

PROCESSO:	2022/75010/000008
EDITAL:	Concorrência Pública 001/2023
OBJETO:	CONTRATOS DE PARCERIA PÚBLICO PRIVADA - PPP, NA MODALIDADE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, PARA IMPLANTAÇÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DE UNIDADES GERADORAS DE ENERGIA FOTOVOLTAICA NO ÂMBITO DA GERAÇÃO DISTRIBUÍDA E DOS SERVIÇOS DE GESTÃO DA COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS DE ENERGIA ELÉTRICA PARA O GOVERNO DO ESTADO DO TOCANTINS.
SOLICITANTE:	

RESPOSTA AO PEDIDO DE ESCLARECIMENTO

QUESTIONAMENTO 1:

CONSIDERANDO que no Anexo I – Termo de Referência, no item 3.4 informa custos não que não serão absorvidos pela Concessionária, tais como: custo de disponibilidade, demanda contratada, consumo ponta, fora ponta e ultrapassagem das unidades consumidoras de Média Tensão (MT), além de não estarem incluídas as contas referentes a iluminação pública.

CONSIDERANDO que, dos custos previstos no Edital não constam a despesa relativa ao TUSD Fio B, que é um valor que passou a ser devido com a entrada em vigor nas novas regras de faturamento dos consumidores que fazem compensação de créditos de energia de Geração Distribuída determinadas pela Lei 14.300/2022 e regulamentadas pelas Resoluções Normativas da Aneel 3.169/2022 de 29/12/2022 e 1059/2023 de 07/02/2023 e que serão cobrados nas faturas mensais da distribuidora de energia elétrica de cada unidade consumidora.

CONSIDERANDO que No Anexo II – Plano de Negócio, nos itens 3.2, 4.2 e 5.2 que descrevem a estimativa de OPEX para cada lote, não há, também, uma previsão de despesa para concessionária arcar com os custos da TUSD Fio B que serão cobrados na fatura de cada unidade consumidora recebedora de créditos de energia elétrica. CONSIDERANDO que, como o edital foi publicado em 03/05/2023, já em plena vigência da Lei 14.300/2022 e o impacto do custo da TUSD Fio B ao longo do contrato é significativo e pode impactar muito a análise da viabilidade econômica do projeto.

CONSIDERANDO a RESPOSTA TÉCNICA 3 a esclarecimento solicitado, sobre a mudança que trouxe a Lei 14300, que acarretará um aumento gradativo da cobrança do "fio B", chegando ao patamar de 90% em 2028, onde foi esclarecido que tais custos são fruto de alteração na legislação e regulação da Geração Distribuída, situação esta que é, de forma expressa, considerada como um risco compartilhado entre o Poder Concedente e a Concessionária, conforme disposto na Matriz de Risco, que é o Anexo 5 do Contrato.

Tendo em vista as considerações acima expostas, solicitamos esclarecer o entendimento sobre risco compartilhado. NO NOSSO ENTENDIMENTO, ENTENDEMOS por todo o exposto que a responsabilidade pelo pagamento dos custos da TUSD Fio B é do PODER CONCEDENTE.

→ ESTÁ CORRETO NOSSO ENTENDIMENTO?

RESPOSTA TÉCNICA 1:

Inicialmente, é importante ressaltar que a referida licitação não se refere a uma concorrência comum regida apenas pela Lei Federal nº 8.666/1993, tratando-se de uma parceria público-privada, que segue como norma majoritária a Lei Federal nº 11.079/04. Portanto, além das previsões editalícias obrigatórias que constam no art. 40, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/1993, cabe aqui trazer o art. 5º, da Lei Federal 11.079/04, que dispõe sobre a imprescindibilidade de cláusulas em contratos de PPPs:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação; (grifo nosso)

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; (grifo nosso)

IV – as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais; (grifo nosso)

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII – a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 ;

IX – o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

XI – o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012) [...]

Conforme o inciso I predisposto, as PPPs se configuram como contratos de longo prazo, podendo durar de cinco, até trinta e cinco anos. No caso da presente licitação, trata-se de uma vigência de vinte e cinco anos. Devido a isso, é natural que se disponha de mecanismos que permitam que haja certa flexibilidade no desenvolvimento da concessão. A alta extensão temporal do contrato pressupõe uma grande margem de imprevisibilidades que podem vir a

ocorrer no decorrer do período previsto, que englobam desde atualizações legislativas, até desastres naturais.

Dessa forma, a modelagem em questão busca ao máximo se manter vinculada ao edital, conforme previsão disposta na Lei Federal nº 8.666/1993. Entretanto, alguns fatores não são contemplados diretamente em tal dispositivo, devido a indefinições por vir, que são naturais das concessões e parcerias público-privadas. Traz-se aqui o entendimento de Sérgio Guerra¹ quanto ao tema:

Do ponto de vista jurídico-doutrinário, e especificamente quanto aos contratos de concessão de serviços públicos, incluindo-se as PPPs, há quase unanimidade em se afirmar tratar-se de um pacto incompleto e sujeito a muitas alterações ao longo de sua extensa execução.

Verifica-se, portanto, que há um entendimento comum entre a doutrina e a jurisprudência no sentido de que contratos de concessão são flexíveis e, não só podem, como devem, sofrer modificações no decorrer de sua vigência para que suas disposições e condições se mantenham as mais similares possíveis àquelas que foram definidas no momento do firmamento do contrato. A incompletude da PPP e a necessidade de adaptá-la de acordo com a sucessão dos anos é inerente ao seu próprio arranjo.

Tal constatação se materializa mais fortemente ao se considerar o §4º, do art. 10 da Lei Federal nº 11.079/2004, que dispõe o seguinte:

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter **nível de detalhamento de anteprojeto**, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado **com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos**, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica (grifo nosso).

Dessa forma, estabelece-se que os estudos de engenharia de PPPs vão ser licitados a partir do nível de detalhamento de anteprojeto, ou seja estudos preliminares por meio de diretrizes básicas, com orçamentos sintéticos baseados em valores de mercado. Têm-se a constatação de uma grande diferença quanto a licitações que estão submetidas estritamente à Lei Federal 8.666/1993, em que os certames ocorrem a nível de projeto básico. Verifica-se, assim, que o próprio aparato legislativo compreende a complexidade de objeto contratual e define diretrizes para sua flexibilidade de acordo com as necessidades do Poder Concedente e da Concessionária.

Frente a isso, o inciso III e IV, da Lei Federal 11.079/2004, destacados de antemão, trazem mecanismos que buscam diminuir tais imprevisibilidades, que são a necessidade de se haver uma matriz de riscos e de trazer as formas de atualização dos valores contratuais nas licitações de PPP. Ao se tratar desta concorrência em questão, essas disposições são materializadas no processo de reequilíbrio econômico disposto na cláusula 15 da própria minuta de contrato e em seu Anexo 5 - Matriz de Riscos.

Tais dispositivos buscam diminuir as incertezas, identificando-as e caracterizando-as a partir da previsão de riscos a serem assumidos por cada parte, além de estabelecer mecanismos para serem utilizados no caso da sucessão de eventos que não estejam contemplados neste Anexo 5, trazendo instrumentos concretos, passíveis de se aplicar caso

haja necessidade de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Destarte, se firma uma maior segurança sobre as imprecisões que um contrato de longo prazo carrega.

Dito isso, têm-se que no que diz respeito ao questionamento da potencial licitante acerca da responsabilidade pelo pagamento dos custos da TUSD Fio B, é necessário ressaltar que os referidos custos passaram a ser devidos com a entrada em vigor das novas regras de faturamento dos consumidores que fazem compensação de créditos de energia de Geração Distribuída, determinadas pela Lei nº 14.300/2022 e regulamentadas pela Resolução Normativa da Aneel 3.169 de 29/12/2022, de maneira que, à época de estruturação do referido projeto, a Lei 14.300 ainda não encontrava-se em vigor.

Ou seja, tais custos são fruto de alteração na legislação e regulação da Geração Distribuída, situação esta que é, de forma expressa, considerada como um risco compartilhado entre o Poder Concedente e a Concessionária, conforme disposto na Matriz de Risco, que é o Anexo 5 do Contrato.

Nesse sentido, o referido Anexo define como sendo um Risco Regulatório e Legislativo a “alteração na legislação e regulação da Geração Distribuída que modifique a estrutura de incentivos e custos incidentes para acessantes, e que impacte diretamente nos custos da Concessionária”, atribuído de forma compartilhada ao Poder Concedente e a Concessionária.

Dessa forma, à luz da referida matriz, tal risco é passível de mitigação pela abertura de procedimento para reequilíbrio econômico-financeiro, o que propicia a devida estabilidade contratual entre as partes.

Sabe-se que a repartição de riscos é um dos elementos centrais nos contratos de longo prazo como os de parcerias público-privadas, de maneira que a Lei 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, evidencia a repartição objetiva de riscos entre as partes como uma de suas diretrizes fundamentais nos termos do art. 4º, inc. VI:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

(...)

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; (grifo nosso)

Portanto, é notório que a repartição objetiva de riscos entre as partes no caso em tela encontra-se suficiente para a consecução eficiente do contrato que envolve o edital.

QUESTIONAMENTO 2:

CONSIDERANDO que a realidade do setor elétrico brasileiro indica a existência de dificuldade na obtenção de parecer de acesso para miniusinas de geração distribuída. Várias distribuidoras estão apresentando pareceres de acesso com obras milionárias e muitas vezes com prazos longos para execução das mesmas.

CONSIDERANDO que nos Anexos I e II não há menção aos custos destas obras e o Anexo 5 – Matriz de Riscos, impõe toda a responsabilidade da obtenção dos pareceres de acesso à Concessionária.

CONSIDERANDO que a RESPOSTA TÉCNICA 1 a esclarecimento solicitado, a qual indica que é de responsabilidade da licitante requerer junto a concessionária de energia elétrica a disponibilização dos dados atualizados para elaboração de sua proposta.

CONSIDERANDO que não é possível obter um parecer de acesso prévio ao certame e, os estudos mostrados nos Anexo I e II não permitem estimar estes custos, considerando que o parecer de acesso somente poderá ser confirmado junto à Distribuidora de Energia à época da implantação da Usina.

Sendo assim:

i. ENTENDEMOS que, caso seja necessário fazer estes investimentos, será de responsabilidade do Poder Concedente arcar com os custos relativos a ampliação da rede de energia, nos casos em que for preciso a expansão da infraestrutura de transmissão.

ii. ENTENDEMOS ainda que, caso seja responsabilidade do Concessionário realizar este investimento, o mesmo terá direito à reequilíbrio contratual.

→ ESTÁ CORRETO NOSSO ENTENDIMENTO?

RESPOSTA TÉCNICA 2:

Este Poder Concedente esclarece que, a responsabilidade pela solicitação do Parecer de Acesso compete à Concessionária, em conformidade com o Anexo 5 - Matriz de Riscos.

Na mesma toada, é de responsabilidade da Concessionária relacionar-se com a Distribuidora de Energia Local para a resolução de impasses e litígios. *In verbis*:

TÍTULO IV – DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

[...]

4.2 São obrigações da CONCESSIONÁRIA:

4.2.5 assumir a responsabilidade de relacionar-se com a Distribuidora de Energia Elétrica local, com fins a solucionar quaisquer impasses ou litígios que porventura vierem a existir, durante a vigência do CONTRATO;

4.2.6 assumir, integralmente, de modo a isentar o PODER CONCEDENTE, os eventuais custos que vierem a existir provenientes de impasses ou litígios junto à Distribuidora de Energia Elétrica local; (G.N.)

[...]

Destarte, em sendo o caso da Concessionária ter a sua solicitação inviabilizada pela Distribuidora de Energia Local, compete à mesma adotar as medidas cabíveis para a resolução da questão, bem como assumir os riscos inerentes a esse contratempo. Sendo que, a forma de solução não compete ao Poder Concedente e nem o atingirá, ressaltando-se que todas as providências devem estar em conformidade com a legislação.

Portanto, na eventualidade de necessidade de expansão da infraestrutura de transmissão esta será arcada pela Concessionária, uma vez que é de sua responsabilidade promover a execução do objeto licitado e pela razão de o Poder Concedente não ter ingerência nas atividades da Distribuidora de Energia.

Outrossim, é incabível o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro por parte da Concessionária, uma vez que é de sua responsabilidade os investimentos de expansão da rede de transmissão, em caso de impossibilidade de obtenção de Parecer de Acesso, devendo arcar com os riscos inerentes à execução do objeto da Concessão.

TÍTULO IV – DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

[...]

4.2 São obrigações da CONCESSIONÁRIA:

[...]

4.2.21 assumir integral responsabilidade pelos riscos inerentes à execução do OBJETO da CONCESSÃO, exceto quando o contrário resulte expressamente do CONTRATO; (G.N.)

[...]

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO, em Palmas-TO, aos 28 dias do mês de junho de 2023.

(Assinado digitalmente)

KÁSSIA DIVINA PINHEIRO BARBOSA
Presidente da Comissão Permanente de Licitação