deram causa na forma como foram considerados nas PROJEÇÕES FINANCEIRAS.

25.3. Sempre que se deva fazer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, pela ocorrência dos fatos definidos no item 25.1. essa recomposição poderá ter lugar, caso não haja acordo entre as PARTES, pela forma que for escolhida pelo CONTRATANTE e aprovada pelo PODER CONCEDENTE através das seguintes modalidades:

I. Prorrogação ou redução do prazo de CONCESSÃO;

II. Revisão extraordinária da tarifa de pedágio;

III. Uma combinação das modalidades anteriores.

25.4. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, efetuada nos termos desta Cláusula será relativamente ao fato que lhe deu causa, única, completa e final para todo o prazo da CONCESSÃO.

25.5. A CONCESSIONÁRIA para pleitear a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO deverá apresentar ao CONTRATANTE requerimento fundamentado, justificado a ocorrência de qualquer fato que possa caracterizar o desequilíbrio.

25.6. Sempre que venha a ocorrer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, as PROJEÇÕES FINANCEIRAS serão ajustadas para refletir a situação após essa recomposição.

2.10. Alocação de riscos

Como já citado, os contratos devem exprimir a alocação de riscos entre as partes, estando sempre em conformidade com a matriz de riscos – que comumente está anexa ao contrato. A previsão contratual dos riscos e sua divisão entre o Poder Concedente e concessionária são importantes fatores para a uma estruturação eficiente dos contratos de concessão. A análise pormenorizada desta importante previsão contratual está contemplada no item 4.3.6. do presente manual.

Os riscos costumam estar abarcados na matriz de riscos, que variam conforme o setor do pro-

jeto, características da concessão específica, valores envolvidos, complexidade técnica, entre outros. Abaixo, é possível ver exemplos de cláusulas que abarcam os principais riscos de alguns importantes setores da infraestrutura.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: alocação de riscos de um projeto de saneamento básico

20.1. Os riscos decorrentes da execução da Concessão Administrativa serão compartilhados pela SANESUL e pela SPE, consoante as disposições da presente Cláusula.

20.2. Desde que não incidentes as situações previstas na Subcláusula 20.3, a SPE é responsável por todos os riscos decorrentes da prestação dos Serviços de Esgotamento Sanitário, dentre eles:

20.2.1. Variação na demanda decorrente do crescimento ou não da população, bem como do adensamento populacional distinto do previsto;

20.2.2. Passivos ambientais, cíveis, trabalhistas e fiscais decorrentes de atos ou fatos ocorridos depois da emissão da Ordem de Serviço;

20.2.3. Prejuízos decorrentes de falha na segurança no local de realização das obras de responsabilidade da SPE;

20.2.4. Prejuízos a terceiros causados direta ou indiretamente pela SPE ou por qualquer outra pessoa física ou jurídica a ela vinculada, em decorrência de obras de sua responsabilidade ou da prestação dos Serviços de

Esgotamento Sanitário;

20.2.5. Atraso na conclusão das obras de responsabilidade da SPE por motivos imputáveis a esta última; (...)

20.3. Os riscos a seguir listados serão suportados pela SANESUL, sendo que a ocorrência de qualquer dos fatos previstos nesta cláusula ensejará o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, bem como isentarão a SPE da aplicação de penalidades e da incidência de descontos na Contraprestação nas situações em que houver relação entre tal ocorrência e o desequilíbrio econômico-financeiro e/ou o eventual não atingimento das Metas e dos Indicadores de Desempenho:

20.3.1. Problemas na prestação dos serviços e perdas de receita decorrentes de atraso no atingimento das datas estabelecidas na Tabela 7, item 6.3 do Termo de Referência;

20.3.2. Entrega de Obras de Responsabilidade da SANESUL em desconformidade;

20.3.3. Modificação unilateral do Contrato pela SANESUL;

20.3.4. Retomada dos serviços por quaisquer dos Municípios Atendidos pela SANESUL durante o prazo de vigência deste Contrato;

20.3.5. Erros ou omissões nas obras de responsabilidade da SANESUL;

20.3.6. Custos ou passivos decorrentes da entrega dos Bens Reversíveis sem as providências de ordem ambiental exigidas como

condição para a celebração do Termo de Entrega dos Bens; (...)

20.4. Resguardado o disposto nas Subcláusulas 20.2 e 20.3, a ocorrência de situações de força maior e caso fortuito é considerada como de risco compartilhado, da seguinte forma:

20.4.1. A SPE assume o risco pela ocorrência de eventos de força maior ou caso fortuito, quando a sua cobertura for aceita por instituições seguradoras no mercado brasileiro há pelo menos 2 (dois) anos anteriores à época da ocorrência do evento, até o limite de apólices comercialmente aceitáveis e oferecidas por pelo menos duas empresas do ramo;

20.4.2. Nenhuma das Partes será considerada inadimplente se o cumprimento de obrigações tiver sido impedido por qualquer caso de força maior ou caso fortuito não seguráveis, nos termos deste Contrato e do item anterior, devendo comunicar no prazo máximo de 48 (quarenta e oito horas) à outra Parte a ocorrência de qualquer evento dessa natureza.

20.4.3. Salvo se a SANESUL fornecer outras instruções por escrito, a SPE continuará cumprindo suas obrigações decorrentes do Contrato, na medida do razoavelmente possível, e procurará, por todos os meios disponíveis, cumprir aquelas obrigações não impedidas pelo evento de força maior ou caso fortuito, cabendo à SANESUL, da mesma forma, cumprir as suas obrigações não impedidas pelo evento de força maior ou caso fortuito.

- Concessão do Lote Rodoviário Piracicaba – Panorama: alocação de riscos de um projeto rodoviário

19.1. A CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à operação e execução dos serviços previstos no objeto deste CONTRATO, excetuados unicamente aqueles em que o contrário resulte expressamente deste CONTRATO e incluindo os principais riscos relacionados a seguir:

i. A aprovação ou a apresentação, conforme o caso, junto à ARTESP, dos projetos necessários à realização dos investimentos que se façam necessários para a perfeita exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO, nos termos do ANEXO 7 e APÊNDICE J; ii. A obtenção das aprovações e das Licenças Ambientais, bem como os prazos e custos envolvidos com o processo, nos limites estabelecidos no CONTRATO, salvo caso sejam exigidos (i) novos investimentos em ampliações principais ou obras de arte especiais (OAEs) não previstas no EVTE ou (ii) métodos construtivos não convencionais, sendo que para este último observar-se-á o disposto na cláusula 21.2.6;

iii. A obtenção de autorizações, licenças e/ou permissões a serem emitidas por autoridades administrativas, exigidas para execução das atividades previstas no objeto da CONCESSÃO e cuja obtenção seja de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA, nos termos deste CONTRATO, bem como os prazos e custos envolvidos com o processo;

iv. A realização das obras e investimentos previstos neste CONTRATO para a viabilização da exploração do SISTEMA RODOVIÁRIO; (...)

19.2. Sem prejuízo de outros riscos expressamente assumidos pelo PODER CONCEDENTE em outras Cláusulas deste CONTRATO, o PODER CONCEDENTE assume os seguintes riscos relacionados à CONCESSÃO:

i. Decisões judiciais ou administrativas que impeçam ou impossibilitem a CONCESSIONÁRIA de prestar os serviços, exceto nos casos em que a CONCESSIONÁRIA tiver dado causa à decisão ou na hipótese de haver previsão neste CONTRATO que alocue o risco associado à CONCESSIONÁRIA;

ii. Atrasos ou inexecução das obrigações da CONCESSIONÁRIA causados pela demora ou omissão do PODER CONCEDENTE ou da ARTESP na realização das atividades e obrigações a eles atribuídas neste CONTRATO;

iii. Fatores imprevisíveis, fatores previsíveis de consequências incalculáveis, caso fortuito ou força maior que, em condições normais de mercado, não possam ser objeto de cobertura de seguro oferecido no Brasil e, à época da materialização do risco, este não seja segurável há pelo menos 2 (dois) anos no mercado brasileiro, por pelo menos duas empresas seguradoras, ou com relação à parcela que supere média dos valores indenizáveis por apólices normalmente praticados no mercado, independentemente de

a CONCESSIONÁRIA as ter contratado, nos termos da subcláusula 19.1, xxx;

iv. Passivos e/ou irregularidades ambientais não conhecidos pelas PARTES, e não relacionados na Listagem de Condicionantes, Passivos e Condicionantes ambientais constante do ANEXO 2 e APÊNDICE B, nem dela decorrente, cujo fato gerador tenha se materializado antes da celebração do TERMO DE TRANSFERÊNCIA INICIAL, se relativo ao SISTEMA EXISTENTE, e antes da celebração do TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA REMANESCENTE, se relativo ao SISTEMA REMANESCENTE; (...)

- Concessão do Aeroporto Internacional de Guarulhos: alocação de riscos de um projeto aeroportuário

5.2. Constituem riscos suportados exclusivamente pelo Poder Concedente, que poderão ensejar Revisão Extraordinária, nos termos deste contrato:

5.2.1. mudanças no Projeto Básico por solicitação da ANAC ou de outras entidades públicas, salvo se tais mudanças decorrerem da não-conformidade do Projeto Básico com a legislação em vigor ou com as informações contidas no PEA;

5.2.2. mudanças nas especificações dos serviços em decorrência de novas exigências de procedimentos de segurança por solicitação da ANAC ou decorrentes de nova legislação

ou regulamentação públicas brasileiras;

5.2.3. restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de entes públicos, exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária;

5.2.4. atrasos na liberação do acesso ao local das obras ou impossibilidade de imissão na posse por fatos não imputáveis à Concessionária e que gerem prejuízos a ela; (...)

5.3. Salvo os riscos expressamente alocados ao Poder Concedente no Contrato, a Concessionária é exclusiva e integralmente responsável por todos os demais riscos relacionados a presente Concessão.

5.4. Observado o disposto no item 5.3, constituem riscos suportados exclusivamente pela Concessionária:

5.4.1. aumentos de preço nos insumos para a execução das obras, salvo aqueles que decorram diretamente de mudanças tributárias, nos termos do item 5.2.7;

5.4.2. investimentos, custos ou despesas adicionais decorrentes da elevação dos custos operacionais e de compra ou manutenção dos equipamentos;

5.4.3. não efetivação da demanda projetada ou sua redução por qualquer motivo, inclusive se decorrer da implantação de novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora da área de influência do Aeroporto, com exceção apenas do disposto no item 5.2.3;

5.4.4. estimativa incorreta do custo dos investimentos a serem realizados pela Concessionária;

2.11. Plano de seguros

Como forma de mitigar e cobrir eventuais efeitos advindos dos riscos inerentes ao objeto do contrato, é comum que os contratos exijam a contratação e a manutenção de uma companhia seguradora e a apresentação, pela concessionária, de um plano de seguros, que abarque os seguros contratados, as indenizações e apólices previstas, a extensão da cobertura e a vigência do seguro. Por fim, é interessante que o contrato estipule o Poder Concedente como cossegurado nas apólices de seguro, além de estabelecer a destinação das indenizações dos sinistros à reposição ou recuperação do bem sinistrado.

É comum que os contratos tragam cláusulas detalhando os valores dos seguros, bem como o que o seguro abrange, conforme cláusulas abaixo.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: contratação de seguros pela SPE

22.1. Anteriormente à assunção dos Sistemas de Esgotamento Sanitário, a SPE deverá contratar as seguintes apólices de seguro:

22.1.1. Seguro de riscos operacionais, para cobertura dos riscos de danos patrimoniais aos Sistemas de Esgotamento Sanitário na fase de operação, com importância segurada equivalente ao valor de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de Reais), com vigência de 12 (doze) meses, renovável, sucessivamente, por igual período, por todo o prazo da Concessão Administrativa;

22.1.2. Seguro de responsabilidade civil geral por danos pessoais e patrimoniais causados a terceiros na fase de operação, com vigência de 12 (doze) meses, renovável, sucessivamente, por igual período, por todo o prazo da Concessão Administrativa, com valor de cobertura de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de Reais). 22.2. Anteriormente ao início de cada uma das obras nos Sistemas de Esgotamento Sanitário, a SPE deverá contratar as seguintes apólices de seguro:

22.2.1. Seguro de riscos de engenharia, para cobertura de todos os riscos de danos patrimoniais na fase de construção, instalação e montagem, com importância segurada equivalente a 100% (cem por cento) do valor total da obra que será iniciada, compreendendo mão-de-obra, materiais e equipamentos, o qual terá vigência correspondente a todo o período de duração dos investimentos;

22.2.2. Seguro de responsabilidade civil por danos pessoais e patrimoniais causados a terceiros, decorrentes de obras civis e serviços de montagem e instalação e/ou montagem de máquinas e equipamentos, o qual terá vigência correspondente a todo o período de duração das obras e valor de cobertura correspondente a 20% (vinte por cento) do somatório dos investimentos feitos até o ano anterior, sendo no mínimo de R\$25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de Reais).

22.3. A SPE assume a responsabilidade pela abrangência ou omissões decorrentes da realização dos seguros, sendo também res-

ponsável pelo pagamento integral da franquia na hipótese de ocorrência do sinistro.

22.4. Todos os seguros deverão ter como beneficiários a SPE e a SANESUL, de acordo com sua característica, finalidade e a titularidade dos bens envolvidos, devendo seu cancelamento, suspensão ou substituição ser previamente aprovado pela SANESUL, conforme previsto nesta Cláusula.

22.4.1. As apólices de seguros poderão estabelecer, adicionalmente, como beneficiária da indenização, a instituição financeira credora da SPE.

22.5. Nenhuma obra ou serviço poderá ter início sem que a SPE apresente à SANESUL comprovação de que as apólices dos seguros exigidos na presente cláusula encontram-se em vigor.

22.6. Com exceção dos seguros de riscos de engenharia e de responsabilidade civil decorrente das obras que deverão ser mantidos durante o prazo da execução das obras,

todos os seguros deverão ser mantidos durante todo o prazo da Concessão Administrativa, seja por meio de renovações periódicas ou por substituição por novas apólices.

22.7. A SPE deverá encaminhar à SANESUL, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias de seu vencimento, a comprovação de que as apólices dos seguros foram renovadas ou da possibilidade de emissão de novas apólices.

22.8. Caso a SPE não comprove a renovação das apólices no prazo acima, a SANESUL poderá, sem prejuízo da aplicação das penalidades cabíveis, contratar os seguros em seu lugar e cobrar da SPE o valor total do prêmio, podendo deduzir o custo desta contratação da Contraprestação.

22.8.1. A SANESUL não terá qualquer responsabilidade caso opte por não contratar o seguro.

- PPP Rodovia MG-050: plano de seguros

45.6. A Concessionária fará e manterá em vigor os seguintes seguros:

I – Seguro de Danos Materiais, compreendendo:

a) Seguro de Riscos de Engenharia para as obras civis e/ou instalação e montagem necessárias, que não tenham caráter de manutenção e conservação, bem como as consequências financeiras do atraso no início da cobrança do pedágio e da interrupção da exploração da rodovia, sempre que esse atraso ou interrupção seja resultante de perda, destruição ou danos cobertos por este seguro de dano material;

b) Seguro de Riscos de Operações de Concessões Rodoviárias, compreendendo:

1. Danos Materiais cobrindo a perda, destruição ou dano em todos os bens que integram a CONCESSÃO PATROCINADA;

2. Perda de Receita cobrindo as consequências financeiras do atraso no início da cobrança do pedágio e da interrupção da

exploração da rodovia, sempre que esse atraso ou interrupção seja resultante de perda, destruição ou dano coberto pelo seguro de dano material previsto acima.

II – Responsabilidade Civil Geral, compreendendo:

a) Seguro de Responsabilidade Civil Geral e de Veículos, na base de ocorrência, cobrindo a Concessionária e a SETOP, bem como seus administradores, empregados, funcionários, prepostos ou delegados, pelos montantes com que possam ser responsabilizados a título de danos materiais, pessoais e morais, custas processuais e quaisquer outros encargos relacionados a danos pessoais, morais ou materiais, decorrentes das atividades abrangidas pela CONCESSÃO PATROCINADA.

2.12. Garantia da execução do contrato pela Concessionária

A garantia de execução do contrato pela concessionária tem a finalidade de proteger os interesses do Poder Concedente ao facilitar a execução de multas e demais penalidades eventualmente aplicadas ao concessionário.

Em projetos de PPP, o contrato deve prever a prestação de garantias de execução, pelo parceiro privado, suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, conforme estabelece o artigo 5º, inciso VIII da lei 11.079/04 e observados os limites impostos pelos artigos 98 e 99 da lei 14.133/21, que são: (i) nas contratações

de obras serviços e fornecimentos, de até 5% do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10%, desde que justificada mediante análise da complexidade técnica; (ii) nas contratações de serviços e fornecimentos contínuos com vigência superior a um ano, assim como nas subseqüentes prorrogações, será utilizado o valor anual do contrato para definição e aplicação dos percentuais previstos no item anterior; (iii) nas contratações de obras serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no artigo 102, equivalente a até 30% do valor inicial do contrato. O artigo 102 da referida lei estabelece que nesse tipo de contratação, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato.

No que se refere às concessões patrocinadas, o artigo 18, inciso XV da lei 8.987/95 estabelece que o edital de licitação deverá conter, nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra. A obrigatoriedade de prestação de garantia pelo parceiro privado também está prevista no artigo 23, parágrafo único, inciso II, que estabelece como cláusulas essenciais do

contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública, a exigência de garantia do fiel cumprimento, pelo concessionário, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

Nesse contexto, a garantia de execução é uma cláusula fundamental aos contratos de parcerias, destinando-se à indenização, ao ressarcimento de custos e a despesas incorridas em casos de eventuais inadimplementos das obrigações assumidas pelo concessionário. É comum que a garantia seja executada, também, para o pagamento de multas e outros valores devidos pelo concessionário.

Os contratos comumente estabelecem um plano de garantias e especificam as garantias que podem ser prestadas, como, por exemplo da fiança bancária, seguro-garantia, caução em dinheiro ou títulos da dívida pública. É comum, ainda, que seja exigido o rating (verificação do perfil de crédito) da entidade garantidora.

Outro ponto fundamental a ser abarcado pelo contrato toca no prazo e na forma de renovação da garantia. Há a possibilidade de que o valor das garantias e seus prazos variem de acordo com as necessidades e características de cada fase de execução contratual. Nos casos de execução das garantias prestadas pelo parceiro privado, é necessário que o contrato assegure a possibilidade de reconstituição das garantias prestadas em valores e qualidade equivalentes às originalmente existentes.

As cláusulas de garantia de execução do contrato costumam abarcar o valor das garantias – comumente em uma tabela que conjuga,

igualmente, o prazo e o respectivo valor – e itens detalhando os meios possíveis que poderão ser dados em garantia. Outro exemplo, além dos que estão abaixo, pode ser visto na cláusula 23 do contrato da PPP de saneamento básico de Mato Grosso do Sul.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306: garantia do cumprimento das obrigações

10.1.A Concessionária deverá manter, em favor do Poder Concedente, como garantia do fiel cumprimento das obrigações contratuais, a Garantia de Execução do Contrato nos montantes indicados na tabela abaixo:

Prazo	Valor
Do 1º ao 5º Ano de vigência da Concessão	R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de Reais)
Do 6º ao 25º Ano de vigência da Concessão	R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de Reais)
Do 26º ao 30º ano da Concessão .	R\$ 40.000.000,00 (quarenta milhões de Reais)

10.1.1. A redução do valor da Garantia de Execução do Contrato está condicionada ao cumprimento das Obras de Melhorias Operacionais e das Obras de Ampliação de Capacidade previstas no PER.

10.1.2. Caso as Obras de Melhorias Operacionais e as Obras de Ampliação de Capacidade descritas no PER não sejam concluídas, o valor da Garantia de Execução do Contrato definido deverá se manter inalterado até a entrega definitiva das respectivas obras.

10.1.3. A Garantia de Execução do Contrato será reajustada anualmente, com o mesmo Índice de reajuste da Tarifa Básica de Pedágio.

10.2.O reajuste terá por data-base a data de assinatura do Contrato.

10.3.A Concessionária permanecerá responsável pelo cumprimento das obrigações contratuais, incluindo o pagamento de eventuais multas e indenizações, independentemente da utilização da Garantia de Execução do Contrato.

10.4.A Garantia de Execução do Contrato, a critério da Concessionária, poderá ser prestada em uma das seguintes modalidades:

10.4.1. Caução, em dinheiro ou títulos da dívida pública federal;

10.4.2. Fiança bancária, na forma do modelo que integra o Anexo 3; ou,

10.4.3. Seguro-garantia cuja apólice deve observar, no mínimo, o conteúdo do Anexo 4.

10.5. As cartas de fiança e as apólices de seguro-garantia deverão ter vigência mínima de 1 (um) ano, a contar da data de sua emissão, sendo de inteira responsabilidade da Concessionária mantê-las em plena vigência e de forma ininterrupta durante todo o Prazo da Concessão, devendo, para tanto, promover as renovações e atualizações que forem necessárias com o mínimo de 30 (trinta) dias antes do vencimento das garantias.

10.5.1. Qualquer modificação no conteúdo da carta de fiança ou no seguro garantia deve ser previamente submetida à aprovação da AGEPAN.

10.5.2. A Concessionária deverá encaminhar à AGEPAN, na forma da regulamentação vigente, documento comprobatório de que as cartas de fiança bancária ou apólices dos seguros-garantia foram renovadas e tiveram seus valores reajustados na forma da Subcláusula 10.1.3.

10.6. Sem prejuízo das demais hipóteses previstas no Contrato e na regulamentação vigente, a Garantia de Execução do Contrato poderá ser utilizada nos seguintes casos:

10.6.1. Quando a Concessionária não realizar as obrigações de investimentos previstas no PER ou as intervenções necessárias ao atendimento dos Parâmetros de Desempenho, dos Parâmetros Técnicos, ou executá-las em desconformidade com o estabelecido;

10.6.2. Quando a Concessionária não proceder ao pagamento das multas que lhe forem aplicadas, na forma do Contrato e de regulamentos da AGEPAN;

10.6.3. Nos casos de devolução de Bens Reversíveis em desconformidade com as exigências estabelecidas no Contrato, incluindo, mas não se limitando, ao cumprimento do PER, dos Parâmetros de Desempenho e demais exigências estabelecidas pela AGEPAN; ou,

10.6.4. Quando a Concessionária não efetuar, no prazo devido, o pagamento da verba AGEPAN, da verba de segurança no trânsito, do encargo UCPPP e da Outorga Fixa Anual conforme previsto no Contrato, bem

como de quaisquer indenizações ou outras obrigações pecuniárias de responsabilidade da Concessionária, relacionadas à Concessão.

10.7. A Garantia de Execução do Contrato também poderá ser executada sempre que a Concessionária não adotar providências para sanar inadimplemento de obrigação legal, contratual ou regulamentar, sem qualquer outra formalidade além do envio de notificação pela AGEPAN, na forma da regulamentação vigente, o que não eximirá a Concessionária das responsabilidades que lhe são atribuídas pelo Contrato.

10.8. Sempre que a AGEPAN utilizar a Garantia de Execução do Contrato, a Concessionária deverá proceder à reposição do seu montante integral, no prazo de 10 (dez) dias úteis a contar da data de sua utilização, sendo que, durante este prazo, a Concessionária não estará eximida das responsabilidades que lhe são atribuídas pelo Contrato.

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: garantia do cumprimento das obrigações

19.1. A Concessionária deverá manter, em favor da SESAB, como garantia do fiel cumprimento das obrigações contratuais, Garantia de Execução do Contrato no montante de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) para o primeiro ano do Prazo da Concessão e no montante de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) para os demais anos do Prazo da Concessão.

19.1.1. A Garantia de Execução do Contrato será reajustada anualmente, na mesma data dos reajustes da Contraprestação Anual Máxima, de acordo com a fórmula: Garantia de Execução do Contrato x IRCP.

19.2. A Concessionária permanecerá responsável pelo cumprimento das obrigações contratuais, incluindo o pagamento de eventuais multas e indenizações, independentemente da utilização da Garantia de Execução do Contrato.

19.3. A Garantia de Execução do Contrato, a critério da Concessionária, poderá ser prestada em uma das seguintes modalidades:

(i) Caução, em dinheiro ou títulos da dívida pública federal;

(ii) Fiança bancária, na forma do modelo que integra o Anexo 5;

(iii) Seguro-garantia, cuja apólice deve observar, no mínimo, o conteúdo do Anexo 6; ou

(iv) Letras do Tesouro Nacional – LTN, Letras Financeiras do Tesouro - LFT, Notas do Tesouro Nacional – série C – NTN-C ou Notas do Tesouro Nacional – série B – NTN-B, ou títulos da dívida pública federal que venham a substituí-los no decorrer do Prazo da Concessão.

2.13. Regime de bens da concessão

O regime dos bens utilizados na concessão deve ser apresentado no edital e no contrato de parceria, especificando o regime patrimonial envolvido na concessão, dado que este pode ser dividido em três classes de bens: (i) bens de domínio público e que são transferidos para a posse da concessionária, sem se tornarem bens do privado; (ii) bens que são adquiridos pela concessionária no curso da concessão, mas que, por serem imprescindíveis ao serviço público, são tratados como bem público e, ao fim da concessão, serão revertidos ao patrimônio do Poder Concedente; e (iii) bens privados da concessionária e que, por não serem imprescindíveis ao serviço concedido, não são reversíveis.

A regulação dos bens reversíveis é fundamental para o bom funcionamento de um projeto de parceria. Tanto o é, que a lei 8.987/95 estabelece serem obrigatórias as cláusulas relativas ao tema tanto no edital (artigo 18, inciso X), quanto nos contratos (artigo 23, inciso X). Recomenda-se, por conseguinte, que essas cláusulas abranjam, sobretudo, as características e condições que os bens serão postos à disposição caso extinta a concessão.

No âmbito da lei de PPP, os bens reversíveis também encontram amparo, no artigo 5º, inciso X, por exemplo, que estabelece a realização de vistorias dos bens reversíveis, prevendo, inclusive, a possibilidade de retenção de pagamentos para a reparação de vícios ou insuficiências. Outro ponto abarcado, no ar-

tigo 6º, §2º, diz respeito ao uso de aporte de recursos em favor do parceiro privado com o objetivo de possibilitar a realização de obras e a aquisição de bens reversíveis. Ainda nessa seara, o artigo 6º, §5º prevê que, em caso de extinção do contrato, tais bens objetos de aportes não poderão ser indenizados.

Vale ressaltar, ainda, que esses bens objetos de aportes são caracterizados como públicos. O artigo 6º, inciso IV traz uma ferramenta parecida, possibilitando que o Poder Concedente outorgue os direitos sobre bens públicos dominicais como forma de contraprestação. Assim, os bens passam a integrar o acervo da concessionária, porém, não se tornam bens integrantes do seu patrimônio, devendo retornar ao Poder Concedente ao final do contrato.

Abaixo é possível conferir exemplos de cláusulas que versam de maneira detalhada e qualificada acerca dos bens da concessão:

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: bens da concessão

4.1. Integram a Concessão as edificações componentes da Unidade Hospitalar, já existentes

e que venham a ser construídas no Prazo da Concessão, bem como todo o mobiliário, equipamentos e demais bens essenciais à prestação dos serviços de gestão e operação hospitalar.

4.1.1. Os equipamentos e mobiliário médico-hospitalares utilizados na prestação dos serviços concedidos e que serão considerados como Bens da Concessão, deverão, no

mínimo, atender às especificações referidas no Anexo 2.

4.1.2. Os quantitativos destes equipamentos e mobiliário, previstos no Apêndice 2 do Anexo 2, são mínimos, cabendo à Concessionária dimensionar a quantidade de equipamentos necessária para executar os serviços nas condições exigidas neste Contrato.

4.1.3. Todos os equipamentos e mobiliário médico-hospitalares referidos nesta cláusula deverão ser novos e adquiridos para primeira utilização pela Concessionária. 4.1.3.1. Sem prejuízo do disposto nesta subcláusula, admitir-se-á excepcionalmente que, nos primeiros 180 (cento e oitenta) dias contados a partir do início da operação da Unidade Hospitalar, os equipamentos médico-hospitalares utilizados pela Concessionária sejam usados, com no máximo 3 (três) anos de uso, desde que em perfeitas condições de funcionamento.

4.1.3.2. Ao final do período referido na subcláusula anterior, os equipamentos usados deverão ser substituídos por novos para o cumprimento integral da subcláusula 4.1.3.

4.1.3.3. Para a aquisição dos equipamentos médico-hospitalares referidos nesta cláusula, será admitida a contratação por meio de arrendamento mercantil (leasing), desde que o contrato contenha cláusula de sub-rogação à SESAB e lhe assegure, neste caso, a reversão sem ônus do bem ao final do Contrato.

4.1.4. Uma vez transcorrida a vida útil dos Bens da Concessão, conforme prevista no Apêndice 1 do Anexo 2, a Concessionária deverá proceder à sua imediata substituição por bem de qualidade igual ou superior, observada a obrigatoriedade de continuidade da prestação dos serviços da Concessão e a necessidade de atualização tecnológica, conforme o procedimento previsto da subcláusula 4.1.7.

4.1.5. A Concessionária declara ter pleno e inequívoco conhecimento da relação de equipamentos e de todas as suas especificações, conforme disposto no Anexo 2, sendo sua responsabilidade a aquisição, instalação, operação e manutenção desses equipamentos.

4.1.6. Será igualmente de responsabilidade da Concessionária a realização de pequenas obras de adequação relacionadas à instalação dos equipamentos médico-hospitalares que integram a Concessão, bem como de outras intervenções ou obras de adequação que a Concessionária considere necessária para a execução dos serviços concedidos, desde que previamente aprovados pela SE-SAB.

4.1.7. A substituição de qualquer equipamento ou especificação referida no Anexo 2 deverá ser previamente autorizada pela SE-SAB, mediante apreciação de requerimento formal apresentado pela Concessionária, que deverá ser instruído com a justificativa da alteração pretendida e os meios que comprovem a sua adequação aos indicativos e

especificações dos serviços, referidos no Anexo 3.

- Concessão Complexo do Mineirão: bens integrantes da concessão e bens de domínio público

8.1. *Integram a CONCESSÃO PATROCINADA:*

I – Todos os equipamentos, máquinas, aparelhos, acessórios e, de modo geral, todos os demais bens vinculados à exploração e manutenção do sistema existente, transferidos à CONCESSIONÁRIA, conforme listagem constante do Termo de Entrega do Sistema Existente; e

II – Os bens adquiridos pela Concessionária, ao longo de todo o prazo da CONCESSÃO PATROCINADA, que sejam utilizados para a exploração do sistema rodoviário.

8.2. A Concessionária obriga-se a manter em bom estado de funcionamento, conservação e segurança, e às suas expensas, os bens que integram a CONCESSÃO PATROCINADA, durante a vigência do Contrato, efetuando para tanto as reparações, renovações e adaptações necessárias ao bom desempenho do serviço, nos termos previstos neste Contrato.

8.3. A Concessionária somente poderá alienar os bens que integram a CONCESSÃO PATROCINADA mediante prévia autorização da SETOP, e desde que proceda à sua imediata substituição por outros em condições de operacionalidade e funcionamento idênticas ou superiores aos substituídos.

8.3.1. Qualquer alienação de bens relacionados diretamente com à prestação do serviço objeto deste Contrato, realizada pela Concessionária nos últimos 5 (cinco) anos do prazo final da CONCESSÃO PATROCINADA, deverá ser prévia e expressamente autorizada pela SETOP, com a consequente revisão do PLANO DE NEGÓCIOS DA RODOVIA especialmente solicitada pela Concessionária para esse fim.

9.1. Os bens do sistema rodoviário, incluindo os bens imóveis adquiridos pela Concessionária, por qualquer forma, necessários à prestação do serviço e à execução de obras necessárias para atender as CONDIÇÕES MÍNIMAS DE OPERAÇÃO DA RODOVIA e as INTERVENÇÕES OBRIGATÓRIAS indicadas no Anexo VI do Edital, e aos indicadores constantes do QUADRO DE INDICADORES DE DESEMPENHO, afetados em decorrência de sua destinação especial de utilização pelos usuários, por se tratar de bens fora de comércio, não poderão ser, a nenhum título, cedidos, alienados ou onerados, nem arrendados, alugados ou dados em comodato ou, de qualquer modo, ser permitida a sua ocupação, arresto, penhora ou qualquer providência dessa mesma natureza, exceto no caso de bem móvel e equipamento quando oferecido em garantia de financiamento à sua aquisição.

2.13.1 Bens vinculados à concessão e bens reversíveis

Os editais e contratos de concessão devem apresentar tratamento para bens vinculados à concessão e para os bens reversíveis. Os bens vinculados à concessão são todos os bens utilizados pela concessionária na execução do contrato, englobando tanto os bens de domínio da concessionária, quanto aqueles de domínio do Poder Concedente. Tais bens devem ser integralmente depreciados e amortizados pela concessionária durante a concessão.

Já os bens reversíveis, por sua vez, são espécie de bens vinculados, mas como são considerados essenciais à continuidade dos serviços objeto da concessão, serão revertidos ao Poder Concedente ao término do contrato. Portanto, é fundamental que não se olhe para os bens reversíveis pelo prisma patrimonial, visto que tal tratamento tende a obrigar o Poder Público a indenizar a concessionária. O tratamento deve abarcar a ideia de utilidade pública, ou seja, bens que são fundamentais ao objeto do contrato deverão ser revertidos ao término do contrato.

Os contratos devem estabelecer cláusulas sobre os bens reversíveis, indicando-os, bem como suas características e condições em que serão colocados à disposição do contratado. Outro ponto que deverá ser abarcado no contrato se refere à hipótese de encerramento antecipado do contrato e necessária regulação dessa situação, caso venha a ocorrer.

Abaixo é possível conferir exemplos de cláusulas que versam sobre a reversão de bens

propriamente dita, destrinchando regras e procedimentos para esses bens. Outro exemplo pode ser visto na cláusula 34 do Concessão da Rodovia Estadual MS-306.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: bens reversíveis da concessão

9.1. Os Bens Reversíveis são aqueles diretamente vinculados à execução do objeto do Contrato e que, ao final da Concessão Administrativa, reverterão à SANESUL, nos termos ora pactuados.

9.2. Integram a Concessão Administrativa todos os Bens Reversíveis necessários à prestação dos Serviços de Esgotamento Sanitário, que incluem:

9.2.1. Os bens entregues pela SANESUL na data de emissão da Ordem de Serviço, listados no Anexo VII (Bens Reversíveis Existentes) do Edital e objeto do Termo de Entrega de Bens Reversíveis;

9.2.2. As Obras de Responsabilidade da SANESUL que venham a ser transferidas à SPE pela SANESUL durante a execução da Concessão Administrativa, objeto do respectivo Termo de Entrega de Bens Reversíveis;

9.2.3. Os bens que, após a emissão da Ordem de Serviço, venham a ser construídos ou adquiridos pela SPE.

9.3. A SANESUL obriga-se a entregar todos os Bens Reversíveis integrantes dos Sistemas de Esgotamento Sanitário livres e desembaraçados de ônus ou encargos que

possam comprometer ou inviabilizar a sua regular utilização pela SPE.

9.3.1. É de responsabilidade da SANESUL garantir que os contratos celebrados entre ela e terceiros relativos à prestação dos Serviços de Esgotamento Sanitário na Área da Concessão Administrativa ou que guardem relação com os Bens Reversíveis, especialmente de operação ou manutenção desses bens, sejam rescindidos anteriormente à emissão da Ordem de Serviço, não sendo assumida pela SPE qualquer responsabilidade quanto as obrigações ou pagamento de valores decorrentes desses contratos e de sua extinção.

9.4. A SPE obriga-se a manter em bom estado de funcionamento, conservação e segurança, às suas expensas, todos os Bens Reversíveis durante toda a vigência do Contrato.

9.5. Os bens da SPE que não estejam afetos à Concessão Administrativa e, portanto, não sejam considerados como essenciais à execução dos Serviços de Esgotamento Sanitário, poderão ser por ela onerados ou alienados, desde que tal onerosidade ou alienação não afete a qualidade dos Serviços de Esgotamento Sanitário prestados e não cause a diminuição das condições econômicas, técnicas ou operacionais da SPE.

9.6. Todos os Bens Reversíveis ou investimentos neles realizados deverão ser integralmente amortizados pela SPE no prazo da Concessão Administrativa, nos termos do artigo 2º, inciso III, da Lei federal nº 8.987,

de 13 de fevereiro de 1995.

9.7. Os Bens Reversíveis retornarão à SANESUL ao fim do Contrato, conforme as hipóteses e nas condições especificadas neste instrumento.

9.8. Os Bens Reversíveis considerados obsoletos ou inservíveis poderão ser alienados pela SPE, desde que (i) a Sanesul seja previamente comunicada, (ii) não afete a qualidade dos Serviços de Esgotamento Sanitário prestados e (iii) referidos bens sejam substituídos por outros sem prejuízo do perfeito funcionamento dos Sistemas de Esgotamento Sanitário e do cumprimento integral da Concessionária de todas as obrigações estabelecidas por este Contrato.

- Concessão Aeroporto Internacional de Guarulhos: bens reversíveis

14.1. Com o advento do termo do Contrato de Concessão, reverterão à União todos os bens e instalações vinculados à Exploração Aeroportuária, nos termos dos itens 2.40 e 2.41 deste Contrato.

14.2. Os bens revertidos à União deverão estar em condições adequadas de conservação e funcionamento, para permitir a continuidade dos serviços que eram objeto da Concessão, pelo prazo mínimo adicional de 24 meses, salvo nos casos excepcionais quando tiverem vida útil menor.

14.2.1. A Concessionária fica obrigada a manter inventário atualizado de todos os bens reversíveis da concessão, contendo informações sobre o seu estado de conserva-

ção, e disponibilizar, a qualquer tempo, para eventuais consultas e fiscalizações do Poder Concedente.

14.3. A Concessionária fica obrigada a solicitar autorização do Poder Concedente sempre que pretender se desfazer de bens considerados reversíveis.

2.13.2. Reversão dos bens da concessão

O ponto principal da reversão dos bens da concessão é a garantia das boas condições, físicas, financeiras e obrigacionais dos bens envolvidos, de modo a possibilitar a continuidade dos serviços. Pode ser previsto contratualmente direito à indenização para o Poder Concedente caso a concessionária não possibilite a reversão dos bens de acordo com as condições estabelecidas. No âmbito de Mato Grosso do Sul, é competência do EPE auxiliar as entidades responsáveis pela implementação dos projetos na reversão de bens e ativos das concessões.

A cláusula que versa sobre a reversão dos bens da concessão nem sempre está presente nos contratos, entretanto, de modo a garantir uma boa relação no longo prazo e evitar intercorrências ao final do contrato, é interessante que exista essa previsão, conforme exemplos abaixo.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: reversão de bens da concessão

40.1. *Extinta a Concessão Administrativa, retornam automaticamente à SANESUL os Bens Reversíveis, nas condições estabelecidas no Contrato.*

40.2. *Para os fins previstos na Subcláusula 40.1, obriga-se a SPE a reverter à SANESUL os Bens Reversíveis livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos, devendo estar em condições normais de operacionalidade, utilização e manutenção, ressalvado o normal desgaste resultante do seu uso e operação.*

40.3. *Em qualquer caso de extinção da Concessão Administrativa, a SPE deverá elaborar um inventário completo de todos os bens vinculados à Concessão Administrativa, observadas as normas contábeis vigentes, e entregá-lo à SANESUL no prazo a ser acordado entre as Partes, realizando a reversão dos bens conforme a regulamentação da SANESUL.*

40.4. *Até 6 (seis) meses antes da extinção da Concessão Administrativa por advento do termo, a SPE deverá promover, em conjunto com equipes técnicas da SANESUL, o cumprimento da Subcláusula 40.3.*

40.5. *Nas demais hipóteses de extinção da Concessão Administrativa, em até 15 (quinze) dias contados da notificação enviada pela SPE à SANESUL, será promovida uma vistoria prévia dos Bens Reversíveis pela SPE e pela SANESUL e elaborado o Termo de Reversão dos Bens Reversíveis, com a indicação do seu estado de conservação, o qual deverá ser assinado pela SPE e SANE-*

SUL.

40.6. *Na hipótese de omissão da SANESUL em relação à realização da vistoria e/ou à emissão do Termo de Reversão dos Bens Reversíveis acima citado, ter-se-ão como revertidos os Bens Reversíveis no 16º (décimo sexto) dia seguinte à notificação encaminhada pela SPE à SANESUL indicando tal reversão.*

40.7. *Caso os Bens Reversíveis não se encontrem em condições adequadas quando de sua devolução conforme previsto nesta Cláusula, a SPE deverá indenizar a SANESUL, no montante a ser calculado pelas Partes, conferindo-se a ampla defesa e participação da SPE.*

40.8. *Para fins de recebimento da indenização, a SANESUL poderá, ainda, reter os pagamentos ainda devidos à SPE ou executar a Garantia de Execução do Contrato.*

40.9. *Caso o montante da Garantia de Execução do Contrato seja insuficiente para atender o cumprimento da obrigação prevista na Subcláusula 40.8, a SANESUL poderá descontar seus créditos do valor da indenização devida à SPE, por força da extinção da Concessão Administrativa.*

- PPP Rodovia MG-050: reversão de bens da concessão

58.1. *Extinta a CONCESSÃO PATROCINADA, retornam ao Poder Concedente os bens reversíveis, direitos e privilégios vinculados à exploração do sistema rodoviário, transferidos à Concessionária, ou por ela implanta-*

dos, no âmbito da CONCESSÃO PATROCINADA.

58.2. A reversão será gratuita e automática, com os bens em perfeitas condições de operacionalidade, utilização e manutenção e livres de quaisquer ônus ou encargos.

58.3. Caso a reversão dos bens não ocorra nas condições estabelecidas nesta cláusula, a Concessionária indenizará o Poder Concedente, podendo a SETOP lançar mão do seguro-garantia específico estipulado no Anexo VII deste Contrato.

58.4. A Concessionária terá direito à indenização correspondente ao saldo não amortizado de bens não previstos na PROPOSTA ECONÔMICA, cuja aquisição tenha sido autorizada pela SETOP, nos últimos 5 (cinco) anos de vigência deste Contrato.

58.5. Um ano antes da extinção da CONCESSÃO PATROCINADA será formada uma Comissão composta pela SETOP, pela fiscalização do DER-MG, pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE e pela Concessionária, tendo por finalidade proceder à inspeção do sistema rodoviário.

58.5.1. O VERIFICADOR INDEPENDENTE elaborará o Relatório de Vistoria e definirá com a aprovação das partes, os parâmetros 138 que nortearão a devolução do sistema rodoviário.

58.5.2. O Relatório de Vistoria retratará a situação do sistema rodoviário e poderá propor a sua aceitação ou a necessidade de correções, antes de sua devolução ao Poder

Concedente.

58.5.3. As eventuais correções serão efetivadas em prazos pré-estipulados pela SETOP e acarretarão nova vistoria, após a conclusão dos serviços.

58.6. Extinta a CONCESSÃO PATROCINADA, a Comissão referida no item 58.5 procederá à vistoria dos bens a serem revertidos, para verificar seu estado de conservação e manutenção, lavrando-se, no prazo de 30 (trinta) dias, o Termo Provisório de devolução do Sistema Rodoviário.

58.7. O Termo Definitivo de Devolução do Sistema Rodoviário deverá ser assinado 180 (cento e oitenta) dias após a lavratura do Termo Provisório de Devolução do Sistema Rodoviário, desde que atendidas as condições para tanto estabelecidas no Anexo IX deste Contrato.

58.8. Após a extinção da CONCESSÃO PATROCINADA, não poderá ser feito qualquer pagamento aos acionistas da Concessionária, a dissolução ou a partilha do patrimônio da Concessionária, antes que a SETOP, por meio do Termo Definitivo de Devolução do Sistema Rodoviário, ateste que os bens revertidos estão na situação prevista no Anexo IX deste Contrato, ou sem que esteja cabalmente assegurado o pagamento das importâncias devidas à SETOP, a título de indenização ou a qualquer outro título.

2.14. Desapropriação

Como descrito na fase de modelagem, o mapeamento das desapropriações de imóveis públicos ou privados necessárias à implantação do projeto é de grande relevância para identificação da adequação do tempo de vigência previsto, dimensionamento dos investimentos, alocação de riscos, entre outros fatores. Por essa razão, as previsões editalícia e contratual a respeito do tema devem refletir bem essa realidade.

Como exemplo, podemos citar os seguintes contratos, a partir dos quais é possível identificar a forma das disposições relativas à desapropriação em cada realidade contratual:

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: regime das desapropriações

31.1. Caberá à SPE promover as respectivas desapropriações, instituir servidões administrativas, propor limitações administrativas e realizar ocupações provisórias dos bens imóveis necessários à realização das obras, serviços e atividades relativos à execução do objeto da Concessão Administrativa.

31.2. Os ônus decorrentes das desapropriações ou da imposição de servidões administrativas, seja por acordo, seja pela propositura de ações judiciais, bem como os custos referentes a ocupações provisórias ou estabelecimento de limitações administrativas de caráter geral, correrão às custas da SPE.

31.3. Mediante solicitação da SPE, caberá à SANESUL adotar todas as providências junto ao Município competente e/ou ao Estado

do Mato Grosso do Sul para que este último emita as declarações de utilidade pública e as autorizações referentes aos bens imóveis, bem como assegurar que o Município competente e/ou o Estado do Mato Grosso do Sul autorize a SPE a realizar as desapropriações, instituir servidões administrativas, propor limitações administrativas ou realizar ocupações provisórias.

31.3.1. Se houver necessidade de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, competirá à SPE indicar para a SANESUL, de forma justificada e com antecedência mínima de 90 (noventa) dias, as áreas necessárias à execução do objeto da Concessão Administrativa, devendo a SANESUL garantir que o Município competente e/ou o Estado do Mato Grosso do Sul as declare de utilidade pública, nos termos da Subcláusula 31.3.

31.4. Caso a SANESUL e/ou o Município competente e/ou o Estado do Mato Grosso do Sul não promova as medidas que lhes competem em relação às desapropriações ou servidões administrativas necessárias à execução dos Serviços de Esgotamento Sanitário, nos termos desta Cláusula, os prazos referentes às obrigações, as Metas e aos Indicadores de Desempenho da SPE diretamente impactados serão revistos, desde que se demonstre que a inércia daqueles primeiros interferiu no cumprimento de obrigações, Metas e/ou Indicadores de Desempenho pela SPE, sem prejuízo do direito à revisão contratual caso rompido o equilíbrio econômico-financeiro, além de não lhe se-

rem imputadas penalidades diretamente decorrentes dessa inércia.

- PPP Rodovia MG-050: regime das desapropriações

19.1. As desapropriações e a instituição de servidões administrativas, quando necessárias à prestação do serviço objeto da CONCESSÃO PATROCINADA, exceto aquelas em andamento na data de apresentação da proposta, serão efetuadas pela Concessionária, às suas expensas e sob sua responsabilidade, com obediência às disposições da legislação aplicável.

(...)

19.3. O pagamento das desapropriações deverá ser efetuado pela Concessionária mediante a utilização das verbas previstas no Anexo VI do Edital.

19.3.1. Na insuficiência das verbas previstas para o pagamento das desapropriações, serão aplicáveis as disposições da Cláusula 29 deste Contrato.

19.3.2. O valor das verbas para desapropriações será reajustado segundo o critério estabelecido nas Cláusulas 36 e 40 deste Contrato.

19.4. O pagamento, pela Concessionária, ao terceiro desapropriado, quando realizado por via extrajudicial, ou seja, por acordo entre a Concessionária e o terceiro indenizado, fica sujeito à prévia aprovação do seu valor pelo DERMG, contra a apresentação, pela Concessionária, de laudo de avaliação subscrito

por perito especializado.

19.5. A Concessionária apresentará mensalmente à SETOP relatório sobre o andamento dos processos de desapropriação ou de instituição de servidões administrativas, bem como de negociações que estiverem em andamento visando à aquisição de imóveis por negociação direta.

2.15. Solução de conflitos

Os contratos de parceria, em razão de sua complexidade, tempo de execução e valores envolvidos, são mais propensos à ocorrência de conflitos entre as partes e demandam, por conseguinte, a previsão de métodos eficientes e imparciais de resolução de controvérsias.

Por se tratar de uma parceria entre o poder público e o parceiro privado, em prol de um bem comum, deve-se buscar a composição de conflitos de forma amigável, a partir de mecanismos conciliadores, em detrimento de meios litigiosos e mais dispendiosos.

Os meios de resolução de conflitos relativos a direitos patrimoniais no âmbito dos contratos celebrados pela Administração Pública Estadual contempla a possibilidade de utilização de dois meios de resolução: a arbitragem e os comitês de prevenção e resolução de disputas (*dispute boards*).

A opção por uma das formas de resolução, ou ambas, deve estar prevista expressamente no edital e no contrato, a depender da realidade do projeto e a critério do EPE ou entidade res-

ponsável. Em relação ao procedimento, deve-se detalhar na minuta do contrato a ordem de precedência dos institutos, que pode ser: (i) criação e atuação dos comitês de prevenção e resolução de disputas e, na sequência, medida arbitral de controvérsias; (ii) início da mediação e, posteriormente, a depender da necessidade, a realização de arbitragem; (iii) opção pela arbitragem, antes da tentativa de resolução de disputas, conforme circunstâncias do caso concreto.

2.15.1 Comitês de prevenção e resolução de disputas (*dispute boards*)

Os comitês de prevenção e solução de disputas (*dispute boards*), surgiram e se consolidaram nos Estados Unidos, na década de 60, sendo tipicamente utilizados em contratos de engenharia de grande complexidade. O instituto possui as seguintes características: (i) se destina a solucionar controvérsias de caráter técnico, envolvendo questões de engenharia ou econômico-financeiras, por exemplo; (ii) pode ser meramente consultivo; (iii) pode ser constituído no momento da controvérsia entre as partes (*ad hoc*) pra dirimir questão pontual; (iv) pode ser instituído logo no início do contrato, com caráter permanente e acompanhamento integral da execução, o que facilita o conhecimento de todo o projeto, dos conflitos ao longo do período contratual e a busca por soluções mais adequadas e eficientes.

Os *dispute boards* podem ser instaurados para solução de controvérsias específicas ou de

caráter permanente, com o objetivo de dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos celebrados com o parceiro privado e devem estar previstos, respectivamente, no edital e contrato, quando aplicáveis.

A instituição dos comitês é recomendável sempre que existirem possíveis controvérsias de natureza técnica ou econômico-financeira decorrentes da execução contratual, ou em contratos de notória complexidade técnica, desde o início do contrato.

No contrato devem estar disciplinados conteúdos mínimos para adoção do comitê de prevenção e solução de disputas: (i) composição do comitê e a forma pela qual seus membros serão selecionados; (ii) natureza do comitê; (iii) adoção da língua portuguesa em todos os procedimentos e pronunciamentos do comitê e (iv) modalidade do comitê, se permanente ou *ad hoc*.

Podem ser previstas em contrato, também, as demais regras do Comitê, entre elas a instituição especializada escolhida. Caso não esteja disciplinada contratualmente, as partes poderão, de comum acordo, escolher a instituição após a assinatura do contrato ou no momento da instauração do comitê.

Em relação à natureza, o comitê pode ser: (i) por revisão, com poder de emitir recomendações não vinculantes às partes em litígio; (ii) por adjudicação, com poder de emitir decisões contratualmente vinculantes às partes em litígio, sendo possível que, em caso de inconformidade de uma das partes, as decisões sejam submetidas à jurisdição judicial ou arbitral; e

(iii) híbrido, que pode tanto recomendar quanto decidir sobre os conflitos, cabendo à parte requerente estabelecer a sua competência revisora ou adjudicativa.

No tocante às despesas, caberá à autoridade competente as providências necessárias ao pagamento das despesas a serem incorridas, sem prejuízo da adoção de repartição justa e coerente entre as partes.

A composição do comitê fica a critério das partes, que devem indicar, conjuntamente, membros capazes e de sua confiança, observada a natureza e complexidade da controvérsia, o momento da execução contratual e repercussão para o restante do contrato, os valores envolvidos, entre outros fatores de caráter técnico e econômico. Deve ser levada em consideração também, a formação dos membros do comitê, sendo recomendada a escolha de profissionais de diferentes áreas, como dois especialistas com formação técnica relacionada ao objeto contratual e um advogado, de forma a possibilitar a solução de todas as vertentes do conflito.

As partes poderão impugnar a nomeação de algum dos membros do comitê, que terão remuneração fixada de acordo com o mercado, o valor e o objeto contratado.

Todos os procedimentos relativos ao comitê devem observar a legalidade e o princípio da publicidade. Além disso, é crucial que, tanto as disposições contratuais, quanto a própria atuação do comitê, respeitem o disposto na lei 13.140/15, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de contro-

vérsias, em especial o cumprimento do disposto nos artigos 21, 22 e 23, que conferem os elementos mínimos das cláusulas contratuais de mediação.

As cláusulas de comitês de prevenção e resolução de disputas (dispute boards) costumam seguir uma mesma direção em diferentes contratos, regulando sua composição e sua atuação; mesmo que exista um nome distinto em cada projeto. Além dos exemplos abaixo, é possível observar o contrato da PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul em sua cláusula 44.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-30:
Comitê Técnico de Governança

35.1. Comitê Técnico de Governança

35.1.1. Para a solução de eventuais divergências de natureza técnica, econômica ou relativa às obrigações constantes no PER será constituído pelas Partes um Comitê Técnico de Governança, que será composto por:

- a) 1 (um) representante indicado pelo Poder Concedente;*
- b) 1 (um) representante indicado pela Concessionária;*
- c) 1 (um) representante do Escritório de Parcerias Estratégicas – EPE da Secretaria de Estado de Governo e Gestão Estratégicas - SEGOV.*

35.1.2. Cada um dos membros do Comitê Técnico de Governança terá direito a 1 (um) voto nas respectivas deliberações.

35.1.3. O Comitê Técnico de Governança deverá ser constituído em até 60 (sessenta) dias, contados da assinatura do Contrato.

35.1.4. O procedimento para solução de divergências iniciar-se-á mediante a comunicação, pela Parte que solicitar o pronunciamento do Comitê Técnico de Governança, à outra Parte, de sua solicitação, fornecendo cópia de todos os documentos ligados ao objeto da divergência levantada.

35.1.5. No prazo de 15 (quinze) dias a contar do recebimento da comunicação referida no item anterior, a Parte reclamada apresentará as suas alegações relativamente à questão formulada, encaminhando ao Comitê Técnico de Governança cópia de todos os documentos apresentados por ambas as Partes.

35.1.6. O Comitê Técnico de Governança terá o prazo de 60 (sessenta) dias a contar da data em que tenha recebido as alegações apresentadas pela Parte reclamada (se outro prazo não for estabelecido pelas Partes, de comum acordo, e aceito pelo Comitê Técnico de Governança), para discutir a divergência e, se for o caso, emitir o parecer com as respectivas deliberações.

35.1.7. Os pareceres do Comitê Técnico de Governança somente serão emitidos se houver consenso de todos os seus membros (observado o que estabelece a cláusula 35.1.1), caso em que a solução amigável proposta pelo Comitê poderá ser incorporada ao Contrato mediante assinatura de termo aditivo.

35.1.8. Caso não haja consenso entre os

membros do Comitê Técnico de Governança, o parecer emitido terá natureza meramente opinativa, cabendo à Parte interessada, se for o caso, provocar o mecanismo de arbitragem previsto na subcláusula 35.2.

35.1.9. Cada Parte arcará com os custos e despesas próprios necessários ao funcionamento do Comitê Técnico de Governança.

35.1.10. A submissão de qualquer questão ao Comitê Técnico de Governança não exonera a Concessionária de dar integral cumprimento às suas obrigações contratuais, incluindo as emitidas após a apresentação da questão, nem permite qualquer interrupção no desenvolvimento dos serviços.

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: Comissão Técnica

32.1.1. Para a solução de eventuais divergências de natureza técnica e/ou de natureza econômico-financeira durante a execução do Contrato, será constituída, nos 30 (trinta) dias seguintes à sua formalização, por ato da SESAB, uma Comissão Técnica, composta por 4 (quatro) membros, todos com conhecimentos aprofundados na matéria objeto da divergência e indicados por ocasião desta dada divergência, na forma desta cláusula.

32.1.2. A Comissão Técnica será competente para emitir pareceres fundamentados sobre questões submetidas pela SESAB ou pela Concessionária, relativas às divergências que venham a surgir quanto aos aspectos técnicos e aos aspectos econômico-fi-

nanceiros durante a execução do Contrato. 3

2.1.3. Os membros da Comissão Técnica serão designados da seguinte forma:

(i) 2 membros indicados pelo Estado da Bahia, sendo um deles integrante do quadro permanente de servidores do Estado;

(ii) 1 membro pela Concessionária; e

(iii) 1 membro, com comprovada especialização na matéria objeto da divergência, que será escolhido de comum acordo entre as Partes, quando da ocorrência da divergência.

32.1.4. O procedimento para solução de divergências iniciar-se-á mediante a comunicação de solicitação de pronunciamento da Comissão Técnica à outra parte, e será processado da seguinte forma:

(i) no prazo de 15 (quinze) dias, a contar do recebimento da comunicação referida no item anterior, a parte reclamada apresentará as suas alegações relativamente à questão formulada.

(ii) o parecer da Comissão Técnica será emitido em um prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar da data do recebimento, pela Comissão Técnica, das alegações apresentadas pela parte reclamada.

(iii) os pareceres da Comissão Técnica serão considerados aprovados se contarem com o voto favorável da maioria de seus membros.

(iv) O membro indicado pela Concessionária

ria e o membro escolhido em comum acordo entre as Partes terão direito a um voto, cada um.

(v) Os membros indicados pelo Estado da Bahia terão, em conjunto, direito a um voto, pelo que deverão compor, entre si, eventuais divergências antes de proferimento do voto único.

32.1.5. Toda a divergência suscitada deverá ser encaminhada à Comissão Técnica juntamente com cópia de todos os documentos necessários para a solução da demanda.

32.1.6. Todas as despesas necessárias ao funcionamento da Comissão Técnica serão arcadas pela Concessionária, com exceção da remuneração eventualmente devida aos membros indicados pelo Estado da Bahia.

32.1.7. A submissão de qualquer questão à Comissão Técnica não exonera a Concessionária de dar integral cumprimento às suas obrigações contratuais e às determinações da SESAB.

32.1.8. A decisão da Comissão Técnica será vinculante para as Partes, até que sobrevenha eventual decisão arbitral ou judiciária sobre a divergência.

32.1.9. Caso aceita pelas Partes, a solução amigável proposta pela Comissão Técnica poderá ser incorporada ao Contrato mediante assinatura de termo aditivo.

32.1.10. A mediação será considerada prejudicada se a solução amigável não for apresentada pela Comissão Técnica, no prazo

máximo de 60 (sessenta) dias a contar do pedido de instauração do procedimento ou se a Parte se recusar a participar do procedimento, não indicando seu representante no prazo máximo de 15 (quinze) dias.

2.15.2 Arbitragem

O uso da arbitragem para resolução de disputas com a Administração Pública no Brasil é disciplinado: (i) no artigo 23-A da lei 8.987/95, (ii) no artigo 11 da lei 11.079/04, (iii) pela lei federal 9.307/96, que dispõe sobre o instituto propriamente dito e, em âmbito estadual, pela lei estadual 4.610/14.

De acordo com a legislação estadual, a arbitragem será sempre de direito e instituída, exclusivamente, por meio de órgão arbitral institucional. No tocante aos requisitos da convenção da arbitragem, além dos previstos na lei federal 9.307/96, deverá constar, obrigatoriamente: (i) a capital de Mato Grosso do Sul como sede da arbitragem; (ii) a escolha da legislação brasileira como sendo a lei aplicável à arbitragem, vedado o julgamento por equidade; (iii) a adoção da língua portuguesa como o idioma aplicável à arbitragem; (iv) escolha do juízo da comarca de Campo Grande como competente para o processamento e julgamento das demandas correlatas ou cautelares, quando cabível.

O procedimento arbitral é regido pelo regulamento da câmara arbitral indicada na minuta do contrato e escolhida nos termos do artigo 10 da lei estadual 4.610/14. Na hipótese de não ser designada a câmara competente, ca-

berá ao requerente da arbitragem o ônus de escolher, no momento da apresentação de seu requerimento, a câmara arbitral encarregada de administrar a resolução. Caso a arbitragem seja proposta pela Administração Pública direta e suas autarquias a escolha da câmara arbitral deverá ser realizada pelo gestor do instrumento obrigacional, ouvida previamente a Procuradoria-Geral do Estado.

Dada a importância das câmaras arbitrais, a legislação estadual previu a criação de uma lista referencial de entidades, que poderão ser indicadas para administrar procedimentos arbitrais envolvendo a Administração Pública direta e suas autarquias.

No que tange à escolha dos árbitros, sua nomeação deve observar o disposto no artigo 5º da lei estadual 4.610/14, levando em conta a independência e imparcialidade, bem como a ausência de conflito de interesses com quaisquer das partes. O contrato pode especificar maiores detalhes acerca da nomeação dos árbitros, incluindo critérios, e funções.

Em relação à responsabilidade pelo pagamento dos custos advindos do processo, importante que o contrato preveja a alocação de responsabilidades pelos pagamentos, observada a realidade de cada projeto. Habitualmente, os contratos preveem a responsabilidade do particular pela antecipação das custas do procedimento arbitral, tendo em vista as limitações orçamentárias do Poder Público. Ao final do procedimento, a parte vencida deve assumir todas custas do procedimento, devendo, inclusive, ressarcir a parte vencedora pelas custas

já assumidas anteriormente ao processo.

No tocante às medidas coercitivas ou cautelares, eventualmente necessárias ao longo do processo arbitral, como a lei 9.307/96 estabelece que o juízo arbitral poderá acionar o Judiciário para colocar em prática essas medidas, o contrato pode prever a possibilidade de as partes requererem tais medidas diretamente ao órgão competente do Poder Judiciário, visando conferir maior celeridade e eficiência ao procedimento.

Como exemplo, pode-se citar os seguintes contratos, a partir dos quais é possível identificar como as cláusulas regulam a forma como será conduzido o processo arbitral:

- Concessão da Rodovia Estadual MS-30: Arbitragem

35.2. Arbitragem

35.2.1. As Partes resolverão, por meio de arbitragem, as controvérsias e/ou disputas oriundas ou relacionadas ao Contrato e/ou a quaisquer contratos, documentos, anexos ou acordos a ele relacionados.

35.2.2. Não poderão ser objeto de arbitragem as questões relativas a direitos indisponíveis, a exemplo da natureza e titularidade públicas do serviço concedido e do poder de fiscalização sobre a exploração do serviço delegado.

35.2.3. A submissão à arbitragem, nos termos deste item, não exime o Poder Concedente nem a Concessionária da obrigação de dar integral cumprimento a este Contrato,

nem permite a interrupção das atividades vinculadas à Concessão, observadas as prescrições deste Contrato.

35.2.4. A arbitragem será administrada pela CCI, segundo as regras previstas no seu regulamento vigente na data em que a arbitragem for iniciada.

35.2.5. A arbitragem será conduzida em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, Brasil, utilizando-se a língua portuguesa como idioma oficial para a prática de todo e qualquer ato.

35.2.6. A lei substantiva a ser aplicável ao mérito da arbitragem será a lei brasileira, excluída a equidade.

35.2.7. O tribunal arbitral será composto por 3 (três) árbitros, cabendo a cada Parte indicar um árbitro. O terceiro árbitro será escolhido de comum acordo pelos árbitros indicados pelas Partes. A presidência do tribunal arbitral caberá ao terceiro árbitro.

35.2.8. Na hipótese de a arbitragem envolver mais de 2 (duas) Partes, seja no polo ativo, seja no polo passivo, a escolha dos árbitros deverá seguir o previsto no regulamento de arbitragem da CCI.

35.2.9. Não havendo consenso entre os árbitros escolhidos por cada Parte, o terceiro árbitro será indicado pela CCI, observados os termos e condições aplicáveis previstos no seu regulamento de arbitragem.

35.2.10. Caso seja necessária a obtenção das medidas coercitivas, cautelares ou de

urgência antes da constituição do tribunal arbitral, ou mesmo durante o procedimento de mediação, as Partes poderão requerê-las diretamente ao competente órgão do Poder Judiciário.

35.2.11. Caso tais medidas se façam necessárias após a constituição do tribunal arbitral, deverão ser requeridas e apreciadas pelo tribunal arbitral que, por sua vez, poderá solicitá-las ao competente órgão do Poder Judiciário, se entender necessário.

35.2.12. As decisões e a sentença do tribunal arbitral serão definitivas e vincularão as Partes e seus sucessores.

35.2.13. A Parte vencida no procedimento de arbitragem arcará com todas as custas do procedimento, incluindo os honorários dos árbitros.

- PPP Rodovia MG-050: Processo Arbitral

70.1. As controvérsias decorrentes do presente Contrato, ou com ele relacionadas, que não forem dirimidas amigavelmente entre as partes, ou pelo COMITÊ TÉCNICO nos casos previstos na Cláusula 68, serão resolvidas por arbitragem, conforme previsto na Cláusula 71 deste Contrato.

70.1.2. A submissão de qualquer questão à arbitragem não exonera as partes do pontual e tempestivo cumprimento das disposições do Contrato, e das determinações da SETOP que no seu âmbito sejam comunicadas à Concessionária, nem permite qualquer interrupção do desenvolvimento das atividades objeto da CONCESSÃO PATROCINA-

DA, que deverão continuar a processar-se nos termos em vigor à data de submissão da questão até que uma decisão final seja obtida relativamente à matéria em causa.

70.1.3. O disposto no item anterior, relativamente ao cumprimento de determinações da SETOP pela Concessionária, aplicar-se-á também às determinações consequentes sobre a mesma matéria, mesmo que emitidas após a data de submissão de uma questão à arbitragem, desde que a primeira dessas determinações consequentes tenha sido comunicada à Concessionária anteriormente àquela data.

70.1.4. A Concessionária obriga-se a dar imediato conhecimento à SETOP da ocorrência de qualquer litígio e a prestar-lhe toda a informação relevante relativa à sua evolução.

2.16. Sanções e penalidades aplicáveis

Os contratos de parceria devem estabelecer as sanções e penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado, cuja incidência varia de acordo com a gravidade de cada infração, previsão contratual ou legal. Entre as sanções possíveis, as previstas no artigo 156 da lei 14.133/21 e 87 da lei 8.666/93, que podem servir de parâmetro no momento de elaboração do edital e contrato.

Como visto anteriormente, no item 1. 13. do ANEXO II, os motivos das punições podem ser

diversos, bem como é possível que o contrato os especifique, detalhando as possíveis causas. Nesse sentido, o artigo 155 destrincha as possíveis infrações que ensejarão a responsabilidade administrativa.

BOX:

É comum que, além das cláusulas abaixo exemplificadas, os contratos contenham um anexo com uma tabela de multas, especificando a infração e o valor da punição – comumente em porcentagens do valor do contrato.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: sanções administrativas

30.1. A falta de cumprimento, por parte da SPE, de qualquer cláusula ou condição do Contrato ensejará a aplicação, pela SANESUL, das seguintes penalidades, isolada ou cumulativamente, nos termos da legislação aplicável, observado o princípio da proporcionalidade:

30.1.1. Advertência;

30.1.2. Multa;

30.1.3. Caducidade;

30.1.4. Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de impedimento de contratar com a SANESUL e/ou com a Administração Pública;

30.1.5. Declaração de inidoneidade.

30.2. As multas, respeitados os limites estabelecidos na Subcláusula 30.14, serão aplicadas pela SANESUL, segundo a gravidade da infração cometida.

30.3. O processo da aplicação de penalidades tem início com a lavratura do Auto de Inexecução respectivo pela fiscalização, que tipificará com precisão a infração cometida e a norma violada, para fins de aplicação da respectiva penalidade.

30.4. Lavrado o Auto de Inexecução, a SPE será intimada para apresentar defesa no prazo de 30 (trinta) dias.

30.5. Recebida a defesa, os autos serão encaminhados pela fiscalização à SANESUL, devidamente instruídos, para decisão no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias.

30.6. A decisão proferida pela SANESUL a respeito da defesa apresentada pela SPE deverá ser motivada e fundamentada, apontando-se os elementos contemplados ou não em tal defesa. 30.7. Da decisão que confirmar a penalidade caberá recurso voluntário, no prazo de 15 (quinze) dias, contados da intimação, para a autoridade competente.

30.8. Mantido o Auto de Inexecução após o recurso, a SPE será notificada a respeito, devendo a penalidade ser imposta em observância ao seguinte:

30.8.1. No caso de advertência, ela será anotada nos registros da SPE perante a SANESUL;

30.8.2. Em caso de multa, as importâncias devidas serão preferencialmente descontadas dos valores a serem mensalmente pagos pela SANESUL à SPE a título de Contraprestação e, se necessário, pela execução da Garantia de Execução do Contrato.

30.8.3. A caducidade ocorrerá na forma da Cláusula 36

30.9. A aplicação das penalidades previstas no Contrato e o seu cumprimento não prejudicam, de nenhum modo, a aplicação de outras sanções previstas na legislação.

30.10. As importâncias pecuniárias resultantes da aplicação das multas serão revertidas à SANESUL.

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: gradação das penalidades e aplicação das sanções

23.3. A gradação das penalidades observará as seguintes escalas:

23.3.1. A infração será considerada leve, quando decorrer de condutas involuntárias ou escusáveis da Concessionária e das quais ela não se beneficie;

23.3.2. A infração será considerada média, quando decorrer de conduta inescusável, mas efetuada pela primeira vez pela Concessionária, sem a ela trazer qualquer benefício ou proveito, nem afetar número significativo de Usuários;

23.3.3. A infração será considerada grave quando a SESAB constatar presente um dos seguintes fatores:

- (i) ter a Concessionária agido com má-fé;
- (ii) da infração decorrer benefício direto ou indireto para a Concessionária;
- (iii) a Concessionária for reincidente na infração;

(iv) o número de Usuários atingidos ou o prejuízo dela decorrente for significativo;

(v) prejuízo econômico significativo para o Poder Concedente.

23.3.4. A infração será considerada gravíssima quando a SESAB constatar, diante das circunstâncias do serviço e do ato praticado pela Concessionária, que seu comportamento reveste-se de grande lesividade ao interesse público, por prejudicar, efetiva ou potencialmente, a vida ou a incolumidade física dos Usuários, a saúde pública, o meio ambiente, o erário público ou a continuidade dos serviços.

23.4. A sanção de multa será quantificada conforme os parâmetros estabelecidos nas subcláusulas 23.2 e 23.3 e, ainda, na forma da regulamentação, que estabelecerá valores máximos para cada categoria de infração.

(...)

23.5. Sem prejuízo de outras disposições contratuais e da previsão geral contida na subcláusula 23.1, os seguintes comportamentos serão passíveis de multa:

(...)

23.6. À exceção das infrações gravíssimas previstas na subcláusula 23.3.4, não será aplicada multa nos casos em que o comportamento faltoso da Concessionária já tenha ensejado o descumprimento dos Indicadores Quantitativos e de Desempenho previstos no Anexo 4 e, conseqüentemente, a re-

dução de sua remuneração.

23.7. O valor das multas aplicadas poderá ser revertido, a critério da SESAB, em benefício dos Usuários atingidos, para reparação dos danos causados pela infração contratual ou legal ou para o aprimoramento da qualidade dos serviços.

23.8. A SESAB poderá igualmente optar pela substituição da multa pelo estabelecimento de novas obrigações que atinjam às finalidades previstas no item anterior, desde que sejam, no mínimo, proporcionais ao valor da multa correspondente à infração.

23.9. A aplicação das multas aludidas nas subcláusulas anteriores não impede que a SESAB declare a caducidade do Contrato, observados os procedimentos nele previstos, ou aplique outras sanções nele previstas.

23.10. Caso a Concessionária não proceda ao pagamento de multas no prazo estabelecido no Contrato, a SESAB utilizará a Garantia de Execução do Contrato.

23.11. As penalidades serão aplicadas de ofício pela SESAB, garantido o devido processo administrativo, especialmente o direito à ampla defesa e ao contraditório, e observado o disposto na legislação vigente, incluindo as normas da SESAB.

2.17. Foro judicial

Conforme previsto no artigo 5º, caput, da lei 11.079/04 e no artigo 23 da lei 8.987/95, a eleição do foro judicial é cláusula essencial do contrato de parceria.

Abaixo estão citados alguns exemplos de cláusulas sobre o foro judicial do contrato. Outro exemplo pode ser visto na cláusula 45.10 do contrato de PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-30: Foro Judicial

36.5.1. Fica eleito o Foro da Comarca de Campo Grande, Estado de Mato Grosso do Sul para dirimir quaisquer controvérsias oriundas do presente Contrato.

- Concessão do Lote Rodoviário Piracicaba – Panorama: Foro Judicial

54.1. Será competente o Foro da Comarca de São Paulo, Estado de São Paulo, para dirimir qualquer controvérsia não passível de sujeição à arbitragem, nos termos deste CONTRATO.

2.18. Intervenção

Conforme previsto na lei de concessões, com o objetivo de assegurar a adequada prestação do serviço e o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes, o Poder Concedente pode intervir na concessão, mediante decreto designando o interventor, o prazo da intervenção e os objetivos e limites da medida.

Após a intervenção, deve ser instaurado pelo Poder Concedente, em até 30 (trinta) dias, procedimento administrativo com o objetivo de comprovar as causas da medida interventiva e apurar eventuais responsabilidades, assegurando o direito de ampla defesa, a ser concluído no prazo de até 180 (cento e oitenta) dias.

Concluída a intervenção, a concessão poderá ser extinta ou devolvida à administração pelo concessionário, precedida de prestação de contas pelo interventor, que responderá pelos atos praticados durante a sua gestão.

Alguns exemplos de cláusulas sobre a intervenção do poder concedente na concessionária podem ser vistos abaixo, no qual se ressaltam os prazos e os detalhes da intervenção:

- Concessão da Rodovia Estadual MS-30: intervenção da AGEPAN na concessionária

26.1. A AGEPAN poderá intervir na Concessionária com o fim de assegurar a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes.

26.2. A intervenção se fará por decreto do Poder Concedente, devidamente publicado no DOE, que conterá a designação do interventor, o prazo da intervenção e os limites da medida.

26.3. Decretada a intervenção, a AGEPAN, no prazo de 30 (trinta) dias, instaurará processo administrativo que deverá estar concluído no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, para comprovar as causas determinantes da intervenção e apurar as respectivas respon-

sabilidades, assegurado à Concessionária direito à ampla defesa.

26.4. Cessada a intervenção, se não for extinta a Concessão, os serviços objeto do Contrato voltarão à responsabilidade da Concessionária, devendo o interventor prestar contas de seus atos.

26.5. A Concessionária se obriga a disponibilizar à AGEPAN o Sistema Rodoviário e os demais Bens Reversíveis imediatamente após a decretação da intervenção.

26.6. As receitas obtidas durante o período da intervenção serão utilizadas para a cobertura dos investimentos, custos e despesas necessários para restabelecer o normal funcionamento do Sistema Rodoviário.

26.7. Se, eventualmente, as receitas não forem suficientes para cobrir o valor dos investimentos, dos custos e das despesas decorrentes da Concessão incorridas durante o período de intervenção, a AGEPAN poderá:

26.7.1. Se valer da Garantia de Execução do Contrato para cobri-las, integral ou parcialmente; e/ou,

26.7.2. Descontar, da eventual remuneração futura a ser recebida pela Concessionária, o valor dos investimentos, dos custos e das despesas em que incorreu.

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: Intervenção da SESAB

24.1. A SESAB poderá intervir na Concessionária nas hipóteses abaixo, quando devidamente justificadas, cabendo-lhe manter

a prestação dos serviços da Concessão enquanto perdurar a intervenção:

(i) cessação ou interrupção, total ou parcial, da prestação dos serviços da Concessão, conforme estabelecido em regulamento emitido pela SESAB;

(ii) deficiências graves no desenvolvimento das atividades abrangidas pela Concessão;

(iii) situações nas quais a operação da Unidade Hospitalar oferece riscos à continuidade da adequada prestação dos serviços concedidos;

(iv) situações que ponham em risco o meio ambiente e a segurança de pessoas ou bens; (v) descumprimento das obrigações contratuais; e

(vi) não apresentação das apólices de seguro obrigatórias, conforme disciplinado pela cláusula 18.

24.2. A intervenção far-se-á por decreto do Governador do Estado da Bahia, mediante publicação no DOE que conterá a designação do interventor, o prazo e os limites da intervenção.

24.3. Decretada a intervenção, a SESAB, no prazo de 30 (trinta) dias, instaurará processo administrativo que deverá estar concluído no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, para comprovar as causas determinantes da intervenção e apurar as respectivas responsabilidades, assegurado à Concessionária amplo direito de defesa.

24.4. Cessada a intervenção, se não for extinta a Concessão, os serviços objeto do Contrato voltarão à responsabilidade da Concessionária.

24.5. A Concessionária se obriga a disponibilizar à SESAB a Unidade Hospitalar e os demais Bens da Concessão imediatamente após a decretação da intervenção.

24.6. A ocorrência de intervenção pela SESAB não desonera as obrigações assumidas pela Concessionária junto aos seus financiadores e, por motivo justificado em prol do interesse público, a SESAB poderá abdicar da intervenção em favor da assunção do Controle da Concessionária por esses financiadores, consoante a cláusula 22 acima.

24.7. As Receitas Extraordinárias obtidas durante o período da intervenção serão utilizadas para a cobertura dos investimentos, custos e despesas necessários para restabelecer o normal funcionamento da Unidade Hospitalar.

24.8. Durante o período em que durar a intervenção, o Poder Concedente se desonera do pagamento da Contraprestação Mensal Efetiva devida à Concessionária.

2.19. Assunção de controle pelos financiadores (Step In Rights)

A assunção do controle da SPE pelos seus financiadores ocorre nos casos de inadimplência com o Poder Público ou com os próprios financiadores e tem o objetivo de promover

sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação do serviço.

A realização da transferência, condicionada à prévia anuência do Poder Público, está prevista nas legislações federais de concessões e de PPPs, visa garantir maior segurança ao financiador e o obriga a: (i) assumir o controle da concessão; (ii) a cumprir o contrato, de maneira integral, com a manutenção dos níveis de desempenho e qualidade previstos; e (iii) se responsabilizar pelos eventos concernentes à concessão.

Os contratos devem abarcar os requisitos, procedimentos e condições para se proceder à transferência do controle ao financiador, a qual não se confunde com a transferência ordinária de controle, que requer o atendimento de critérios de capacidade técnica e financeira.

Exemplo de cláusula *step in rights* em contrato de PPP:

- PPP Iluminação Pública do Município de Belo Horizonte: Concessão n. AJ 016/2016

32. ASSUNÇÃO DO CONTROLE DA CONCESSIONÁRIA PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

32.1. Para assegurar a continuidade da CONCESSÃO, é facultada às INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS da CONCESSIONÁRIA a assunção do controle da CONCESSIONÁRIA nos seguintes casos:

32.1.1. Inadimplência de financiamento contratado pela CONCESSIONÁRIA, desde que prevista esta possibilidade nos respectivos contratos de financiamento; ou

32.1.2. Inadimplência na execução do CONTRATO que inviabilize ou coloque em risco a CONCESSÃO.

32.2.2. Quando configurada inadimplência do financiamento ou da execução do CONTRATO por parte da CONCESSIONÁRIA, que possa dar ensejo à transferência mencionada nesta cláusula, a INSTITUIÇÃO FINANCEIRA deverá notificar a CONCESSIONÁRIA e o PODER CONCEDENTE, informando sobre a inadimplência e abrindo à CONCESSIONÁRIA prazo para purgar o inadimplemento.

32.3. Para que possam assumir o controle da CONCESSIONÁRIA, as INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS deverão:

32.2.3.1. Comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do CONTRATO de CONCESSÃO, do EDITAL e seus ANEXOS; e

32.3.2. Informar que atendem aos requisitos de regularidade jurídica e fiscal necessários à assunção dos SERVIÇOS.

32.4.. A transferência do controle da CONCESSIONÁRIA pelas INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS a terceiros dependerá de autorização prévia do PODER CONCEDENTE, condicionada à demonstração de que o destinatário da transferência atende às exigências técnicas, financeiras, de regularidade jurídica e fiscal exigidas pelo EDITAL, consideradas proporcionalmente ao estágio de execução do CONTRATO.

32.5. A assunção do controle da CONCESSIONÁRIA, nos termos desta cláusula, não

alterará as obrigações da CONCESSIONÁRIA e de seus controladores perante o PODER CONCEDENTE.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: assunção do controle pelos financiadores

25. Assunção do Controle pelos Financiadores

25.1. Os contratos de financiamento da Concessionária poderão outorgar aos Financiadores, de acordo com as regras de direito privado aplicáveis, o direito de assumir o controle da Concessionária em caso de inadimplemento contratual pela Concessionária dos referidos contratos de financiamento ou deste Contrato.

25.2. A assunção referida na subcláusula anterior poderá ocorrer no caso de inadimplemento, pela Concessionária, de obrigações do Contrato, nos casos em que o inadimplemento inviabilize ou coloque em risco a Concessão.

25.3. Após a realização regular do correspondente processo administrativo, mediante solicitação, a AGEPAN autorizará a assunção do controle da Concessionária por seus Financiadores com o objetivo de promover a reestruturação financeira da Concessionária e assegurar a continuidade da exploração da Concessão.

25.4. A autorização será outorgada mediante comprovação, por parte dos Financiadores, de que atendem aos requisitos de regularidade jurídica e fiscal previstos no Edital.

2.20. Caso fortuito e força maior

Os eventos de caso fortuito e força maior, previstos no artigo 393 do Código Civil, se caracterizam pela ocorrência de fatos cujos efeitos não podem ser evitados, previstos ou impedidos e que exoneram o devedor da obrigação de arcar com os prejuízos deles resultantes. Nos contratos de PPP, o inciso III do artigo 5º da lei 11.079/04 dispõe que o contrato deve prever “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”. A lei 8.987/95 estabelece apenas a impossibilidade de declaração da caducidade pelo poder concedente, nos casos de paralisação dos serviços pelo concessionário, quando se fundar em caso fortuito ou força maior.

Habitualmente, nos contratos de PPP os episódios de caso fortuito e força maior são definidos como eventos imprevisíveis e inevitáveis com impacto direto na execução do contrato.

No que tange à distribuição dos riscos advindo destes eventos, importante que sejam atribuídos à parte com capacidade mínima de mitigar seu impacto e os efeitos de sua ocorrência. Portanto, recomenda-se que a matriz de risco contratual preveja consequências distintas para a ocorrência desses casos, diferenciando os casos fortuitos e força maior entre: (i) Eventos fortuitos seguráveis: casos para os quais existem apólices no mercado de seguros com valores competitivos, de modo que o efeito danoso pode ser mitigado com a contratação de um seguro. Nessa hipótese, os eventos não ensejam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e (ii) Eventos

fortuitos não seguráveis: ocorrência de casos fortuitos ou força maior cujas consequências não são seguráveis, seja pelo seu caráter imprevisível, inédito, ou pela própria natureza do evento. Nessas hipóteses, é preciso avaliar, de acordo com a realidade de cada contrato, as melhores previsões nesse sentido, especialmente no tocante à distribuição dos riscos, possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou, até mesmo, da extinção da concessão.

As cláusulas relativas aos eventos de caso fortuito e força maior podem ser tratadas de forma mais genérica, como no contrato da PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul ou mais detalhada, a exemplo do contrato de concessão rodoviária do Eixo SP, a depender da natureza da execução dos serviços e repercussão na execução contratual. A partir da pandemia da COVID-19, contudo, a tendência é que referidas cláusulas sejam cada vez detalhadas e tenham maior protagonismo e relevância, especialmente na distribuição de seus impactos e assunção de riscos e eventuais prejuízos. Recomenda-se, portanto, diante desse cenário, que esse item seja avaliado de forma cuidadosa no momento da elaboração do edital, de modo a contemplar o compartilhamento adequado dos riscos oriundos de eventuais eventos dessa natureza.

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: caso fortuito e força maior

19. Alocação de riscos

19.1. Com exceção das hipóteses da Subcláusula 19.2, a Concessionária é integral

e exclusivamente responsável por todos os riscos relacionados à Concessão, inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos:

(...)

19.1.15. Caso fortuito e força maior que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência;

19.2. A Concessionária não é responsável pelos seguintes riscos relacionados à Concessão, cuja responsabilidade é do Poder Concedente:

(...)

19.2.4. Caso fortuito ou força maior que não possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência;

30. Caducidade

30.1. O Poder Concedente poderá, mediante proposta da AGEPAN, declarar a caducidade da Concessão na hipótese de inexecução total ou parcial do Contrato, observado o disposto nas normas regulamentares e legais pertinentes, e especialmente quando a Concessionária:

(...)

30.1.4. Paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

(...)

30.2. O Poder Concedente não poderá declarar a caducidade da Concessão com relação

ao inadimplemento da Concessionária resultante dos eventos indicados na Subcláusula 19.2, ou causados pela ocorrência de caso fortuito ou força maior.

- Concessão Rodoviária Eixo SP/ Contrato Artesp 0409/2020: caso fortuito e força maior

48.1. Considera-se caso fortuito ou força maior, com as consequências estabelecidas neste CONTRATO, o evento assim definido na forma da lei civil e que tenha impacto direto sobre o desenvolvimento das atividades da CONCESSÃO.

48.1.1. Consideram-se eventos de força maior ou caso fortuito, exemplificativamente:

i. guerras nacionais ou internacionais que envolvam diretamente a execução contratual;

ii. atos de terrorismo;

iii. contaminação nuclear, química ou biológica, salvo se decorrentes de atos da CONCESSIONÁRIA;

iv. embargo comercial de nação estrangeira;

48.2. O descumprimento de obrigações contratuais comprovadamente decorrentes de caso fortuito ou força maior, nos termos deste CONTRATO e ANEXOS, não será passível de penalização;

48.3. A PARTE que tiver o cumprimento de suas obrigações afetado por caso fortuito ou força maior deverá comunicar à outra PARTE da ocorrência do evento, em até 48 horas;

Um evento caracterizado como caso fortuito ou de força maior não será considerado, para os efeitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO se, ao mesmo tempo de sua ocorrência, corresponder a um risco segurável no Brasil há pelo menos 2 (dois) anos, até o limite da média dos valores indenizáveis por apólices normalmente praticados no mercado, por pelo menos duas empresas do ramo, independentemente de a CONCESSIONÁRIA as ter contratado, observada a matriz de riscos estabelecida por este CONTRATO.

48.5. Na ocorrência de caso fortuito ou de força maior, cujas consequências não forem seguráveis no Brasil, ou cujos efeitos irreparáveis se estendam por mais de 90 (noventa) dias, ou por período definido de comum acordo entre as PARTES, quando da verificação de que os efeitos possam comprometer de forma irreversível a exploração da CONCESSÃO, qualquer das PARTES poderá se valer da faculdade prevista na Cláusula 6.4, (iii).

48.5.1. Na hipótese de extinção da CONCESSÃO por ocorrência de evento caracterizado como caso fortuito ou força maior, a indenização devida à CONCESSIONÁRIA será apurada de acordo com o regramento disposto no inciso (iii) da cláusula 46.4.

48.6. Salvo se a ARTESP der outras instruções por escrito, a CONCESSIONÁRIA continuará cumprindo suas obrigações decorrentes do CONTRATO, na medida do razoavelmente possível e procurará, por todos

os meios disponíveis, cumprir aquelas obrigações não impedidas pelo evento de força maior ou caso fortuito, cabendo à ARTESP e ao PODER CONCEDENTE da mesma forma cumprir as suas obrigações não impedidas pelo evento de força maior ou caso fortuito.

48.7. Na hipótese de comprovada a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, sem que tenha havido a extinção da CONCESSÃO nos termos da Cláusula 40.1, (vii), serão suspensas as exigências de medição dos INDICADORES DE DESEMPENHO relacionáveis à ocorrência, até a normalização da situação e cessação de seus efeitos.

48.8. As PARTES se comprometem a empregar todas as medidas e ações necessárias a fim de minimizar os efeitos decorrentes dos eventos de força maior ou caso fortuito.

2.21. Extinção da concessão

O contrato de parceria pode ser extinto por iniciativa do Poder Concedente, do concessionário ou por consenso entre as partes, conforme hipóteses previstas na lei 8.987/95:

- (i) Advento do termo contratual;
- (ii) Encampação;
- (iii) Caducidade;
- (iv) Rescisão Contratual;
- (v) Anulação; e
- (vi) Falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Em todas as hipóteses, retornam ao Poder Concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário, conforme previsto no edital e estabelecido no contrato, bem como a imediata assunção do serviço pelo Poder Concedente. Nos casos de extinção por encampação ou por término do prazo contratual, serão realizados os procedimentos necessários para determinar a indenização devida ao particular, tais como: levantamentos, avaliações e liquidações.

2.21.1 Término do Prazo Contratual

Ao final do prazo de vigência, o contrato é extinto e ocorre a reversão, em que os bens do concessionário, necessários ao exercício do serviço público, integram-se ao patrimônio do Poder Concedente. Pode-se prever no contrato a extinção dos contratos acessórios e retorno ao poder concedente dos bens reversíveis.

Alguns exemplos de cláusulas sobre o término ou o advento do prazo do contrato podem ser vistos abaixo:

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306: advento do Termo Contratual

28.1. Encerrado o Prazo da Concessão, a Concessionária será responsável pelo encerramento de quaisquer contratos inerentes à Concessão celebrados com terceiros, assumindo todos os encargos, responsabilidades e ônus daí resultantes.

28.2.A Concessionária deverá tomar todas

as medidas razoáveis e cooperar plenamente com a AGEPAN para que os serviços objeto da Concessão continuem a ser prestados de acordo com o PER sem que haja interrupção dos serviços objeto da Concessão, bem como prevenindo e mitigando qualquer inconveniência ou risco à saúde ou segurança dos usuários e dos funcionários da AGEPAN.

28.3.A Concessionária não fará jus a qualquer indenização relativa a investimentos vinculados aos Bens Reversíveis em decorrência do término do Prazo da Concessão, tendo em vista o disposto na Subcláusula 4.3.2.

- PPP Complexo do Mineirão: término do prazo contratual

42.1. A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA extingue-se quando se verificar o término do prazo de sua duração, extinguindo-se, por consequência, as relações contratuais entre as PARTES, com exceção daquelas expressamente previstas neste CONTRATO, não sendo devida nenhuma indenização à CONCESSIONÁRIA.

42.2. Quando do advento do termo contratual, a CONCESSIONÁRIA será responsável pelo encerramento de quaisquer contratos inerentes à CONCESSÃO ADMINISTRATIVA e celebrados com terceiros, segundo regras para cálculo e pagamento dos valores residuais, nos termos da legislação vigente, assumindo todos os ônus daí resultantes.

42.3. Até 12 (doze) meses antes da data do término de vigência contratual, o PODER

CONCEDENTE estabelecerá, em conjunto com a CONCESSIONÁRIA, programa de desmobilização operacional, a fim de definir as regras e procedimentos para a assunção da operação pelo PODER CONCEDENTE, ou por terceiro autorizado.

2.21.2 Encampação

A encampação é o encerramento da concessão, por ato do Poder Concedente, durante o transcurso do prazo inicialmente fixado, por motivo de conveniência e oportunidade administrativa, sem que o concessionário tenha dado causa ao ato extintivo. Caracteriza-se, portanto, pela extinção antecipada e unilateral do contrato de concessão, com base no interesse público, necessidade de lei específica e indenização ao concessionário.

Deve ser prevista contratualmente a possibilidade de retomada da concessão, via encampação, pelo poder concedente, mediante lei autorizativa e após prévio pagamento de indenização, para fins de atendimento ao interesse público.

As cláusulas de encampação estão presentes em todos os contratos, regulando o procedimento que seguirá a esta ação. É possível ver alguns exemplos abaixo:

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: encampação

35.1. A SANESUL poderá, durante a vigência da Concessão Administrativa, promover a retomada dos Serviços de Esgotamento

Sanitário, por motivo de interesse público devidamente justificado em processo administrativo, garantindo-se o devido processo legal, após prévio pagamento, à SPE, da indenização estabelecida no Contrato.

35.2. Em caso de encampação, a SPE terá direito à indenização paga previamente, nos termos dos artigos 36 e 37 da Lei federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

35.3. Na ocorrência de extinção da Concessão Administrativa por encampação, a SANESUL poderá, se aplicável, (i) subrogar-se no(s) contrato(s) de financiamento responsabilizando-se pelos saldos remanescentes assumidos pela SPE com instituições financeiras ou (ii) computar o valor dos débitos remanescentes na indenização a ser paga pela SANESUL nos termos da Subcláusula 35.1 acima.

35.4. A indenização devida à SPE no caso de encampação poderá ser paga pela SANESUL diretamente aos financiadores da SPE, se aplicável, e tal valor deverá ser descontado do montante total da indenização devida à SPE.

35.5. A SANESUL, previamente à encampação da Concessão Administrativa, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação do montante da indenização eventualmente devida à SPE, que incluirá:

35.5.1. Os investimentos realizados pela SPE que ainda não estiverem depreciados ou amortizados;

35.5.2. Os custos oriundos da rescisão ante-

cipada de contratos mantidos entre a SPE e terceiros diretamente relacionados às obras ou aos serviços objeto do Contrato;

35.5.3. Caso não incida a hipótese de subrogação prevista na Subcláusula 35.3, os custos incorridos pela SPE com a rescisão antecipada de contratos de financiamento;

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: encampação

27.1. A SESAB poderá, a qualquer tempo, encampar a Concessão, por motivos de interesse público, mediante lei autorizativa específica e prévio pagamento de indenização, a ser calculada nos termos da subcláusula 27.2 abaixo.

27.2. A indenização devida à Concessionária em caso de encampação cobrirá:

(i) as parcelas dos investimentos realizados, inclusive em obras de manutenção, bens e instalações, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados para o cumprimento deste Contrato, deduzidos os ônus financeiros remanescentes;

(ii) a desoneração da Concessionária em relação às obrigações decorrentes de contratos de financiamentos por esta contraídos com vistas ao cumprimento do Contrato, mediante, conforme o caso: (a) prévia assunção, perante as instituições financeiras credoras, das obrigações contratuais da Concessionária, em especial quando a receita figurar como garantia do financiamento; ou (b) prévia indenização à

Concessionária da totalidade dos débitos remanescentes desta perante as instituições financeiras credoras; e

(iii) todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações que se fizerem devidas a fornecedores, contratados e terceiros em geral, inclusive honorários advocatícios, em decorrência do consequente rompimento dos respectivos vínculos contratuais.

27.3. A SESAB determinará a indenização devida à Concessionária antes da encampação da Concessão.

2.21.3 Caducidade

A caducidade é modalidade de encerramento da concessão, por ato do Poder Concedente, antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão da inadimplência da concessionária, ou seja, por motivo de fato comissivo ou omissivo, doloso ou culposo, imputável à concessionária e caracterizável como violação grave de suas obrigações.

Por se tratar de medida grave, a minuta contratual deve delimitar minimamente as hipóteses de caducidade, observadas as hipóteses previstas no artigo 38, §1º, da lei 8.987/95:

- (i) Serviço prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
- (ii) Descumprimento de cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares

concernentes à concessão pela Concessionária;

(iii) Concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

(iv) Concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

(v) Concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

(vi) Concessionária não atender a intimação do Poder Concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

(vii) Concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão.

A declaração de caducidade deve ser precedida, de maneira mandatária, de processo administrativo para apuração da inadimplência do parceiro privado, no qual se assegure a ampla defesa ao concessionário, que deverá ser comunicado dos descumprimentos contratuais imputados, de maneira detalhada, e fixado prazo para a correção das falhas e transgressões apontadas. Caso comprovada a inadimplência arguida, a caducidade deve ser declarada por decreto do Poder Concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo. Deve ser previsto em

contrato o procedimento para cálculo da indenização pelos bens reversíveis que não foram totalmente amortizados ou depreciados.

As cláusulas contratuais que versam acerca da caducidade estabelecem a forma que será regido o processo e quando poderá ser declarada. Alguns exemplos de cláusulas abaixo:

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: caducidade

36.1. Nas situações enumeradas pela Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a SANESUL poderá declarar a caducidade da Concessão Administrativa, em processo administrativo, garantindo-se o devido processo legal, depois de esgotadas as possibilidades de solução previstas no Contrato, sem prejuízo das aplicações das sanções contratuais, respeitadas as disposições desta Cláusula e as normas convencionadas entre as Partes.

36.2. A declaração de caducidade da Concessão Administrativa deverá ser precedida da verificação da efetiva inadimplência da SPE em processo administrativo conduzido pela SANESUL, assegurando-se à SPE o direito de ampla defesa e contraditório, nos termos do procedimento previsto na Cláusula 30 do Contrato.

36.2.1. Não será instaurado processo administrativo de inadimplência para a declaração de caducidade antes de a SPE ter sido prévia e detalhadamente comunicada a respeito das infrações contratuais praticadas, devendo ser-lhe concedido prazo razoável,

não inferior a 30 (trinta) dias, para corrigir as falhas e transgressões apontadas, observadas as condições previstas no Contrato.

36.3. Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada pela SANESUL, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

36.4. A decretação da caducidade implicará a imissão imediata, pela SANESUL, da posse de todos os bens, e não acarretará, para a SANESUL, qualquer espécie de responsabilidade em relação a ônus, encargos, obrigações ou compromissos com terceiros assumidos pela SPE, notadamente em relação a obrigações de natureza trabalhista, tributária e previdenciária.

36.5. Na ocorrência de extinção da Concessão Administrativa por caducidade, a indenização à SPE obedecerá ao disposto no parágrafo 5º do artigo 38 da Lei federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

36.6. Eventuais discordâncias entre as Partes em relação ao cálculo da indenização realizado pela empresa de consultoria especializada serão submetidas ao Comitê Técnico de Governança, sendo que, na falta de consenso entre os seus membros, qualquer das Partes poderá recorrer à arbitragem.

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: caducidade

28.1. A SESAB poderá declarar a caducidade da Concessão na ocorrência de qualquer dos seguintes eventos:

(...)

28.2. A SESAB não poderá declarar a caducidade da Concessão com relação ao inadimplemento da Concessionária (a) resultante dos eventos relativos aos riscos da Concessão cuja responsabilidade é do Poder Concedente ou (b) causado pela ocorrência de caso fortuito ou força maior.

28.3. A declaração de caducidade da Concessão deverá ser precedida da verificação do inadimplemento contratual da Concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

28.4. Não será instaurado processo administrativo de caducidade sem prévia notificação à Concessionária, sendo-lhe dado, em cada caso, prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento nos termos contratuais.

28.5. Instaurado o processo administrativo e comprovado o inadimplemento, a caducidade será declarada pela SESAB, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo e de acordo com as subcláusulas 28.8 e 28.9 abaixo.

28.6. Declarada a caducidade e paga a respectiva indenização, não resultará para a SESAB qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da Concessionária.

28.7. A declaração de caducidade acarretará, ainda:

(i) a execução da Garantia de Execução do Contrato, para ressarcimento de eventuais prejuízos causados ao Poder Concedente; e

(ii) retenção de eventuais créditos decorrentes do Contrato, até o limite dos prejuízos causados ao Poder Concedente.

28.8. A indenização devida à Concessionária em caso de caducidade restringir-se-á ao valor dos investimentos vinculados a Bens Reversíveis ainda não amortizados.

2.21.4. Rescisão Contratual

O contrato poderá ser rescindido pela concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo Poder Concedente, mediante ação judicial proposta especificamente para requerimento da rescisão do contrato. Nessa hipótese, a concessionária não poderá interromper ou paralisar os serviços prestados, até o trânsito em julgado da ação, momento que o Poder Concedente deve assumir imediatamente a execução dos serviços. Caso a concessionária requeira a rescisão via juízo arbitral, os serviços também não poderão ser interrompidos ou paralisados até laudo arbitral final.

O contrato também pode ser rescindido por consenso entre as partes quando, de mútuo acordo, Poder Concedente e concessionária resolvem antecipar a extinção da relação jurídica, circunstância em que a composição patrimonial entre as partes se faz amigavelmente.

Algumas cláusulas contratuais que versam sobre a rescisão do contrato estão exemplificadas e destrinchadas abaixo. Outro exemplo poderá ser visto na cláusula 37 do contrato de PPP de saneamento básico de Mato Grosso do Sul.

- Concessão da Rodovia Estadual MS-306: rescisão contratual

31.1. A Concessionária deverá notificar o Poder Concedente de sua intenção de rescindir o Contrato no caso de descumprimento das normas contratuais pelo Poder Concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim, nos termos previstos na legislação.

31.2. Os serviços prestados pela Concessionária somente poderão ser interrompidos ou paralisados após o trânsito em julgado da sentença judicial que decretar a rescisão do Contrato.

31.3. A indenização devida à Concessionária no caso de rescisão será calculada de acordo com a Subcláusula 29.2.

31.4. Para fins do cálculo da indenização, considerar-se-ão os valores recebidos pela Concessionária a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos ou circunstâncias que ensejaram a rescisão.

- PPP Rodovia MG-050: rescisão contratual

54.1. No caso de descumprimento pela SETOP de suas obrigações, o presente Contrato poderá ser rescindido por iniciativa da Concessionária, no prazo de 90 (noventa)

dias, contado da data de notificação da SETOP pela Concessionária, sem que tenha sido sanado o descumprimento.

54.1.1. O serviço prestado pela Concessionária não poderá ser interrompido ou paralisado até que seja decretada a rescisão do Contrato.

54.1.2. A SETOP arcará com as indenizações decorrentes do inadimplemento contratual a que deu causa, podendo, para tanto e a seu critério, constituir fundos específicos e contratar seguros de mercado, consoante critérios de reembolso de valores residuais.

54.2. O presente Contrato também poderá ser rescindido por consenso entre as partes, que compartilharão os gastos e as despesas decorrentes da rescisão contratual.

54.3. Cumpre à SETOP, em havendo a rescisão deste Contrato:

I – assumir a prestação do serviço, ou promover nova licitação, adjudicando o seu objeto ao licitante consagrado vencedor antes da efetiva rescisão desta CONCESSÃO PATROCINADA, a fim de assegurar a continuidade da prestação do serviço; e

II – verificar se é possível transferir para a nova Concessionária o dever de indenizar a anterior.

2.21.5. Anulação

A anulação se caracteriza pelo encerramento forçado do contrato de concessão em decorrência de vícios constatados no contrato ou, inclusive, no processo de licitação. O vício pode ser pronunciado pela Administração, de ofício, ou pelo Judiciário.

A anulação do contrato gera o ônus de se indenizar a concessionária, caso o vício não seja a ela atribuível ou não tenha concorrido para tanto. A indenização devida, como nas hipóteses de encampação e rescisão, deve abarcar, também, as parcelas não amortizadas ou depreciadas dos bens reversíveis e as perdas e danos decorrentes da extinção antecipada do contrato.

As cláusulas contratuais de anulação do contrato comumente regulam as consequências de tal ato e como as partes deverão proceder em decorrência da anulação, conforme exemplos abaixo:

- Concessão da Rodovia Estadual MS-30: anulação do contrato

32.1. O Poder Concedente deverá declarar a nulidade do Contrato, impedindo os efeitos jurídicos que ordinariamente deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos, se verificar ilegalidade em sua formalização ou na Concorrência.

32.2. Na hipótese descrita na Subcláusula 32.1, se a ilegalidade for imputável apenas à própria AGEPAN ou ao Poder Concedente, a Concessionária será indenizada pelo que houver executado até a data em que a nu-

lidade for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, descontados, todavia, quaisquer valores recebidos pela Concessionária a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos ou circunstâncias que ensejaram a declaração de nulidade.

- PPP Hospital do Subúrbio da Bahia: anulação do contrato

30.1. A SESAB deverá declarar a nulidade do Contrato, impedindo os efeitos jurídicos que ordinariamente deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos, se verificar ilegalidade em sua formalização ou no Leilão.

30.2. Na hipótese descrita na subcláusula anterior, se a ilegalidade for imputável apenas à própria SESAB, a Concessionária será indenizada pelo que houver executado até a data em que a nulidade for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, descontados, todavia, quaisquer valores recebidos pela Concessionária a título de cobertura de seguros relacionados aos eventos ou circunstâncias que ensejaram a declaração da nulidade.

2.21.6. Falência ou extinção da Concessionária

O contrato de concessão pode ser extinto quando a própria concessionária deixa de existir, como nos casos de decretação de falência, por exemplo, em que a continuidade e manu-

tenção do contrato é inviabilizada. Nas hipóteses de recuperação judicial pela concessionária, mesmo que seja possível a manutenção das atividades da concessão, deve-se prever no edital e contrato a possibilidade de extinção da relação, caso constatado prejuízo às atividades previstas contratualmente.

Como a lei não disciplina tais hipóteses é importante que o contrato seja capaz de regular as consequências de sua extinção por falência da concessionária ou extinção da própria empresa contratada. Nesse sentido, é possível que se aplique soluções similares àquelas utilizadas nos casos de caducidade.

É comum que os contratos abarquem cláusulas destrinchando a hipótese de falência da concessionária, como demonstrado abaixo:

- PPP de Esgotamento Sanitário de Mato Grosso do Sul: falência da SPE

38.1. A Concessão Administrativa será extinta caso a SPE tenha sua falência decretada, por sentença transitada em julgado, ou extinção da SPE.

38.2. A indenização devida pela SANESUL, no caso previsto nesta cláusula, será calculada pela SANESUL tomando como base os investimentos realizados pela SPE, que ainda não tenham sido depreciados ou amortizados, no curso do Contrato, corrigidos monetariamente nos mesmos termos do reajuste, desde a data do investimento até a data do pagamento da indenização.

38.3. Decretada a falência, a SANESUL imitir-se-á na posse de todos os Bens Reversí-

veis e assumirá imediatamente a execução do objeto do Contrato.

38.4. É facultado à SANESUL atuar preventivamente, por meio da adoção de mecanismos de acompanhamento periódico da situação econômico-financeira da SPE, para assegurar a manutenção das condições de habilitação e qualificação exigidas durante o procedimento licitatório.

38.5. Não será realizada partilha do eventual acervo líquido da SPE extinta entre seus acionistas, antes do pagamento de todas as obrigações perante a SANESUL, e sem a emissão de auto de vistoria pela SANESUL que ateste o estado em que se encontram os Bens Reversíveis.

- Concessão do Lote Rodoviário Piracicaba – Panorama: falência da Concessionária

47.1. A CONCESSÃO será extinta caso a CONCESSIONÁRIA tenha sua falência decretada, por sentença transitada em julgado, ou no caso de recuperação judicial que prejudique a execução deste CONTRATO.

47.2. Decretada a falência, o PODER CONCEDENTE imitir-se-á na posse de todos os bens afetos à CONCESSÃO e assumirá imediatamente a execução do objeto do presente CONTRATO.

47.3. Na hipótese de extinção da CONCESSIONÁRIA por decretação de falência, recuperação judicial que prejudique a execução deste CONTRATO, ou dissolução da CONCESSIONÁRIA por deliberação de seus acionistas, aplicar-se-ão as mesmas disposições referentes à caducidade da

CONCESSÃO, com instauração do devido processo administrativo para apuração do efetivo prejuízo e determinação das sanções aplicáveis.

47.4. Não será realizada partilha do eventual acervo líquido da CONCESSIONÁRIA extinta entre seus acionistas antes do pagamento de todas as obrigações com o PODER CONCEDENTE e com a ARTESP, bem como sem a emissão de Termo Definitivo de Devolução pela ARTESP.

47.5. As disposições desta Cláusula Quadragésima Sétima não prejudicarão a incidência ou o cumprimento das obrigações estabelecidas em favor dos FINANCIADORES no ACORDO TRIPARTITE, se vier a ser celebrado.

3. Principais Elementos que Compõem o Caderno de Encargos

O anexo aborda o caderno de encargos, que se destina a reunir obrigações das partes e demais atores envolvidos no projeto, de forma detalhada e exemplificativa. Pode-se prever: (i) marcos contratuais; (ii) forma pormenorizada da gestão do contrato; (iii) especificação quanto aos planos de trabalho; (iv) manutenção, modernização e implantação de sistemas; (v) descritivo da capacitação das equipes; (vi) detalhamento da fiscalização, entre outros

3.1. Obrigações do Poder Concedente

O Poder Concedente, como titular dos serviços e bens que integram a concessão, possui como principal função coordenar, acompanhar e fiscalizar a execução das atividades delegadas ao ente privado, visando garantir que serão desempenhadas em conformidade com o contrato. Nos contratos de parceria há, além dos encargos comuns a contratos administrativos, encargos específicos que dependerão das características do projeto.

Dentre os encargos assumidos pelo Poder Concedente, é possível citar:

- (i) A celebração de convênios ou consórcios eventualmente necessários;
- (ii) Fiscalização do contrato de maneira direta ou através de terceiros contratados;
- (iii) Aplicação das sanções e penalidades previstas contratualmente;
- (iv) Declaração do regime de bens públicos reversíveis e vinculados;
- (v) Verificação da qualidade do serviço, de maneira direta ou via contratação de terceiros, inclusive para fins de pagamentos variáveis;
- (vi) Cumprimento das disposições regulamentares e contratuais do serviço;
- (vii) Intervenção na prestação do serviço e extinção da concessão.

No âmbito de Mato Grosso do Sul, a entidade responsável contará com o auxílio do CGP e, sobretudo, do EPE para auxiliá-la no desempenho dessas obrigações e encargos.

3.2. Obrigações gerais e específicas da Concessionária

O rol de obrigações da concessionária em contratos de parcerias é mais extenso e complexo, de modo que o caderno de encargos deve abarcar todos esses deveres de forma clara e detalhada. Assim como o Poder Concedente, a concessionária também possui obrigações gerais, comuns e específicas de acordo com as particularidades de cada contrato.

Dentre os encargos assumidos pela concessionária, previstos no art. 20 da Lei Estadual 4.303/12, bem como a legislação federal aplicável a depender da forma de parceria escolhida, é possível citar:

- (i) Manutenção, durante a execução do contrato, dos requisitos de capacidade técnica, econômica e financeira exigidos para a contratação;
- (ii) Assunção de obrigações de resultado definidas pelo Poder Público, com liberdade para a escolha dos meios para a sua implementação;
- (iii) Submissão da análise quanto à qualidade e disponibilidade dos serviços prestados ao controle estatal permanente;
- (iv) Sujeição aos riscos do empreendimento, observada a alocação de riscos prevista no contrato;

- (v) Promover as desapropriações decretadas pelo Poder Público quando e na forma prevista no contrato.

Além das obrigações gerais, o caderno de encargos deve abranger e tratar, ainda, aspectos singulares do projeto, relativos à própria execução do contrato, como as condições e especificações pertinentes à execução da infraestrutura, se houver, forma de atendimento ao usuário, quando cabível, questões ambientais a serem observadas demais questões afetas à prestação dos serviços objeto da parceria.

3.3. Obrigações comuns às partes

As obrigações comuns às partes são aquelas relacionadas ao cumprimento de princípios, regras gerais decorrentes da legislação e diretrizes voltadas ao alcance dos resultados esperados com o projeto de parceria, como: a busca pela sustentabilidade ambiental; a preferência pelo uso de mecanismos de resolução amigável de conflitos, atenção ao bem-estar social da localidade onde o projeto será instalado, entre outras. No geral, trata-se de conteúdo que reforça a necessidade de cooperação entre as partes, elemento fundamental em contratos de longo prazo e grande vulto, especialmente para redução da litigiosidade e melhora da relação contratual.

3.4. Obrigações dos Controladores da SPE

O caderno de encargos pode contemplar também as responsabilidades, deveres e limites da atuação dos controladores da SPE, tendo em vista a sua importância para o controle e interferência na sociedade e, por conseguinte, na própria concessão. Além disso, a previsão se torna habitual diante da possibilidade de celebração de contratos de parceria pela SPE, nos quais o papel e envolvimento de seus controladores é fator relevante ao bom funcionamento da parceria.

3.5. Direitos do Poder Concedente e da Concessionária

Como nos contratos de parceria, o direito de uma das partes pode corresponder a um dever da outra parte, ao se estabelecer as obrigações dos contratantes, pode-se prever o direito da outra parte exigir o cumprimento da obrigação. Daí a importância de se prever expressamente no contrato de parceria, ou no caderno de encargos, cada um dos direitos e prerrogativas das partes.

3.6. Direitos e deveres dos usuários do serviço concedido

Os contratos de parceria têm como principal objetivo a melhoria da prestação do serviço público ao usuário. Logo, mesmo que o usuário não faça parte do contrato, possui papel fundamental na dinâmica de sua execução, so-

bretudo na modalidade concessão, o que torna de grande importância a descrição de seus direitos e o nível de serviço a ser entregue pelo parceiro privado, no caderno de encargos. A depender da realidade do projeto, é necessário que o caderno de encargos estabeleça também a forma de cooperação entre o Poder Concedente e a concessionária, no que se refere à garantia dos deveres dos usuários, tendo em vista a existência de funções públicas indelegáveis.

São direitos dos usuários, entre outros:

- (i) Prestação adequada do serviço (regularidade, segurança, continuidade, modicidade tarifária, quando aplicável);
- (ii) Participação na avaliação da qualidade do serviço prestado, quando cabível;
- (iii) Transparência de informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;
- (iv) Comunicação às autoridades competentes de eventuais atos ilícitos praticados pela concessionária ou prestação inadequada do serviço;
- (v) Contribuição para manutenção das boas condições dos bens públicos.