

DECISÃO ADMINISTRATIVA DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL SGD: 2023/38969/025979	
Edital:	Concorrência Pública 001/2023
Processo:	2022/75010/000008
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.

1. DA IMPUGNAÇÃO

Trata-se de processo licitatório publicado em 04 de maio de 2023 (DOE 6321), com abertura prevista para o dia 29 de junho de 2023, cuja empresa apresentou impugnação ao Edital.

Alega a impugnante que:

A minuta do Contrato de Concessão Administrativa, item 15.4 e subitens trata da possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro, porém condiciona, quando se tratar de desequilíbrio motivado por reajustes da tarifa de demanda contratada, a um prazo mínimo de 5 anos, a contar da data de Emissão do OFÍCIO DE CONCLUSÃO DA IMPLANTAÇÃO, para o pleito:

15.4 A solicitação de REEQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO poderá ser pleiteada pelas PARTES, a qualquer tempo, durante a vigência da CONCESSÃO, condicionado a apresentação, minimamente, mas sem se limitar à:

- Justificativa para realização do pleito;
- Memória de cálculo que comprove o eventual desequilíbrio do CONTRATO;
- Documentos complementares que fundamentam o pleito apresentado;
- A proposição para correção do desequilíbrio

15.4.1 No caso específico de ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO motivado por reajustes da Tarifa de Demanda Contratada ou dos custos incidentes à conexão das Unidades Geradoras na rede de distribuição de energia, não absorvidos pela metodologia de reajuste previsto neste CONTRATO, poderá ser ensejado o pleito de REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO, e neste caso, deverá ser atendido os seguintes critérios:

- prazo mínimo de 5 (cinco) anos, a contar da data de Emissão do OFÍCIO DE CONCLUSÃO DA IMPLANTAÇÃO, em concordância ao disposto no item 2.5.6 do ANEXO 2 – CADERNO DE ENCARGOS;
- fica mantido o prazo mínimo de 5 (cinco) anos para eventuais novos pleitos a contar da data de publicação do Aditivo no DOE-TO, advindo do Reequilíbrio previsto neste caput.
- a CONCESSIONÁRIA não fará jus ao recebimento de valores retroativos, referentes ao adimplemento de PARCERLA REMUNERATÓRIA MENSAL

(PRM) ou à qualquer pagamento realizado pelo PODER CONCEDENTE no período que antecedente à solicitação de reequilíbrio. Justificativa para realização do pleito;

Qual a justificativa para tal condicionante? Requer seja a referida disposição esclarecida de forma fundamentada.

No caso, entende-se que eventuais mudanças na política de incentivos existentes à geração distribuída de energia, ensejando a cobrança de tarifa de uso dos sistemas de transmissão e distribuição constituem risco suportados exclusivamente do Poder Concedente. Certo? Se o entendimento é diverso justificar.

No estudo que originou a licitação foi contemplada as várias alterações trazidas pela Lei nº 14.300/22, Resolução Normativa ANEEL Nº 1.000, DE 7 DE DEZEMBRO DE 2021 e demais regras tarifárias estabelecidas pela Aneel? A exemplo: 100% da TUSD FIO B + 40% DA TUSD FIO A + TFSEE + P&D? O

Poder Público será o responsável por esses pagamentos, inclusive pela contribuição de iluminação pública?

Portanto, impugna-se os itens acima com o fim de que sejam melhor aclarados, não havendo divergências quanto as interpretações e apresentações das propostas.

2. DA TEMPESTIVIDADE

A empresa apresentou sua impugnação no dia 14 de junho de 2023, portanto dentro do prazo especificado no item 10. do edital do certame licitatório.

3. DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Nos termos descritos no instrumento convocatório, a presente licitação rege-se pela Lei Federal nº 11.079/2004 e Lei Federal nº 8.666/1993, devendo, portanto, respeitar os seus preceitos, além dos preceitos constitucionais, que se aplicam a todos os atos da Administração Pública.

4. DA RESPOSTA TÉCNICA

Por se tratar de questões estritamente técnicas, a área técnica responsável foi consultada e apresentou as seguintes respostas:

Cabe salientar, todavia, que as colocações apresentadas pela impugnante possuem caráter de dúvida e não de apontamento de ilegalidade, não sendo a impugnação o meio adequado para saná-la, tendo em vista que tal ato tem o viés de combater o direcionamento, ilegalidade ou irregularidade fixada no edital de licitação, o que não foi apontado pela peticionante no presente caso.

Porém, buscou esclarecer as dúvidas apresentadas, relativas às disposições do instrumento convocatório, ao qual passa-se a apreciar o mérito:

É cediço que a grande vantagem esperada a partir da presente Concessão Administrativa é a redução considerável dos gastos com energia elétrica, o que aliviará sensivelmente o erário estadual. Portanto, entende-se que o atingimento desses objetivos perpassa não apenas pela redução dos gastos com consumo de energia elétrica pelo Estado de Tocantins, mas também envolve a minoração de outros gastos que compõem a conta de energia, como é o caso, v.g., da

Tarifa de Demanda Contratada.

Assim, fez-se necessário garantir a vantajosidade do projeto ao poder público, mas sem desprezar o direito à aferição de lucro por parte da futura contratada. Nesta toada, em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a solução encontrada foi a exposta no item 15.4.1 da Minuta do Contrato.

Em relação ao item 15.4.1, cumpre explicar, inicialmente, que o lapso de cinco anos para se pleitear reequilíbrio econômico-financeiro é justamente uma forma de partilha dos riscos relativos a reajustes da Tarifa de Demanda Contratada e de manutenção da vantajosidade do projeto ao poder público.

Isso ocorre porque, de um lado, durante o lapso de cinco anos a concessionária irá arcar com essa variação da tarifa, visto que é um risco econômico previsível e extremamente natural a esse tipo de atividade. Ademais, a técnica ainda garante que o poder público tenha vantagem razoável com o projeto, visto que, se a concessionária pudesse pleitear o reequilíbrio a qualquer tempo, o erário estadual continuaria sendo onerado, anualmente, com a conta de energia em padrões muito similares aos atuais, o que tornaria o projeto, no mínimo, insuficientemente benéfico.

Porém, de outro lado, a opção adotada também garante que a concessionária continuará a auferir lucro no longo prazo, visto que após o prazo de cinco anos do reajuste da Tarifa de Demanda Contratada, desde que desequilibrador, esta poderá pleitear o reequilíbrio, o que trará ao Poder Concedente uma parcela de responsabilidade por arcar com esse aumento de gastos, direta ou indiretamente.

Em suma, a condicionante em epígrafe é um meio termo para não desvencilhar a concessionária dos riscos empresariais inerentes à atividade, o que tiraria do Poder Concedente a vantajosidade razoável capaz de justificar o empreendimento em si, mas também não escusa a participação do Estado do Tocantins da oneração pelos aumentos na Tarifa de Demanda Contratada.

Esclarecemos que a possibilidade de alteração da política de incentivo vinculada a geração distribuída de energia enquadra-se no denominado Risco Regulatório e Legislativo, previsto no Anexo 5 - Matriz de Riscos.

DEFINIÇÃO DO RISCO	DESCRIÇÃO	ATRIBUIÇÃO DO RISCO	AÇÕES PARA MITIGAÇÃO
RISCO REGULATÓRIO			
	Alteração superveniente na legislação que ocorra após a DATA DE ENTREGA DAS PROPOSTAS que altere o equilíbrio	COMPARTILHADO	Abertura de procedimento para reequilíbrio

Risco Regulatório e Legislativo	econômico-financeiro do CONTRATO e que traga efetivos prejuízos para o equilíbrio do CONTRATO		econômico financeiro
	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	COMPARTILHADO	Abertura de procedimento para reequilíbrio econômico financeiro

Neste sentido, o Anexo I - Termo de Referência preceitua que a Concessionária deve administrar os riscos previstos na Matriz de Riscos. *In verbis*:

TÍTULO IV – DAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

[...]

4.2 São obrigações da CONCESSIONÁRIA:

[...]

4.2.30 administrar os riscos previstos no ANEXO 5 - MATRIZ DE RISCOS, do CONTRATO;

[...]

Portanto, entendemos que o Edital e seus anexos contém todos os dados e informações necessárias para a formulação de propostas por parte das potenciais licitantes.

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

Rod. TO-010, km 1, lote 11, setor leste, CEP 77001-970 – Palmas/TO | (63) 3218-1737

E-mail: licitacao@ageto.to.gov.br

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 imprevisibilidade, 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.

Dessa maneira, sabe-se 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. 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, não havendo que se falar em correção ou republicação do Edital nesse sentido.

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 impugnado.

Ainda, a título de argumentação, vale salientar que, em que pese a publicação do edital ora impugnado conforme os ditames da Lei 8.666/93 e a consequente observância às regras do referido dispositivo legal, vale ressaltar que a figura da matriz de riscos e a repartição objetiva destes foi abarcada, inclusive, na Nova Lei de Licitações, qual seja, a Lei 14.133/2021.

Assim, a previsão de alocação de riscos por meio de uma matriz que antecipe os riscos que podem se materializar durante a sua execução foi trazida para a dinâmica de todos os contratos administrativos, conforme se extrai do art. 22 do referido diploma:

Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

§ 1º A matriz de que trata o caput deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso ocorra durante a execução contratual.

Dessa forma, entende-se que o risco relacionado às novas regras de faturamento dos consumidores que fazem compensação de créditos de energia de Geração Distribuída,

Rod. TO-010, km 1, lote 11, setor leste, CEP 77001-970 – Palmas/TO | (63) 3218-1737

E-mail: licitacao@ageto.to.gov.br

determinadas pela Lei nº 14.300/2022 e regulamentadas pela Resolução Normativa da Aneel 3.169 de 29/12/2022 está devidamente alocado e englobado no âmbito de um risco regulatório na matriz de riscos, o que mostra-se suficiente e adequado, não havendo que se falar em qualquer necessidade de alteração ou republicação do certame.

Vale destacar, ainda, que alterações legislativas e regulatórias acontecem frequentemente, não se mostrando viável ou possível que o edital atenda a todas essas especificidades e mudanças em todos os momentos. É justamente diante dessa dificuldade que as alterações legislativas e regulatórias, no âmbito da Geração Distribuída, foram previstas como um risco na matriz, a fim de resguardar maior isonomia entre as partes.

À título de exemplo, no que diz respeito à Lei nº 14.300/2022, que estabeleceu o marco legal da Micro e Minigeração Distribuída (MMGD), a ANEEL instaurou somente no ano de 2022 três consultas públicas relativas à regulamentação do Marco Legal da MMGD. Ou seja, é notório que a regulamentação e demais alterações que possam impactar na aplicação da Lei Federal nº 14.300/2022 são dinâmicas e recorrentes.

Portanto, não seria viável aguardar o encerramento do período de contribuição de todas as referidas consultas, nem aguardar que todos os dispositivos da Lei Federal nº 14.300/2022 que dependem de regulamentação da ANEEL sejam de fato regulamentados para estruturar esse tipo de projeto, para tão somente publicar o edital de licitação da concessão. Isto porque, esse cenário atrasaria de forma significativa a execução do projeto e a realização da licitação, cujo objeto, mostra-se imprescindível para o desenvolvimento da infraestrutura do Município.

Assim, entende-se que não seria eficaz a correção e posterior republicação do certame licitatório impugnado, já que muito provavelmente outras consultas públicas e demais regulamentações podem acontecer.

Nesse sentido, merece ressaltar que, conforme dispõe (Nóbrega, 2010)² As PPPs não são instrumentos para extinção de riscos, mas sim, mecanismos adequados para mensurá-los e minimizá-los. Dessa forma, por óbvio, a primeira questão relevante para medir a atratividade, por parte dos parceiros, é compreender se vale a pena assumir os riscos, diante das oportunidades.

Nesta linha, assim como o Poder Concedente assumirá muitos riscos ao acreditar que a modelagem de Parceria Público-Privada será importante para incrementar o investimento em determinados setores, os parceiros privados também precisam de ter tal entendimento, conhecendo o risco que envolve o empreendimento, a fim de ponderá-los.

Sabe-se que a eficiente alocação de riscos reduz a insegurança jurídica e turba a atratividade do contrato, permitindo que os potenciais interessados precifiquem desde já os riscos que terão que assumir e adotem providências tão eficientes quanto possível para reduzir sua probabilidade de ocorrência. Nesse sentido, cabe ao impugnante, a partir da análise da matriz de riscos que compõe o projeto em tela, entender se acha pertinente ou não sua participação.

¹ GUERRA, Sérgio. Equilíbrio Econômico-financeiro e taxa interna de retorno nas parcerias público-privadas (Parcerias Público-Privadas – reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004 – Coord Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

² NÓBREGA, Marcos. Riscos em projetos de infraestrutura: Incompletude contratual; concessões de serviço público e PPPs. ReDAE-Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 22, p. 1981-1861, 2010.

5. DA DECISÃO

Por todo o exposto, DECIDE:

- a) **RECEBER e CONHECER** a impugnação interposta por
, por preencher os requisitos legais.
- b) No mérito, com base no parecer da Área Técnica, julgar **IMPROCEDENTE** suas razões pelos fundamentos acima descritos, mantendo-se o Edital, data e prazos, como publicado;
- c) **DETERMINO** o encaminhamento dos autos para parecer jurídico e manifestação da autoridade superior.

Palmas-TO, 22 de junho de 2023

(Assinado digitalmente)

KÁSSIA DIVINA PINHEIRO BARBOSA KOELLN
PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO