

Guia de certificação em Parcerias Público-Privadas (PPP) da APMG



© 2016 ADB, EBRD, IDB, IsDB, e WBG

Direitos reservados

O Guia de Certificação APMG, referido aqui como Guia PPP, é o Guia de Conhecimentos e Referências (BoK) detalhando todos os aspectos relevantes da criação e implementação de parcerias público-privadas (PPPs) eficientes e sustentáveis. Ele se destina para uso de profissionais do setor de PPP, como governos, consultores, investidores e outros interessados em PPPs. O Guia PPP faz parte da família de credenciais CP3P que, uma vez obtidas, permitem que os indivíduos usem o título de “Certified PPP Professional” - “Profissional Certificado em PPP”, uma designação criada sob os preâmbulos do Programa de Certificação APMG para PPPs. O Programa de Certificação APMG para PPPs, aqui referido como Programa de Certificação, é um produto do Banco Asiático de Desenvolvimento (ADB), Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento (EBRD), Banco Interamericano de Desenvolvimento (IDB), Banco Islâmico de Desenvolvimento, (IsDB) e o Grupo do Banco Mundial (WBG) parcialmente financiados pelo Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF).

“O Grupo Banco Mundial” refere-se às organizações legalmente separadas do Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), Associação Internacional de Desenvolvimento (IDA), Corporação Financeira Internacional (IFC) e Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA). O Mecanismo de Assessoria para Infraestrutura de Parcerias Público-Privada (PPIAF) é um mecanismo de assistência técnica de vários doadores legalmente administrado pelo Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD).

A tradução da Guia de Certificação em Parcerias Público-Privadas da APMG (Guia PPP) para o português foi feita e revisada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (IDB) em coordenação com o Banco Mundial (BM) com o intuito de disponibilizar e difundir conhecimento técnico sobre parcerias público-privadas (PPP) nos países de língua portuguesa.

Este documento foi traduzido buscando adequar a linguagem aos termos utilizados pela comunidade profissional de fala portuguesa. Caso o leitor queira sugerir vocabulário e termos para a melhora do conteúdo, por favor, enviar suas sugestões à Equipe PPP do IDB, pelo e-mail vpc-ppp@iadb.org e para a Equipe PPP do BM, pelo e-mail pubrights@worldbank.org

AVISO LEGAL

As opiniões, interpretações, apontamentos e / ou conclusões expressas neste trabalho são de responsabilidade dos autores e não refletem necessariamente as opiniões ou as políticas ou posições oficiais do ADB, BERD, BID, ISDB, PPIAF e WBG, ou de seus Conselhos de Diretores ou os governos que eles representam. As organizações mencionadas acima não oferecem nenhuma garantia, expressa ou implícita, nem assumem qualquer responsabilidade ou responsabilidade pela precisão, oportunidade, correção, integridade, comercialização ou adequação a um propósito específico de qualquer informação aqui disponível.

Esta publicação segue a prática do WBG em referências a designações de membros e mapas. A designação ou referência a um determinado território ou área geográfica, ou o uso do termo "país" neste documento, não implica a expressão de qualquer opinião por parte das organizações acima mencionadas ou de seus Conselhos de Administração, ou os governos que representam no que se refere à situação jurídica de qualquer país, território, cidade ou área, ou de suas autoridades, ou quanto à delimitação de suas fronteiras ou limites.

Nada aqui deve constituir ou ser considerado uma limitação ou renúncia aos privilégios e imunidades de qualquer uma das organizações do Grupo Banco Mundial, todas as quais são especificamente reservadas.

DIREITOS E PERMISSÕES



Este conteúdo está disponível sob a licença Creative Commons Atribuição 3.0 IGO (CC BY 3.0 IGO) <http://creativecommons.org/licenses/by/3.0/igo>. De acordo com a licença Creative Commons Attribution, você é livre para copiar, distribuir, transmitir e adaptar este conteúdo, inclusive para fins comerciais, nas seguintes condições:

Atribuição — Cite o conteúdo da seguinte forma: ADB, EBRD, IDB, IsDB e WBG. 2016. Guia de certificação em Parcerias Público-Privadas (PPP) da APMG. Washington, DC: Grupo do Banco Mundial. Licença: Creative Commons Atribuição CC BY 3.0 IGO

Traduções – Caso você traduza esse conteúdo, adicione a seguinte isenção de responsabilidade junto com a atribuição: Esta tradução não foi criada pelo ADB, EBRD, IDB, IsDB e/ou WBG e não deve ser considerada uma tradução oficial. As organizações listadas acima não serão responsáveis por qualquer conteúdo ou erro de qualquer tradução referente a este documento.

Adaptações - Se você criar uma adaptação deste conteúdo, adicione a seguinte isenção de responsabilidade junto com a atribuição: Esta é uma adaptação de um trabalho original do ADB, EBRD, IDB, IsDB e WBG. As opiniões e opiniões expressas na adaptação são de responsabilidade exclusiva do autor ou autores da adaptação e não são endossadas pelas organizações acima.

Conteúdo de terceiros - ADB, EBRD, IDB, IsDB e / ou WBG não são necessariamente proprietários de cada componente do conteúdo contido na obra. Portanto, essas organizações não garantem que o uso de qualquer componente individual de terceiros ou parte contida no trabalho não infrinja os direitos desses terceiros. O risco de reclamações resultantes de tal violação recai exclusivamente sobre você. Se você deseja reutilizar um componente ou parte desse conteúdo, passará a ser então sua responsabilidade determinar se a permissão é necessária para tal reutilização e então obter permissão do proprietário dos direitos autorais. Exemplos de componentes podem incluir, mas não estão limitados a, tabelas, figuras e/ou imagens.

Todas as dúvidas sobre direitos e licenças devem ser endereçadas para World Bank Publications, The World Bank Group, 1818 H Street NW, Washington, DC 20433, USA; e-mail: pubrights@worldbank.org.

Capítulo 5: Estruturação e Redação de Minutas do Edital e Contrato

Índice

AVISO LEGAL	2
DIREITOS E PERMISSÕES	2
Introdução.....	9
Diferentes procedimentos de contratação e rotas de licitação	10
1. Objetivos desta fase e onde estamos no ciclo do projeto.....	12
1.1. Objetivos dessa fase.....	12
1.2. Onde estamos no ciclo do processo.....	13
2. Visão Geral da Fase de Estruturação.....	16
Um cronograma realista é essencial.....	18
3. Descrição resumida das principais tarefas a serem realizadas na Fase de Estruturação.....	19
4. Estruturação Financeira (da Perspectiva Pública): Definindo a Estrutura Financeira e o Mecanismo de Pagamento.....	27
4.1. Definição de duração/vigência	29
Qual é a duração/vigência ideal?	33
Outras considerações relacionadas à definição da vigência do contato	34
4.2. Cofinanciamento puro.....	35
Tipos de contribuições de capital (grant financing).....	36
Aspectos do desenvolvimento do contrato	37
Brasil (PPPs regionais de trens e metrô)	38
Espanha (PPPs ferroviárias e metros regionais).....	38
Peru (metrô e rodovias).....	38
Chile – hospitais.....	38
Modelo espanhol de PPP de trem de alta velocidade	39
Austrália.....	39
4.3. Empréstimos públicos: Empréstimos em condições de mercado ou subsidiados de agências governamentais ...	39
Empréstimos públicos subordinados como mecanismo de apoio	40
Mecanismo de financiamento da TIFIA.....	42
Financiamento do BNDES.....	42
Empréstimos do Banco Europeu de Investimento (BEI) para infraestrutura.....	43
4.4. Preenchendo a lacuna de viabilidade de um projeto com cobrança do usuário.....	43
4.5. Participação no <i>equity</i> por parte do governo	45
Disposições contratuais relativas à participação governamental no <i>equity</i>	46
4.6. Outras maneiras de aumentar a viabilidade financeira e a capacidade de pagamento (<i>affordability</i>).....	47
4.7. Categorias de regimes de receita em projetos de PPP.....	49
4.8. Questões de estruturação financeira em projetos com cobrança dos usuários.....	50
4.9. Mecanismos de pagamento vinculados à demanda	53
Estruturação do Risco de Demanda.....	56
Indexação de Tarifas Sombra.....	57
Ajuste de desempenho	58
4.10. Pagamentos por disponibilidade.....	58
4.10.1. Definição de disponibilidade ou indisponibilidade. Enquadramentos e falhas de atendimento de nível de serviço ou critérios de condição.....	61

4.10.2. Composição do Pagamento no Pagamento Unitário e “Pro Rata Temporis”	62
4.10.3. Fatores de ajuste ou deduções	63
4.10.4. Fatores de ponderação de tempo.....	64
4.10.5. Períodos de retificação. Quando começa a indisponibilidade?.....	64
4.10.6. Mecanismo de impacto de repetição	65
4.10.7. Trabalho de manutenção e outras exceções à indisponibilidade	65
4.10.8. A indexação de pagamentos	65
4.10.9. Primeiro Pagamento e Conclusão Antecipada.....	66
4.10.10. Outros pagamentos e ajustes	67
Pagamentos por serviços para alguns serviços administrativos em infraestrutura social e benchmarking de custos.....	67
Ajustes subjetivos e componentes de satisfação do usuário em um mecanismo de pagamento.....	68
4.10.11. Frequência de Pagamentos e o Processo de Cálculo de Pagamentos	69
5. Alocação e Estruturação de Riscos	69
Risco a partir de uma perspectiva financeira	70
5.1. Introdução.....	70
Alocação de risco: definição e justificativa.....	70
A alocação ótima. VfM versus julgamento	72
Riscos endógenos versus exógenos.....	73
Alocação de risco versus estruturação de risco	74
Esboço do conteúdo da seção.....	74
5.2. Definindo Risco: O Ciclo de Gerenciamento de Risco	75
5.3. Identificação de Risco.....	80
5.4. Avaliação de Risco	83
5.4.1. Análise e avaliação quantitativa	83
5.4.2. Usando a análise qualitativa como a abordagem de avaliação de risco para a alocação de risco	84
5.5. Medidas de mitigação (antecipação da mitigação pela autoridade contratante)	86
5.6. Decidindo sobre a Alocação de Risco	87
Situação de padrão e regras gerais.....	87
Lidando com as exceções às regras gerais. Que outros riscos devem ser retidos?.....	89
5.7. Categorias contratuais de riscos: eventos de compensação, alívio e força maior.....	92
5.8. Apresentando os principais riscos do projeto e sua possível alocação	94
5.8.1. Riscos relacionados à fase de projeto e construção, incluindo condições do local.....	94
5.8.2. Riscos durante a fase operacional.....	96
5.8.3. Riscos Financeiros.....	97
5.8.4. Outros riscos que afetam ou que podem ocorrer em ambas as fases da vigência do contrato	98
5.9. Incorporando a Alocação de Risco ao Contrato: Observações Gerais.....	98
6. Sondagem, marketing e comunicação do projeto antes do lançamento do projeto.....	99
7. Definindo Critérios de Qualificação: Estruturação e Elaboração da CDQ	102
7.1. Habilitação / Qualificação Jurídica	106
7.2. Critérios de capacidade/qualificação econômico-financeira.....	106
7.3. Qualificação/Capacidade técnica ou experiência	107
Indicadores de capacidade técnica e experiência	110
7.4. Procedimento Restrito - Lista curta - além da aprovação/reprovação	112
8. Estruturação e Elaboração da Chamada de Propostas. Definindo Requisitos de Proposta e Critérios de Avaliação.....	114

8.1. Requisitos da Proposta.....	116
Prazo. Momento de apresentação.....	116
Validade.....	116
Documentos da proposta.....	116
Garantia de Proposta.....	117
Problemas com o modelo financeiro, pacote financeiro e apresentação das propostas.....	117
8.2. Critérios de avaliação e regulamentos do processo de avaliação.....	118
Critério de avaliação.....	118
Avaliação apenas de preço (objetiva ou numérica).....	119
Preço e qualidade.....	120
Capacidade de resposta e pontuação mínima/qualidade mínima.....	122
Outros critérios técnicos ou qualitativos e questões de subcritérios.....	122
Procedimentos e processo de avaliação.....	125
8.3. O Caso de Diálogo Competitivo, Interação e Processos de Licitação do Tipo "Melhor Oferta Final" (BAFO).....	126
Onde e quando deve ser usado. Processos de diálogo e interativos.....	126
Procedimento negociado e MOF (BAFO).....	127
Processos dialogados e interativos: questões específicas de redação.....	128
Remuneração e risco de abandono.....	128
9. Definição e redação de outros termos comerciais e cláusulas contratuais.....	129
9.1. Conteúdo principal do contrato: direitos, obrigações e arcabouço para disciplinar mudanças e riscos.....	130
9.2. Requisitos de desempenho e gestão de desempenho.....	132
Monitorando e medindo o desempenho.....	133
O impacto dos níveis de desempenho na receita. Ferramentas corretivas para proteger o desempenho.....	134
9.3. Quebra de contrato, sistema de penalidades e eventos de <i>default</i>	135
9.4. Eventos indenizáveis e reequilíbrio do contrato.....	138
9.5. Outras Provisões Financeiras.....	140
Garantias de desempenho ou fiel cumprimento do contrato.....	140
Limites e regulamentos relativos aos fundos de reserva.....	141
Pacote de seguros.....	141
9.6. Confidencialidade e divulgação de informações.....	142
9.7. Alterações contratuais.....	142
9.8. Resolução de Conflitos.....	143
9.9. Disposições de término antecipado.....	146
Definição de como calcular a compensação por término antecipado do contrato.....	147
9.10. Processo de Reversão.....	151
10. Verificação de controle e aprovações antes do lançamento da licitação e planejamento antecipado.....	151
Verificação de viabilidade técnica e due diligence.....	152
Verificação de resultado de custo-benefício positivo/sólido.....	153
Verificação de Viabilidade Comercial.....	153
Verificação do limite de capacidade de pagamento (affordability).....	153
Verificação de VfM positivo (se exigido) ou aceitável;.....	153
Viabilidade jurídica da estrutura do contrato e documentos do processo licitatório.....	154
11. Resumo dos resultados desta fase.....	154
Referências.....	155
Apêndice A do Capítulo 5: Descrevendo os principais riscos em PPPs e potenciais abordagens para alocação.....	158

1.1. Descrição dos principais riscos durante a fase de construção e sua alocação potencial.....	158
1.1.1. Disponibilidade e Aquisição de terreno.....	158
1.1.2. Ambiental.....	159
1.1.3. Alvarás e Licenças.....	160
1.1.4. Risco de projeto.....	160
1.1.5. Risco de Construção.....	161
1.1.6. Conclusão da obra e Comissionamento.....	161
1.1.7. Outros eventos potenciais de interrupção durante a construção.....	162
Condições do local e do solo/riscos geotécnicos.....	162
Vícios ocultos.....	163
Achados Arqueológicos.....	163
Realocação de serviços públicos.....	164
1.2. Descrição dos principais riscos durante a fase de Operações e alocação potencial.....	164
1.2.1. Risco de receita - Risco de demanda ou volume.....	164
Subconjuntos de demanda ou risco de volume: serviços concorrentes e riscos de rede.....	166
1.2.2. Risco de demanda - Níveis tarifários (somente em PPPs com cobrança do usuário).....	166
1.2.3. Risco de demanda- riscos de fraude e de cobrança (somente em PPPs com cobrança do usuário).....	167
1.2.4. Perspectiva privada apenas - Risco de receita - Risco de contraparte do pagamento governamental....	168
1.2.5. Risco de receita - inflação e indexação.....	168
Como definir o mecanismo de indexação.....	169
1.2.6. Receitas de terceiros e receitas suplementares.....	169
1.2.7. Disponibilidade e Risco de Qualidade (e risco de receita da perspectiva privada).....	169
1.2.8. Riscos de manutenção e renovação.....	170
1.2.9. Outros custos operacionais.....	171
Custos gerais da empresa do projeto.....	171
Custos com serviços públicos.....	171
Serviços administrativos.....	172
Custos com seguro.....	172
1.2.10. Obsolescência Tecnológica e Aprimoramentos Técnicos.....	173
1.2.11. Outros custos – Impostos.....	174
1.2.12. Valor residual/condição do ativo no vencimento do contrato - Requisitos de reversão.....	174
1.3. Riscos financeiros e alocação potencial.....	175
1.3.1. Custos Financeiros.....	175
1.3.2. Disponibilidade de Financiamento.....	175
1.3.3. Necessidades inesperadas de financiamento.....	176
1.3.4. Refinanciamento.....	176
1.3.5. Transferência de ações/quotas e Alterações do controle.....	177
1.4. Riscos que afetam ou podem ocorrer em ambas as fases do contrato e sua alocação potencial.....	178
1.4.1. Alteração da Lei – Alterações Específicas e Discriminatórias da Lei.....	178
1.4.2. Alterações unilaterais no Serviço/Escopo das Obras.....	179
1.4.3. Força Maior.....	179
1.4.4. Vandalismo e Greves.....	181
1.4.5. Pacote de seguros e riscos não seguráveis.....	181
1.4.6. Perspectiva Privada - Risco de Término Antecipado.....	181

Quadros

QUADRO 5.1: Objetivos de Aprendizado.....	12
QUADRO 5.2: Como a Avaliação interage com a Estruturação e a Redação das Minutas.....	15
QUADRO 5.3: Definindo a Estruturação do Projeto de PPP.....	17
QUADRO 5.4: Quanto tempo deve ser gasto na Estruturação e Redação do pacote de licitação?.....	18
QUADRO 5.5: Objetivos Concorrenciais da Estruturação Financeira.....	29
QUADRO 5.6: Prazo da dívida, prazo do contrato, “caudas” e alavancagem.....	30
QUADRO 5.7: Exemplos de co-financiamento puro ou não rotativo.....	38
QUADRO 5.8: Exemplos de co-financiamento rotativo (empréstimos públicos).....	42
QUADRO 5.9: Programa de PPP colombiano de rodovias com pedágio e a lacuna de viabilidade.....	44
QUADRO 5.10: Exemplos de preenchimento da lacuna de viabilidade em uma PPP de cobrança dos usuários.....	45
QUADRO 5.11: PPPs de rodovias com cobrança dos usuários: um exemplo de mecanismo de redução de receita.....	53
QUADRO 5.12: Pagamentos por disponibilidade e mercados de PPP imaturos.....	59
QUADRO 5.13: Calibrando o mecanismo de pagamento.....	61
QUADRO 5.14: Esclarecimentos sobre o Escopo do Conceito de Risco adotado neste Capítulo.....	70
QUADRO 5.15: Interação entre Avaliação e Estruturação em Termos de Riscos.....	71
QUADRO 5.16 Risco versus incerteza.....	75
QUADRO 5.17: A Perspectiva Privada: Instrumentos e Estratégias para o Parceiro Privado Gerenciar Riscos Transferidos.....	79
QUADRO 5.18: A Matriz de Alocação de Riscos como uma Ferramenta para Gestão e Alocação de Riscos (conteúdo de uma matriz de riscos).....	83
QUADRO 5.19: Análise qualitativa de risco de acordo com o “Orange Book” do Tesouro do Reino Unido.....	85
QUADRO 5.20: Exemplo de boas práticas de sondagem e marketing de um projeto.....	101
QUADRO 5.21: Pontos principais sobre qualificação e lista curta.....	113
QUADRO 5.22: Um exemplo de estrutura e de conteúdo de CDP (Austrália).....	114
QUADRO 5.23: Um exemplo de conteúdo de CDP (África do Sul).....	115
QUADRO 5.24: Exemplo de documentos de proposta em uma PPP (Austrália).....	117
QUADRO 5.25: Exemplo de critérios em um projeto de rodovia.....	124
QUADRO 5.26: Exemplo de critérios em um projeto de hospital.....	125
QUADRO 5.27: Abordagens UE versus Austrália para Diálogo ou Interação.....	127
QUADRO 5.28: Contratos bem elaborados de acordo com o Guia de Referência de PPP do Banco Mundial: Certeza com Flexibilidade.....	130
QUADRO 5.29: Uso de “Contratos Padrão” e “Modelos de Contrato”.....	130
QUADRO 5.30: Mecanismos de reparação para lidar com desempenhos não alcançados.....	135
QUADRO 5.31: Quebra de contrato versus evento de default.....	136
QUADRO 5.32: Sistemas de pontos de desempenho e quebras contratuais reiteradas.....	137
QUADRO 5.33: Resumo dos principais pontos sobre quebras de contrato, penalidades e default.....	138
QUADRO 5.34: Processo de reequilíbrio e Uso do Modelo Financeiro.....	140
QUADRO 5.35: Exemplos de áreas de conflito.....	145
QUADRO 5.36: O Método de Compensação Usual em Países de direito codificado em Casos de Rescisão por inadimplência ou quebra de contrato.....	150
QUADRO 5.37: Exemplo de lista de verificação antes do lançamento do processo licitatório.....	152

Figuras

FIGURA 5.1: Diferentes Rotas do Processo Licitatório	11
FIGURA 5.2: Onde estamos no ciclo do processo	15
FIGURA 5.3: Processo de Estruturação e Redação de Minutas	16
FIGURA 5.4: Elementos da estrutura financeira e como eles se relacionam com a estruturação do contrato.....	28
FIGURA 5.5: Faixas aproximadas de vigências de contrato por setor e perfil de país.....	34
FIGURA 5.6: Fatores-chave na estruturação financeira de projetos com cobrança dos usuários.....	52
FIGURA 5.7: Perfil de pagamento em uma PPP rodoviária: Volume versus disponibilidade.....	56
FIGURA 5.8: Uma Alocação Ótima de Risco	73
FIGURA 5.9: O Ciclo de Gestão de Riscos na Perspectiva do Parceiro Público no Contexto de uma PPP.....	78
FIGURA 5.10: Matriz simples de tolerância de risco	85
FIGURA 5.11: Categorias, critérios e subcritérios.....	122
FIGURA 5.12: Principais disposições em um contrato de PPP.....	132

Tabelas

TABELA 5.1: Prós e contras de contratos de PPP de longo prazo.....	32
TABELA 5.2: Exemplos de transferência inadequada e adequada de risco de demanda em PPPs com pagamentos governamentais.....	54
TABELA 5.3: Exemplos de decisões de alocação de risco com base na capacidade do parceiro privado de gerenciar o risco	91
TABELA 5.4: Exemplos de definições de força maior conforme os padrões de diferentes países.....	93
Tabela 5.5: Abordagens de qualificação: alguns aspectos prós e contras.....	103
TABELA 5.6: Prós e contras em exigir que os empreiteiros que também sejam investidores de equity.....	109

Introdução

Este capítulo abrange o período desde a decisão preliminar de investimento de uma PPP, uma vez concluída a avaliação do projeto, até o lançamento oficial da licitação do projeto.

Corresponde a duas tarefas principais e áreas de conhecimento;

- A estruturação e desenho do contrato do projeto; e
- A estruturação e desenho do processo de licitação.

Em ambos os casos as tarefas incluem o detalhamento da estrutura dos documentos da contratação, ou seja, o processo de elaboração desses documentos para que sejam finalmente aprovados antes do lançamento do processo de licitação.

No entanto, essas não são as únicas tarefas a serem realizadas durante esta fase. Algumas análises realizadas durante a avaliação podem precisar ser atualizadas durante esta fase (especialmente análise financeira), e o escopo do contrato geralmente será refinado ou finalizado durante esta fase (por exemplo, a definição dos requisitos técnicos, incluindo especificações de construção e requisitos de desempenho do serviço).

Este capítulo descreve o escopo do trabalho a ser realizado durante esta fase, definindo todas as principais etapas das tarefas (seção 3). O capítulo se concentrará e fornecerá informações mais detalhadas sobre os trabalhos essenciais que são necessários durante esta fase (seções 4 a 8). Envolve a definição da estrutura completa do contrato (especialmente nas áreas financeira e de risco) e a estruturação ou desenho do processo licitatório, antes da redação do contrato e da chamada de propostas (CDP).

Alguns guias e documentos sugerem que as tarefas de avaliação do projeto podem ser realizadas em paralelo com a estruturação do contrato do projeto. Embora isso possa ser tecnicamente possível, é melhor prática separar a Fase de Estruturação, mesmo que esta fase inclua o refinamento ou a confirmação da pré-estrutura estabelecida na Fase de Avaliação. Isso ocorre por três razões principais: (i) para evitar o consumo desnecessário de recursos em um contrato-projeto que não seja viável; (ii) permitir a publicação da decisão de investimento, tendo em conta que o público (na forma de grupos ambientalistas ou quaisquer membros do público afetados) pode contestar a solução técnica - quanto mais cedo a solução do projeto for publicada, mais certeza haverá sobre o tempo necessário para se conduzir o processo de licitação; e (iii) para uma melhor gestão de cada conjunto de atividades, ou seja, para concentrar todos os esforços iniciais em uma avaliação sólida e depois dedicá-los à estruturação e redação do contrato e do edital.

Não é apenas o contrato que deve ser desenhado durante esta fase. O processo de licitação também deve ser estruturado e desenhado, pois deve ser feito sob medida para se adequar às características do projeto. O processo de licitação (quando houver mais de uma opção no respectivo país) terá sido selecionado ao final da Fase de Avaliação, mas muitos detalhes serão agora definidos de acordo com as especificações do projeto¹. Por exemplo, isso inclui a descrição objetiva dos critérios de qualificação de aprovação/reprovação, critérios de avaliação específicos e características relevantes do processo de licitação como requisitos de

¹ Um certo grau de padronização nas condições contratuais e características da licitação é, no entanto, altamente desejável para fornecer consistência nas análises e decisões, bem como mostrar consistência para o mercado. O Quadro 27 neste capítulo discute questões de padronização.

garantia da proposta, o prazo concedido aos licitantes para submeter a proposta e regulamentos detalhados para diálogo ou interação nos tipos dos processos de licitação que fazem uso dessa técnica.

A tarefa de desenhar o pacote de licitação (isto é, regras de qualificação, requisitos de proposta, critérios de avaliação e o contrato) pode ser desenvolvida e publicada em diferentes etapas, dependendo da rota de licitação ou modalidade de licitação, conforme descrito no apêndice A do capítulo 4. Portanto, o momento deste trabalho será influenciado por variações do arcabouço legal e da política pública de contratação do respectivo ente concedente, conforme melhor explicado abaixo.

Diferentes procedimentos de contratação e rotas de licitação

Potencialmente, existem diferentes circunstâncias temporais para a elaboração e fechamento dos documentos da licitação, bem como diferentes etapas na qualificação e apresentação das propostas.

Conforme descrito no capítulo 4, apêndice A, em processos de uma etapa, o contrato do projeto será licitado após as versões finais da chamada de proposta e do contrato serem elaboradas e aprovadas. As condições de qualificação estão incluídas no mesmo pacote de documentos e fazem parte da CDP. Nestes processos, o pacote de licitação é um pacote único que cobre os critérios de qualificação e requisitos de seleção, requisitos para apresentar propostas, critérios de avaliação e regulamentos do contrato.

Mesmo que o pacote de licitação seja publicado de forma sequencial num processo de duas fases (primeiro a chamada de qualificação [CDQ] e posteriormente a CDP e o contrato), incluirá todos estes aspectos, os quais são explicados nas respectivas subseções deste capítulo.

É uma boa prática em processos de licitação de duas etapas já ter definido os fundamentos dos requisitos da proposta, os critérios de avaliação e, especialmente, o contrato no momento do lançamento formal do processo (ou seja, a publicação da primeira fase do processo, a CDQ). O período entre o lançamento da qualificação e o recebimento das qualificações é o tempo disponível para a autoridade refinar e finalizar a CDP.

Em processos de duas etapas que incluem um diálogo ou fase interativa, é uma boa prática incluir uma descrição dos termos-chave propostos do contrato do projeto junto com o pacote da CDQ. Isto é: a estrutura básica e as características fundamentais que estão sendo consideradas, bem como uma breve descrição do processo de seleção (o apêndice A ao capítulo 4 explica melhor essas diferenças, e a figura 5.1 mostra os diferentes prazos na produção e emissão de documentos).

Portanto, este Guia de PPP pressupõe que a estruturação seja feita na íntegra antes do início da licitação, independentemente do tipo de processo selecionado. O Guia do PPP também explica as questões de estruturação e redação de minutas com base nessa suposição, por conveniência.

FIGURA 5.1: Diferentes Rotas do Processo Licitatório

Licitação aberta com pré-qualificação



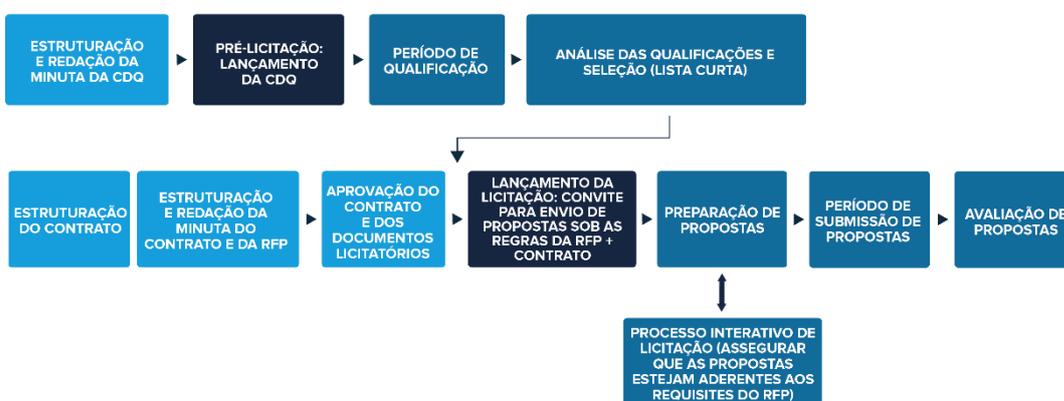
Licitação aberta – etapa única



Processo de diálogo ou interativo – Diálogo Competitivo na UE



Processo de diálogo ou interativo – Processo interativo de Licitação na Austrália / Nova Zelândia



Nota: EU = União Europeia; CDP = chamada de proposta; CDQ = chamada de qualificação; SdQ = Submissão de Qualificações.

QUADRO 5.1: Objetivos de Aprendizado

Os leitores deste capítulo serão capazes de fazer o seguinte.

- Compreender as interações entre a Fase de Avaliação e a Fase de Estruturação (seção 1).
- Compreender o conceito de Estruturação e a importância de permitir tempo suficiente para a elaboração do contrato do projeto (seção 2).
- Compreender a composição das tarefas que são cobertas durante esta fase (seção 3).
- Compreender a necessidade de refinamento de outras análises – capacidade de pagamento (*affordability*), financeira, econômica e assim por diante, e como a preparação pode ser expandida durante esta fase (seção 3).
- Compreender o conceito de estruturação financeira na perspectiva pública (seção 4).
 - Definir mecanismos de apoio financeiro público que podem ser implementados sem comprometer o Value for Money (VfM).
 - Compreender questões estruturantes específicas dependendo do regime de receita (cobrança dos usuários *versus* pagamentos governamentais) e os sistemas de mecanismo de pagamento mais relevantes.
 - Compreender os principais elementos de um mecanismo de pagamento baseado na disponibilidade de pagamento.
 - Compreender os mecanismos de pagamento e seus processos e avaliar qual pode ser mais adequado ao projeto.
- Compreender o conceito de estruturação e alocação de risco e as abordagens mais comuns para alocação de riscos (seção 5).
- Compreender a importância de estimular o apetite do mercado em relação ao projeto e testar esse apetite novamente com o mercado antes do lançamento (seção 6).
- Compreender como incorporar a alocação de risco, estrutura financeira e mecanismo de pagamento no contrato (seções 4 e 5) e desenvolver outras disposições fundamentais do contrato (seção 9).
- Definir os requisitos de pré-qualificação ou qualificação, o conceito de lista curta e outras questões ao projetar uma CDQ (seção 7).
- Definir critérios de adjudicação/avaliação, especialmente quando a jurisdição permite critérios diferentes (qualitativos e quantitativos) e outras questões ao elaborar o CDP (seção 8).
- Compreender a relevância da gestão de aprovações e autorizações e da preparação para o lançamento do processo licitatório (seção 10).

1. Objetivos desta fase e onde estamos no ciclo do projeto

1.1. Objetivos dessa fase

Por meio de um processo adequado de estruturação e elaboração de minutas (tanto do contrato quanto do pacote da CDP), o governo tem como objetivo garantir que a contratação do Projeto de PPP seja um sucesso, lançando um projeto viável e acessível que irá entregar os níveis desejados de serviço e um resultado de VfM, enquanto reduz o risco de falha ao mínimo. Isso pode ser especificado da seguinte maneira.

- Estruturar e definir critérios de qualificação consiste em estabelecer o nível mínimo a ser cumprido para o concorrente ser considerado como tendo capacidade suficiente para executar o projeto e operá-lo. Isso deve evitar o risco de insucesso devido a qualquer preparação insuficiente ou falta de capacitação do licitante vencedor, visto que requisitos mínimos exigidos são consistentes com as características do projeto;

- Estruturar e projetar a CDP fornece instruções claras aos proponentes sobre os documentos necessários para a avaliação das propostas. Proporciona também critérios de avaliação claros para garantir o conforto dos proponentes quanto à transparência e isonomia no processo de seleção, bem como a compreensão do processo de licitação e do calendário do mesmo;
- A estruturação do contrato deve proteger e maximizar o potencial VfM definindo a estrutura financeira e de risco mais adequada. Isso inclui o mecanismo de pagamento ou estrutura de receita mais adequado e o arranjo de alocação de risco apropriado para otimizar o VfM, com riscos alocados à parte que está em melhor posição para gerenciá-los. Isso também inclui um equilíbrio apropriado entre risco e retorno;
- Ao redigir adequadamente o contrato, o governo buscará o seguinte:
 - Incorporar a estrutura ao contrato, da forma mais clara e exequível;
 - Garantir que o contrato será uma ferramenta válida e eficaz para uma gestão de contratos bem-sucedida (a gestão de contratos é tratada nos capítulos 7 e 8), especialmente no que diz respeito às mudanças potenciais que podem ocorrer durante a vigência do contrato; e
 - Para garantir que proteções/salvaguardas suficientes sejam colocadas em prática, tanto para a autoridade concedente quanto para o licitante para alinhar os interesses do investidor no sentido de alcançar os objetivos do governo para essa PPP específica.

1.2. Onde estamos no ciclo do processo

Durante a Fase de Avaliação, todos os aspectos relevantes do projeto foram avaliados para fins de viabilidade e, em muitos países, o investimento público no projeto terá sido aprovado neste momento. Alguns exercícios de viabilidade podem estar sujeitos a confirmação durante a Fase de Estruturação. Isso é especialmente verdadeiro se o desenvolvimento posterior dos detalhes e da estrutura do projeto der à autoridade contratante um motivo para reconsiderar certos aspectos do escopo do projeto e/ou características previamente adotadas da estrutura do contrato de PPP. Por exemplo, a análise financeira provavelmente terá que ser ajustada para completar uma análise de capacidade de pagamento (*affordability*) definitiva com base nos elementos estruturais finais do contrato do projeto. Da mesma forma, a análise econômica/análise de custo-benefício (ACB) pode ser reaberta se mudanças substanciais no escopo do projeto ou nas estimativas de custo surgirem. Além disso, se outras mudanças ocorrerem durante o processo de preparação e estruturação (por exemplo, mudanças no cenário legislativo que afetam as premissas do caso-base da autoridade, como mudanças na legislação tributária ou ambiental), isso também pode significar que certos estudos de viabilidade devem ser revisitados. Veja a figura 5.2.

Os riscos foram avaliados durante a Fase de Avaliação por meio de um cuidadoso processo de *due diligence*, e o trabalho preparatório foi realizado para enfrentar quaisquer limitações e/ou ameaças detectadas. Alguns riscos e contingências especificamente identificados podem precisar ser investigados durante a Fase de Estruturação, em paralelo com a preparação final do contrato (ou seja, estruturação ou estruturação final do contrato e a concepção e elaboração de todo o pacote de licitação).

Durante a avaliação, a estrutura do projeto de PPP, incluindo a estrutura do contrato de PPP (ver Quadro 5.2), geralmente foi definida preliminarmente (em um nível básico) como se segue.

- O escopo e as responsabilidades do projeto (incluindo a definição dos requisitos técnicos) já devem estar bem definidos porque foram originalmente estabelecidos na Fase de Identificação e posteriormente refinados na Avaliação (uma vez que a avaliação socioeconômica foi necessária para avançar para a Fase de Estruturação);

- A análise de viabilidade comercial e capacidade de pagamento (*affordability*) foi realizada na Fase de Avaliação e exigiu uma definição preliminar de qualquer potencial co-financiamento público e ou adaptações em outros meios de suporte, como por exemplo, o prazo do contrato, a estrutura preliminar de alocação de risco, e assim por diante. Em algumas (mas não todas) jurisdições, um teste de VfM terá sido feito, exigindo um modelo de negócios e uma estrutura básica de alocação de risco; e
- Se um teste preliminar de mercado foi realizado na Fase de Avaliação, o *feedback* foi incorporado à estrutura preliminar e ao plano financeiro.

Durante a Fase de Estruturação, a estrutura preliminar deve ser desafiada e refinada. Isso é especialmente verdadeiro para a estrutura financeira, os mecanismos de pagamento e a alocação de risco, uma vez que normalmente é nesta fase que a análise de risco é desenvolvida com um detalhamento substancialmente maior.

Com base nesta “pré-estrutura”, novos exercícios e trabalhos devem ser realizados durante esta fase para completar a preparação do projeto antes de ser licitado como PPP. As novas tarefas a serem desenvolvidas nesta fase podem ser classificadas em dois grandes grupos:

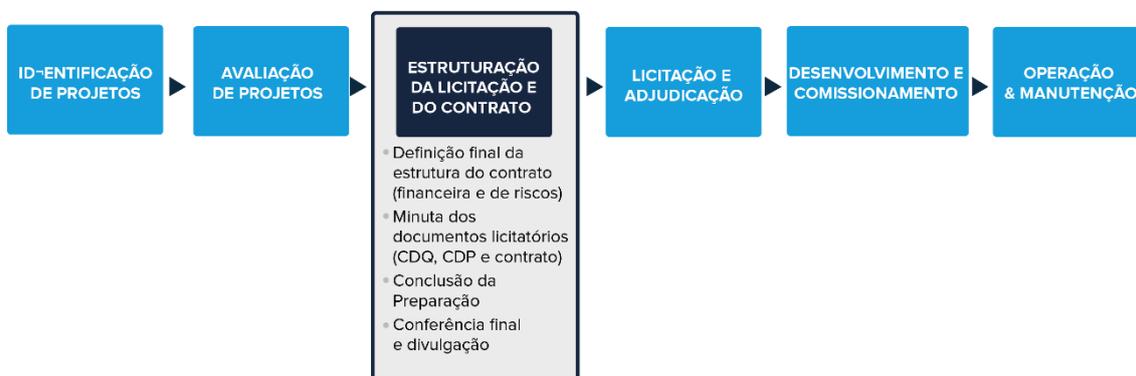
- Estruturação e Redação das CDQ e CDP. Isso inclui a definição de requisitos e critérios de qualificação, requisitos de proposta, critérios de avaliação e outros explicados neste capítulo; e
- Finalizar a estrutura do contrato e redigir o contrato (implementação da estrutura em documento executório). Isso inclui principalmente a definição dos requisitos/especificações técnicas, definição de uma estrutura detalhada de alocação de risco, preparação do mecanismo de pagamento e outras tarefas descritas abaixo.

Conforme explicado na introdução, a escolha do modelo de licitação influenciará o momento de finalização da estrutura do contrato de PPP e das solicitações de qualificações e propostas. No entanto, por conveniência, este capítulo pressupõe que toda a estruturação e redação de todo o pacote de licitação (contrato, CDQ e CDP) é preparada durante esta fase, antes de lançar a licitação como se fosse um processo de uma única etapa.

Os resultados das diferentes análises (por exemplo: viabilidade financeira que definirá os limites para pagamentos ou o piso da outorga pela concessão - se o projeto gerar receita excedente; ou análise de VfM, análise de capacidade de pagamento (*affordability*) e análise socioeconômica quando forem revisitados) são revisados e validados. O pacote de documentos da licitação, uma vez que implementará a estrutura, deve ser devidamente aprovado e autorizado pelas entidades competentes. Uma vez obtida essa aprovação esta fase termina, no entendimento deste Guia PPP. Depois disso, na próxima fase, o processo de licitação será lançado.

Após o lançamento da licitação, o processo deverá ser gerido, sobretudo, a recepção e resposta às consultas das partes interessadas (durante a fase de pré-qualificação, se esse momento for considerado no processo de licitação e/ou durante a apresentação de propostas ou na fase de licitação, ou através de um diálogo estruturado e interação com uma pequena lista de licitantes no caso de diálogo competitivo ou outros processos interativos) e, finalmente, receber propostas, realizar a avaliação e seleção e assinar o contrato (todos esses itens são abordados no capítulo 6).

FIGURA 5.2: Onde estamos no ciclo do processo



Nota: CDP = Chamada de proposta; CDQ = Chamada de qualificação.

QUADRO 5.2: Como a Avaliação interage com a Estruturação e a Redação das Minutas

Durante a Avaliação, o projeto foi definido e preparado de forma substancial. Isso inclui o desenvolvimento de um escopo definitivo e de um projeto técnico preliminar ou um esboço detalhado do projeto, teste e análise de custo-benefício (ACB), viabilidade comercial, capacidade de pagamento (*affordability*), adequação enquanto PPP (VfM), análise em termos de classificação de dívida e posição contábil no balanço patrimonial (em alguns países), e preparação significativa na forma de avaliação de risco e *due diligence* de riscos legais, ambientais e técnicos.

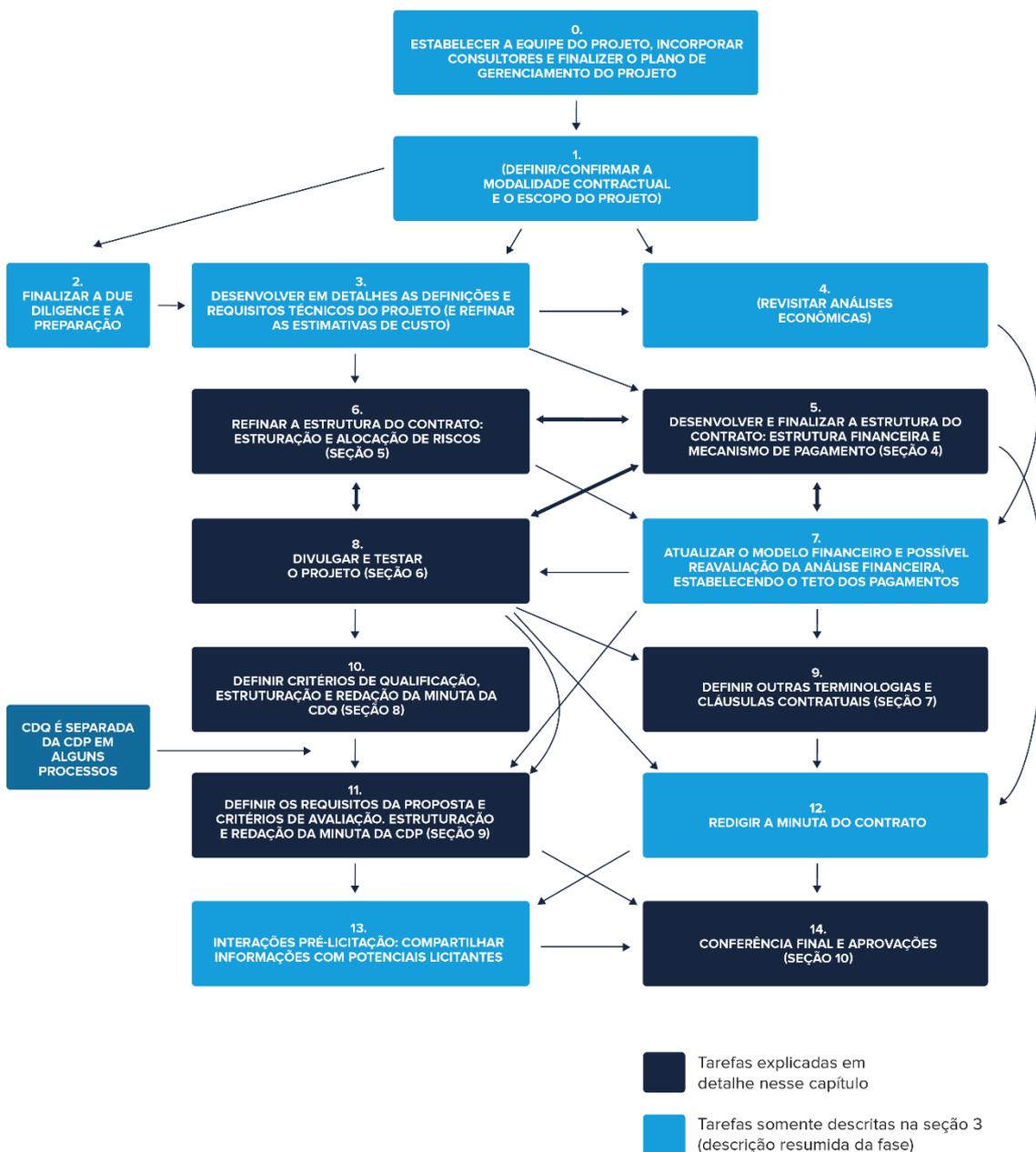
Algumas dessas avaliações ou conclusões de viabilidade podem agora ser contestadas ou atualizadas, dependendo das mudanças que podem ter sido introduzidas no escopo, no esboço do projeto e na estrutura. Outras mudanças podem ocorrer durante as atividades preparatórias (por exemplo, certos testes para finalizar avaliações de alguns riscos) que podem continuar durante a estruturação (embora em algumas jurisdições ou alguns projetos específicos, a avaliação pode terminar com um esboço e avaliação de projeto mais detalhado e definitivo).

Juntamente com um escopo definido e o esboço do projeto, a Fase de Avaliação pressupôs e definiu pelo menos uma estrutura de contrato preliminar (pré-estrutura, em termos de alocação de risco, prazo do contrato, regime de receita e mecanismo de pagamento, apoio público financeiro e de garantias, dentre outros elementos), e uma estratégia de licitação foi definida (como em um esboço do processo de licitação).

Com base nessa pré-estrutura - o pré-projeto (incluindo os requisitos técnicos definidos durante a Avaliação) e a estratégia de licitação - a estrutura do contrato será então aperfeiçoada e definitivamente desenvolvida para chegar a uma minuta final do contrato (que pode estar sujeita a alterações em alguns processos de licitação). Além disso, o processo de licitação será determinado e documentado em uma CDQ e CDP, antes do envio do pacote de licitação para aprovações finais para lançar o processo licitatório.

2. Visão Geral da Fase de Estruturação

FIGURA 5.3: Processo de Estruturação e Redação de Minutas



Nota: CDP= CDP = chamada de proposta; CDQ = chamada de qualificação

A principal tarefa desenvolvida nesta fase é a estruturação do contrato e do processo licitatório propriamente dito, seguido do detalhamento da estrutura e dos termos técnicos em um conjunto claro e detalhado de

documentos (compreendendo documentação legal, técnica e financeira) que será disponibilizado para licitantes.

De acordo com o Guia de Referência de PPP (Grupo Banco Mundial e Mecanismo Consultivo de Infraestrutura Público-Privada [PPIAF] 2014)², “estruturar uma PPP” significa alocar responsabilidades, direitos e riscos a cada parte do contrato de PPP. Essa “estrutura” será posteriormente documentada no contrato de PPP, tarefa que também pode ser definida como “redigir/minutar” o contrato. Veja também o Quadro 5.3.

Para os fins deste Guia PPP, “estruturação” tem um significado mais amplo do que no Guia de Referência de PPP. No Guia de PPP, a estruturação inclui não apenas o contrato, mas também o processo de licitação, pois as condições de qualificação, abordagem de marketing e interação com o mercado, requisitos de licitação e critérios de seleção são todas decisões políticas que influenciam a sustentabilidade e o sucesso da PPP. Portanto, eles devem formar um pacote licitatório coordenado que envie uma mensagem consistente aos licitantes.

A tarefa de estruturação também pode ser definida a partir da descrição do impacto comercial e financeiro da análise e as decisões tomadas sobre os aspectos-chave do contrato do projeto e seu processo de licitação. Pode-se dizer que existem três tipos principais de “estruturação”, que por sua vez estão altamente inter-relacionados.

- **Estruturação financeira e orçamentária ou fiscal:** Quando considerada como agregação de valor ou porque pode ser necessário (por exemplo, no caso de projetos orientados para o mercado/com cobrança dos usuários) definir e moldar o apoio financeiro governamental ou instrumentos financeiros públicos (por exemplo, subsídios, pagamentos diferidos, pagamentos complementares, empréstimos subsidiados, contribuições de capital (*grant financing*) e garantias). A decisão sobre o prazo/duração do contrato é outro instrumento de análise que se refere à estruturação financeira. A definição do mecanismo de pagamento também faz parte da estruturação financeira e orçamentária, vinculada à estruturação do risco, pois o mecanismo de pagamento sustenta a alocação do risco. Isso é explicado na seção 4;
- **Estruturação de risco:** atribuir ou alocar riscos a cada parte. Isso é explicado na seção 5; e
- **Estrutura de licitação/contratação** - especialmente os critérios de qualificação e critérios de avaliação.

QUADRO 5.3: Definindo a Estruturação do Projeto de PPP

A estruturação do projeto de PPP é o processo seguido para definir a estrutura de risco, a estrutura financeira (incluindo o mecanismo de pagamento) e outros termos comerciais fundamentais de um contrato de PPP³, bem como a estrutura ou principais características que irão reger o processo de licitação.

A “estrutura” será implantada em um conjunto de documentos - a CDP (e potencialmente a CDQ), e o próprio contrato - em uma subfase ou etapa que pode ser chamada de redação de minutas ou da documentação/peças do pacote de licitação (incluindo o contrato).

² PPP Reference Guide (World Bank Group and Public-Private Infrastructure Advisory Facility [PPIAF] 2014) <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/public-private-partnerships-reference-guide-version-20>

³ Conforme explicado no Capítulo 0, enquanto normalmente o contrato consistirá em um único documento e seus anexos detalhando certas questões, como os requisitos técnicos e mecanismo de pagamento, este Guia de PPP usa o termo “contrato” em um sentido amplo, de modo a incluir potencialmente outros acordos que podem vincular o parceiro privado a outras entidades do setor público além da autoridade contratante (por exemplo, acordos de compra da produção da SPE com uma parte ou órgão da Administração Pública).

A estruturação começa com uma definição clara do escopo do contrato e com os contornos da estratégia de licitação.

A próxima seção descreve as principais etapas do processo de Estruturação e Redação de Minutas ilustrado na figura 5.3, incluindo atividades de acompanhamento relacionadas à avaliação e preparação - na medida em que não foram finalizadas durante a Fase de Avaliação. O foco está nas tarefas mais relevantes e inerentes ao processo de estruturação e elaboração de minutas e preparação para a Fase de Licitação. As principais análises e tipos de avaliação são explicados no capítulo 4.

Muitas dessas tarefas podem ocorrer em paralelo. Na verdade, algumas tarefas devem prosseguir em paralelo, pois são mutuamente dependentes (por exemplo, a análise de VfM pode exigir que a estrutura de risco seja revisada, pois o resultado de VfM pode não ser aceitável sem alterar a alocação de risco). A ordem de certas tarefas também é influenciada pelo arcabouço jurídico/ legal ou pelo conjunto de políticas públicas (diretrizes oficiais para o processo de licitação) da respectiva jurisdição.

Um cronograma realista é essencial

Independentemente da sequência e ordem prevista para as tarefas, é fundamental programar e organizar o trabalho adequadamente com antecedência, de modo a minimizar interrupções cronológicas e facilitar o processo. Este trabalho, como o trabalho de avaliação, é demorado e requer uma escala de tempo realista para garantir a qualidade necessária (consulte o Quadro 5.4). A Estruturação e a Redação das Minutas, assim como todo o processo da PPP, é um projeto em si. Como em qualquer função de gerenciamento de projeto, a organização do trabalho e o cronograma são fatores fundamentais para gerenciar o projeto com sucesso. Neste caso, o sucesso do projeto é alcançado por meio do resultado da licitação do projeto no prazo previsto (e anunciado no mercado) com todas as condições verificadas e aprovações recebidas tempestivamente.

QUADRO 5.4: Quanto tempo deve ser gasto na Estruturação e Redação do pacote de licitação?

A duração de cada tarefa e o tempo necessário para todo o processo de trabalho pertinente a esta fase depende de muitos fatores, especialmente do nível do trabalho já realizado na Fase de Avaliação, da eventual necessidade de avaliações e preparações adicionais, e do nível de progresso e de confiança na pré-estrutura que foi definida na Fase de Avaliação.

A existência de um quadro claro que estabeleça os critérios a serem cumpridos pelo contrato do projeto, o processo de autorizações e aprovações e as diretrizes ajudarão a garantir um processo mais tranquilo sem comprometer a qualidade e a confiabilidade do resultado. O planejamento e a organização adequados dos trabalhos, identificando as principais partes interessadas e definindo/aloçando responsabilidades com clareza dentro da equipe do projeto também são fundamentais.

A alocação de um prazo de tempo insuficiente está no centro de muitas falhas em projetos de PPP. Apressar essas tarefas críticas para cumprir prazos irrealistas produzirá estruturas de projeto não confiáveis, não devidamente testadas ou incorporadas de forma inadequada em um contrato que não será claro suficiente para poder lidar com futuras mudanças e incertezas.

O tempo necessário para esta fase do ciclo (assim como na Avaliação) depende das particularidades do projeto específico. Globalmente falando, o período consumido em países para estruturar e produzir o

pacote de documentos licitatórios pode variar de cerca de 6 meses para projetos simples (sem desafios significativos em termos de complexidade técnica e de risco) realizados de acordo com diretrizes e padrões sofisticados, a 12 ou 18 meses para projetos mais complexos. Este intervalo pressupõe que a Fase de Avaliação produziu um projeto altamente preparado com testes de viabilidade sólidos e uma estrutura de contrato preliminar significativamente desenvolvida. O tempo também deve ser suficiente para permitir que a autoridade licitatória implemente quaisquer medidas de mitigação de risco apropriadas (consulte a seção 5.5).

Mesmo no caso de a preparação do pacote de licitação ser efetuada de forma apressada, espera-se que controles de qualidade apropriados estejam em vigor, e assim, os órgãos de aprovação podem exigir mais refinamento antes da licitação. A reputação da autoridade contratante será prejudicada se isso resultar em reprogramação e atrasos no cronograma anunciado para a licitação (ver “marketing e teste do projeto” na seção 6). No entanto, se a preparação do pacote de licitação for apressada e os controles de qualidade adequados não estiverem em vigor, há um alto risco de falha do processo de licitação ou do contrato de PPP celebrado como resultado desse processo.

A descrição na seção a seguir reflete um processo comum de Estruturação e Redação de Minutas, embora em muitos países esse processo pode se valer de variações.

3. Descrição resumida das principais tarefas a serem realizadas na Fase de Estruturação

3.1. Estabelecer a equipe do projeto, contratar consultores e finalizar o plano de gerenciamento do projeto para esta fase

Pode acontecer de a equipe do projeto ter sido formada antes da avaliação, contratando assessores para cuidar tanto da avaliação quanto da estruturação e redação dos documentos licitatórios. Caso contrário, ao final da Fase de Avaliação, a equipe responsável pela análise e gerenciamento do processo de PPP deverá ter analisado as capacidades e recursos necessários para as tarefas de Estruturação e Redação de Minutas. A necessidade de trazer recursos técnicos externos para fortalecer a equipe de projeto, depende da disponibilidade de recursos técnicos internos dentro do governo ou do órgão contratante, bem como do escopo do trabalho já desenvolvido durante a Fase de Avaliação (ver capítulo 3.13).

No início da estruturação, a equipe do projeto deve estar totalmente definida e os consultores devem ser contratados conforme seja necessário.

O foco do trabalho desta fase para cada tipo de capacidade ou especialista na equipe do projeto é o seguinte.

- Experiência específica em licitações na gestão (ou suporte à gestão) de licitações internacionais de PPP. Essa função geralmente é oferecida por um dos outros especialistas;
- **Financeiro:** para estruturação de risco e estruturação financeira final, análise VfM, o refinamento da análise financeira e cálculos de capacidade de pagamento (*affordability*);
- **Econômico:** Este especialista pode não ser necessário se a solução do projeto já estiver definida e aprovada, e nenhuma mudança é considerada nesta fase;
- **Técnico:** Para o refinamento ou desenvolvimento adicional da concepção do projeto e especificações técnicas, especialmente para desenvolver requisitos de desempenho;

- **Jurídica:** a maior parte da *due diligence* terá sido feita na Fase de Avaliação. Portanto, a capacidade jurídica primária necessária é para consultoria jurídica em licitação e para a elaboração de contratos; e
- **Ambiental:** Na medida em que as questões ambientais ainda estão em aberto e podem influenciar o projeto técnico final, tarefas de alocação de risco/requisitos de performance do projeto, e a tempestividade do trabalho de obtenção de licenças ambientais continuam em desenvolvimento durante essa fase.

Conforme explicado nas seções anteriores, ao contratar consultores, é necessário decidir entre uma equipe integrada, nomeada sob um único contrato de consultoria (isso pode fornecer uma equipe mais coesa e garantir continuidade), ou seleções e contratações separadas para as respectivas fases de avaliação e estruturação (isso pode fornecer mais flexibilidade para contratar os melhores especialistas em cada disciplina, mas exigirá/consumirá mais tempo e recursos do governo). Consulte o capítulo 3.13.3 para obter detalhes.

Além disso, conforme sugerido no capítulo 3, a experiência internacional é muito relevante (quando devidamente combinada com a expertise local). Os consultores podem agregar valor significativo ao fornecer acesso ao conhecimento de precedentes relevantes e melhores práticas ao definir a CDQ, CDP e cláusulas contratuais⁴.

Além de implementar a estrutura da equipe do projeto e selecionar consultores, um plano de gerenciamento do projeto deve estar em vigor antes de iniciar o trabalho específico desta fase, incluindo um plano de trabalho e um plano de gerenciamento das partes interessadas, especialmente em relação aos tomadores de decisão que darão o sinal verde final para lançamento. Como acontece com qualquer projeto, a autoridade licitante deve desenvolver esses planos utilizando princípios de boas práticas de gerenciamento de projetos, como os contidos no Project Management Body of Knowledge (PMBOK⁵) ou na metodologia PRINCE2⁶.

3.2. Definir/confirmar o modelo contratual e o escopo do contrato (se necessário)

Normalmente, esta etapa não será necessária se a pré-estrutura e a definição do projeto estiverem suficientemente avançadas durante a Fase de Avaliação. No entanto, quando diferentes tipos de arranjos legais ou formas jurídicas⁷ são contemplados e adequados para o projeto na respectiva jurisdição, a decisão final pode ainda não ter sido tomada ou pode exigir mais trabalhos para uma investigação mais detalhada.

⁴ Usar contratos precedentes semelhantes pode ser útil, mas sempre deve ser feito com cautela. Não existe uma estrutura única válida para qualquer projeto, ainda que no mesmo setor e do mesmo tipo, e não existe uma estrutura perfeita, pois todas terão seus próprios pontos fortes e fracos. O Grupo Banco Mundial fornece informações sobre contratos precedentes reais e sobre regulamentos de licitações no PPP Infrastructure Resource Center (PPIRC, em <http://ppp.worldbank.org>).

⁵ Ver em <http://www.pmi.org/pmbok-guide-and-standards/pmbok-guide.aspx>

⁶ <https://www.prince2.com/prince2-methodology>

⁷ Conforme descrito no capítulo 0, em algumas jurisdições o mesmo escopo (por exemplo, DBFOM) pode ser concedido e contratado sob mais de uma modalidade contratual possível, conforme o arcabouço de contratações públicas vigente, sendo uma mais ou menos apropriada do que outra para o escopo do projeto específico e para os objetivos do projeto.

O escopo do contrato final (por exemplo, se deve ou não separar as operações de um sistema ferroviário da gestão da infraestrutura dos trilhos/do sistema) também pode não ter sido finalizado durante a fase anterior, mas uma rota preferencial ou uma pequena lista de soluções deve ter sido identificada.

Nesses casos, a decisão sobre o modelo de contrato e escopo deve ser feita após a análise final de *due diligence* jurídica e outras reflexões sobre escopos de contratos alternativos, mas antes de iniciar a estruturação e a formatação final do projeto.

3.3. Finalizando a Due Diligence e a Preparação

A preparação está no cerne da Fase de Avaliação e foi explicada no capítulo 4.

No entanto, algumas verificações e *due diligences* (por exemplo, condições geotécnicas, desenvolvimento de um mapa arqueológico, coleta de informações de interseções com outros serviços de utilidade pública, desenvolvimento de um plano de gestão ambiental e requisitos relacionados, e assim por diante) podem não ter sido concluídas durante a Fase de Avaliação e devem ser finalizadas durante a presente fase de estruturação.

Tomar atalhos na preparação (seja para evitar o custo ou em uma tentativa equivocada de acelerar o processo de licitação), omitindo a coleta de dados e passando a carga de trabalho e custo para o(s) licitante(s) é uma prática nefasta que faz com que muitos projetos falhem (ou seja, a não ter licitantes, ou ter atrasos significativos no início da construção ou extensas renegociações).

3.4. Desenvolvimento complementar da definição do projeto e dos requisitos técnicos (e refinamento das estimativas de custo)

Os requisitos técnicos geralmente serão definidos durante a Fase de Avaliação, incluindo as especificações técnicas de construção e/ou um projeto de engenharia referencial (com base no qual os licitantes prepararão suas propostas técnicas de construção). No entanto, em alguns processos, a definição final dos requisitos técnicos é concluída durante a Fase de Estruturação. Os requisitos de desempenho geralmente serão refinados ou detalhados durante essa fase também, especialmente porque estão intrinsecamente ligados ao mecanismo de pagamento.

A definição dos requisitos técnicos é uma evolução natural da definição do escopo do contrato. Ao definir os requisitos técnicos, adotar estratégias muito inflexíveis é algo a ser evitado; As PPPs devem focar em fornecer flexibilidade para inovação pelo setor privado e focar em pagamento pelos resultados dos serviços (ver capítulo 4.4.2).

A Seção 9.2. neste capítulo explica a relevância dos requisitos de desempenho para os termos comerciais e arquitetura do contrato, e como eles se relacionam com o mecanismo de pagamento ou a estrutura de receita do contrato.

3.5. Revisitando a análise econômica (se necessário)

Em alguns projetos, o desenho da solução técnica é definido apenas preliminarmente durante a Fase de Avaliação, e as estimativas de custo e receita podem ser provisórias ou incertas. Nesses casos, uma análise técnica/de custos mais profunda (e de demanda e de receita para projetos relacionados a volume) deve ser

realizada durante a Fase de Estruturação. Dependendo dos resultados, pode ser necessário revisitar as análises de Custo-Benefício também.

3.6. Desenvolvimento e finalização da estrutura do contrato: estrutura financeira e mecanismo de pagamento

O contrato foi pré-estruturado ou a estrutura preliminar foi definida durante a Fase de Avaliação. Na fase atual (Fase de Estruturação), a estrutura final é definida (ou a pré-estrutura é refinada), de forma a confirmar todas as principais condições comerciais antes de serem documentadas na redação do contrato. Esta é uma das tarefas essenciais a realizar nesta fase.

Alguns exemplos encontram-se listados abaixo:

- Pode ter sido decidido durante a avaliação que 30% das despesas de capital (Capex) serão financiadas diretamente pelo governo durante a construção. Normalmente, no entanto, não terá sido decidido se haverá pagamentos por progresso de obras ou pagamentos por marcos e assim por diante, e isso deve ser determinado durante a estruturação;
- Uma margem ou demarcação para o prazo do contrato pode ter sido aprovada durante a avaliação, mas a decisão final sobre o prazo exato do contrato geralmente será feita durante a estruturação; e
- O mecanismo básico de pagamento terá sido definido durante a avaliação (por exemplo, pagamentos com base na disponibilidade para projeto de PPP ferroviária, com os principais critérios definidos), mas os níveis de serviço devem ser definidos ou refinados durante a estruturação, bem como a mecânica para deduções.

Esta etapa geralmente se sobrepõe, em termos práticos, à definição dos principais parâmetros dos requisitos de qualificação e avaliação, bem como ao desenvolvimento final dos requisitos técnicos do projeto (tanto para construção quanto para operação e manutenção - O&M).

Várias das principais áreas de estruturação são financeiras.

- Mecanismos de apoio financeiro;
 - Instrumentos de compensação geral, especialmente quando um esquema de cofinanciamento é usado; e
 - Outros instrumentos de apoio, por exemplo, instrumentos de financiamento público e garantias (explícitas ou contratuais), que se inter-relacionam com a estruturação dos riscos.
- O mecanismo de pagamento ou de receita; e
- A vigência do contrato.

Todas essas questões devem estar refletidas na minuta do contrato. Tais questões também influenciam o planejamento e o modelo financeiro e, portanto, afetam o teto de pagamentos (ou o piso de qualquer outorga de concessão em projetos pagos pelos usuários). Além disso, no caso de exceder as estimativas anteriores, pode ser necessário reabrir ou reavaliar as análises de viabilidade comercial, VfM e capacidade de pagamento (*affordability*).

Questões de estruturação financeira (mecanismos de cofinanciamento e a estrutura geral de compensação), a definição do mecanismo de pagamento e os requisitos de serviço finais são explicados em detalhes em seções específicas deste capítulo (seção 4).

3.7. Aperfeiçoando a Estrutura do Contrato: Estruturação e Alocação de Risco Definitivas

Uma avaliação de risco preliminar terá sido conduzida na Fase de Avaliação, identificando as principais categorias de riscos e eventos de risco principais para o projeto específico, e uma decisão sobre a alocação geral terá sido tomada. Geralmente, os riscos devem ser alocados à parte mais capaz de gerenciá-los; entretanto, as circunstâncias em que outras abordagens de alocação de risco podem ser apropriadas são discutidas posteriormente neste capítulo.

Durante esta fase, a estrutura de risco é aperfeiçoada: eventos de riscos mais específicos podem surgir, mas acima de tudo, algumas decisões de alocação de riscos serão mais detalhadas para definir os riscos retidos pelo governo e até que ponto alguns riscos são compartilhados (por exemplo, definição de *benchmarks* e do teto do impacto para restringir o direito a solicitações de reequilíbrio do contrato).

A alocação de risco influencia a análise de viabilidade financeira e o exercício de VfM, e este é um insumo essencial para a redação da minuta do contrato.

O trabalho de redação da minuta do contrato deve começar assim que a alocação de risco for definida, a menos que haja sinais significativos de que o projeto não é viável devido a novas informações que surgiram durante a análise de risco.

A estruturação e alocação de risco são explicadas em detalhes em seções específicas deste capítulo (seção 5).

3.8. Atualização do modelo financeiro e potencial confirmação ou reavaliação de questões da análise financeira. Definindo o teto de pagamentos⁸

O modelo financeiro do caso base deve ser atualizado para refletir o refinamento da estrutura de alocação de risco e quaisquer mudanças na estrutura financeira do projeto. Isso resultará em mudanças no modelo e no plano de negócios referencial da autoridade contratante.

Este modelo financeiro definitivo determinará o teto para pagamentos (ou piso para valores de outorga pela concessão) a ser refletido nas disposições da CDP. Isso é feito para estabelecer o pagamento máximo (ou mínimo) aceitável para uma proposta de um licitante.

Desde que o nível de pagamentos necessários para viabilizar comercialmente o projeto permaneça abaixo dos limites aprovados na Fase de Avaliação para efeito de capacidade de pagamento (*affordability*), as decisões tomadas na fase anterior com base no modelo financeiro (nos casos em que uma decisão de investimento é tomada no fim da avaliação), não precisa ser reconsiderado.

3.9. Testar, promover e se comunicar sobre o projeto

O projeto deverá ter sido objeto de sondagem junto ao mercado durante a Fase de Avaliação (ver capítulo 4).

⁸ De acordo com o processo deste Guia de PPP, os testes de viabilidade financeira/comercial, VfM e capacidade de pagamento (*affordability*) são realizados na Fase de Avaliação. Alguns países podem realizar alguns desses exercícios de viabilidade na Fase de Estruturação, ou podem simplesmente refinarem-nos para fins de aprovação quando a decisão de autorização/investimento é adiada para esta fase.

É uma boa prática conduzir mais testes de mercado durante a Fase de Estruturação para coletar reações, sugestões e preocupações da indústria (investidores, contratantes e mutuantes (*lenders*)).

Quando o governo decide não testar mais o projeto (com base no fato de que ele foi testado de forma significativa durante a Fase de Avaliação), o projeto passa para a fase de marketing e promoção com o propósito de estimular o interesse da indústria e para permitir que os licitantes em potencial se preparem para a concorrência.

A comunicação também é uma preocupação nesta fase, assim como o é na Fase de Avaliação.

Todos esses assuntos são explicados mais adiante na seção 6.

3.10. Definir e minutar outros termos comerciais e cláusulas contratuais

Muitos outros termos comerciais ou questões estruturantes são padrão em um determinado mercado de PPP ou podem ser estabelecidos por lei ou por algum arcabouço. No entanto, eles devem ser adequadamente redigidos no contrato. Essa pode ser uma tarefa significativa, especialmente quando não há muitos contratos de PPP precedentes na jurisdição, ou quando os padrões adequados não estão em vigor.

Esses assuntos adicionais e importantes (além da estruturação financeira e da estruturação dos riscos, embora muitos deles estejam relacionados a estes) podem incluir o seguinte.

- Requisitos de desempenho, questões de gestão de desempenho e outras disposições, como obrigações de relatórios e disposições de monitoramento;
- Violações de contrato, sistema(s) de penalidade e possíveis eventos de inadimplência;
- Ocasões que exigem compensação e regulamentos de reequilíbrio;
- Outras disposições financeiras relacionadas: estrutura financeira (mínima proporção de *equity* requerida), mudanças no financiamento (refinanciamento) e na propriedade da SPE, requisitos de seguro, garantia de desempenho e direitos dos credores;
- Propriedade intelectual e confidencialidade;
- Mudanças de contrato;
- Questões de resolução de disputas;
- Disposições de rescisão antecipada; e
- Provisões de reversão dos ativos no final do prazo contratual.

Uma seleção dos temas mais pertinentes a essa tarefa será objeto de explicação na seção 9.

3.11. Definição de critérios de qualificação (e potencialmente da lista curta). Estruturação e redação da CDQ

A qualificação é uma condição que deve ser cumprida de forma satisfatória por uma parte que busca o direito de fazer uma oferta ou lance em qualquer processo de contratação pública. O objetivo é estabelecer um limite mínimo de capacidades para qualificar uma parte para ser elegível a celebrar o contrato de licitação (obras ou serviços). Como em muitas outras questões estruturantes, definir os critérios de qualificação é uma arte relacionada à busca de um equilíbrio adequado. Os níveis de qualificação exigidos devem diminuir o risco de fracasso do projeto que resultaria da falta de competência e capacidade, mas os critérios devem ser cuidadosamente definidos (e devidamente testados) para evitar a limitação indevida da concorrência. Todos

os projetos devem personalizar os requisitos de qualificação para atingir um equilíbrio apropriado, com base nas necessidades específicas do projeto.

Em algumas jurisdições, os requisitos e critérios de qualificação são fornecidos ao mesmo tempo e no mesmo documento que os requisitos para apresentação de propostas e os critérios de avaliação (por exemplo, muitos países na América Latina chamam o documento de "bases de licitación" ou "base de licitación"). Em outras palavras, a CDQ e a CDP são combinadas. Neste caso, não é costume restringir o número de licitantes potenciais em uma lista curta, mas qualificar todas as empresas ou consórcios que atendam aos critérios mínimos.

Em alguns outros casos, a qualificação (normalmente chamada de pré-qualificação) é concluída antes da emissão da CDP. Em muitos casos, isso é feito sem restringir o número de licitantes qualificados. No entanto, alguns países restringem o número de licitantes qualificados por meio de um processo de classificação e criação de uma lista curta, emitindo a CDP para uma lista curta dos licitantes mais capazes (por exemplo, na Índia e nas Filipinas).

A seção 7 fornece mais informações sobre este tópico, incluindo quando e por que uma lista curta pode ser apropriada.

3.12. Definindo os requisitos da proposta e os critérios de avaliação. Estruturação e Redação da Minuta da CDP

Esta tarefa se refere principalmente aos seguintes itens:

- Definir os requisitos formais para apresentação de propostas. O que deve ser apresentado / submetido, e de que forma, para permitir a avaliação; e
- Estabelecer os critérios de avaliação com base nos quais o licitante vencedor será selecionado e convocado para a assinatura do contrato.

Os critérios de avaliação geralmente refletem as exigências do arcabouço jurídico de contratações públicas (por exemplo, possível inclusão de critérios qualitativos, pesos máximos ou mínimos para preço *versus* aspectos qualitativos e assim por diante). Isso pode ser orientado pelo arcabouço de política pública (diretrizes sobre PPPs) para criar consistência em um programa de PPP, mas muitos subcritérios (especialmente aqueles de natureza qualitativa) precisarão ser adaptados ou definidos de maneira casuística para o projeto específico.

Além dos requisitos de avaliação e da proposta, a CDP regula outras questões relevantes, como proteção para o governo (por exemplo, o direito de cancelar ou de negociar com um licitante ou qualquer outra parte interessada), o processo de submissão de perguntas/esclarecimentos, o limite de tempo para submeter proposta, o período de validade da proposta (ou seja, o tempo durante o qual a proposta é vinculativa para o licitante), e assim por diante.

A seção 8 fornece diretrizes, inteligência e reflexões a esse respeito.

3.13. Elaboração do Contrato e Fechamento do Conjunto de Documentos do Processo Licitatório

A estrutura do contrato (a definição dos principais termos comerciais, incluindo alocação de risco, estrutura financeira⁹, mecanismos de compensação e outras questões comerciais relevantes - incluindo o controle e monitoramento do desempenho, mecanismos de resolução de disputas e outras questões de governança do contrato) deve ser amplamente definida antes da redação da minuta do contrato. No entanto, inevitavelmente, as discussões sobre algumas questões estruturantes continuarão durante a redação, e algumas decisões terão que ser tomadas com relação a diferentes opções para desenvolver ou refinar uma questão comercial chave específica.

A redação de um contrato consiste em documentar a estrutura em termos legais e precisos. Precisão e clareza são fatores primordiais nesta tarefa. A decisão sobre a alocação de um evento de risco particular é inútil se o contrato não fornece um entendimento claro de quando e como o evento pode ocorrer e como implementar os mecanismos potenciais de compensação.

As especificações técnicas e requisitos de desempenho (definidos anteriormente - ver passo 3 acima) também são definidos em maiores detalhes na redação do contrato, normalmente na forma de apêndices ou tabelas anexadas ao corpo principal do contrato.

Deve ser observado que para uma licitação pública sem pré-qualificação, a redação da minuta do contrato deve ser concluída a tempo do lançamento do projeto. No entanto, pode ser finalizada posteriormente em processos de diálogo ou antes do lançamento da CDP final em processos de duas fases.

3.14. Interação pré-licitação. Compartilhando informações com licitantes e data rooms

Uma vez que a CDP e o contrato são redigidos, incluindo todos os anexos relevantes, algumas jurisdições publicam as informações em formato de minuta e abrem um período para consulta. Durante esses períodos, os licitantes em potencial enviam perguntas solicitando esclarecimentos e sugestões por escrito. Esse processo geralmente inclui uma ou mais reuniões nas quais a administração fornece respostas e explicações antes de emitir esclarecimentos oficiais e relatar possíveis mudanças. Em algumas outras jurisdições, isso só ocorre após o lançamento oficial.

Quando o processo de licitação inclui diálogo estruturado antes do convite, a oportunidade dessa interação ocorre naturalmente durante a fase de diálogo.

Além dos documentos da licitação, pode haver uma grande quantidade de informações (informações de referência, não necessariamente vinculativas contratualmente) que devem ser fornecidas aos licitantes. Muitas dessas informações (principalmente as que são consideradas confidenciais ou não para divulgação pública) geralmente são fornecidas por meio de uma sala de dados – *data room*. Pode ser físico (uma sala com acesso restrito para licitantes autorizados em que existem cópias impressas dos documentos) ou mais frequentemente - o que é mais eficiente - eletrônico (um site virtual seguro por meio do qual os licitantes podem visualizar cópias eletrônicas dos documentos). Deve haver protocolos claros para acesso e uso da

⁹ Para efeitos deste Guia de PPP, o termo estrutura de financiamento, no contexto de Avaliação e Estruturação, refere-se à definição dos tipos de compensação ou pagamentos públicos ao parceiro privado e suas condições, bem como as consequências fiscais decorrentes de tais pagamentos em termos de VPL e despesas anuais. Portanto, o termo "estrutura financeira" não inclui ou se refere à estratégia financeira do licitante, uma vez que esta geralmente não deve ser prescrita pelo governo.

sala de dados (incluindo acordos de confidencialidade e não divulgação, "NDAs"), e os licitantes devem concordar com eles.

Configurar uma sala de dados e desenvolver os protocolos leva tempo e, portanto, deve ser pensado no início da Fase de Estruturação.

Sempre que possível, é preferível disponibilizar essas informações aos possíveis licitantes antes do lançamento da licitação, pois isso lhes dará tempo adicional para *due diligence*.

3.15. Verificação de controle, aprovações e autorizações. O pacote de documentos da licitação será finalmente aprovado e o lançamento do processo licitatório será autorizado

Deve ser feita uma verificação para confirmar que todos os documentos estão juntados, devidamente aprovados, e que todos os testes e exercícios foram satisfatoriamente realizados.

O processo de licitação deve ser cuidadosamente planejado, programando os trabalhos a serem realizados. Os papéis e responsabilidades da equipe do projeto devem ser adaptados às tarefas relativas à gestão do processo, desde o lançamento até a assinatura do contrato (que é o assunto do capítulo 6).

Este processo é explicado na seção 10.

4. Estruturação Financeira (da Perspectiva Pública): Definindo a Estrutura Financeira e o Mecanismo de Pagamento

Para os fins deste capítulo, o termo "estrutura financeira" é adotado da perspectiva pública, ou seja, a estrutura financeira do contrato em oposição à estrutura financeira da empresa do projeto (que é como o parceiro privado usaria o termo). Neste contexto, a estrutura financeira refere-se à definição dos meios de compensação, contraprestação ou pagamentos públicos. Isso pode ser na forma de contribuições de capital (*grant financing*) (para cofinanciar o Capex) e/ou pagamentos por serviços a serem concedidos ao parceiro privado no contrato, bem como as condições relevantes (incluindo prazo, indexação e ajustes/deduções potenciais). Inclui também outras formas potenciais de participação da parte pública. Por exemplo, o fornecimento de financiamento (garantias e outras medidas de melhoramento de crédito, *equity* ou contribuições na dívida), bem como o perfil resultante dos pagamentos governamentais em termos de valor presente líquido (VPL) e despesas públicas anuais, ou mesmo o perfil de pagamentos a serem recebidos do parceiro privado (em projetos 'super rentáveis').

Para documentar a estrutura financeira, o prazo do contrato, o mecanismo de pagamento e os meios de contraprestação do parceiro público, se houver, devem ser incorporados ao contrato para que o governo co-financie o projeto ou participe do projeto como mutuante (*lender*).

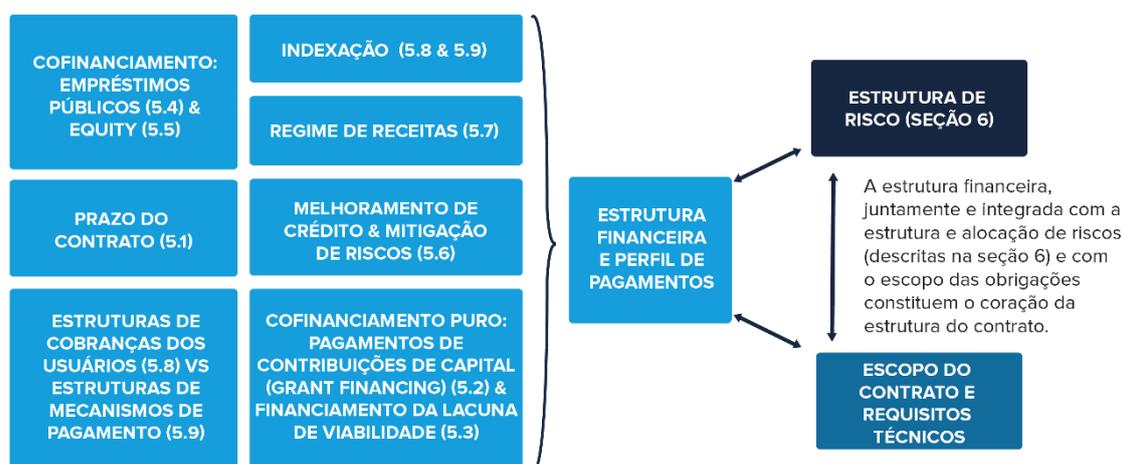
A estrutura financeira básica já terá sido definida na Fase de Avaliação (ver capítulo 4.5) por meio do processo de análise de viabilidade comercial, análise de capacidade de pagamento (*affordability*) e VfM. Veja a figura 5.4. Na fase atual do ciclo, a estrutura financeira terá que ser confirmada, ou redefinida, em um exercício iterativo de forma a estabelecer o cenário base final e definir o teto de pagamentos (ou o piso de pagamentos a serem feitos pelo parceiro privado em algumas PPPs com cobrança dos usuários).

- O prazo do contrato terá sido pré-definido (ou definido dentro de uma margem, sujeito à análise financeira final e exercício de capacidade de pagamento (*affordability*));

- Se uma abordagem de co-financiamento foi considerada (com uma parte do Capex sendo financiado por recursos públicos), o valor do co-financiamento terá sido definido basicamente (dentro de uma margem) durante a Avaliação;
- Outros apoios financeiros e participações governamentais já terão sido decididos, tais como potencial participação acionária, fornecimento de certas garantias explícitas e medidas de melhoramento de crédito;
- Em um projeto com cobrança dos usuários que não seja financeiramente viável (ou seja, há uma lacuna de financiamento), já deve haver uma decisão básica sobre como preencher a lacuna. Essa decisão pode estar sujeita a alterações em um processo de refinamento durante a Estruturação; e
- A base para os mecanismos de pagamento (com base na qualidade/disponibilidade e/ou volume) já foi definida, incluindo a abordagem de vinculação e os principais parâmetros do esquema de pagamento (critérios de disponibilidade e fatores de ajuste, bandas de demanda ou de tráfego em um pagamento por volume, e outras características).

Os instrumentos financeiros públicos disponíveis no respectivo mercado (por exemplo, empréstimos de longo prazo fornecidos por instituições financeiras públicas ou mecanismos públicos de melhoramento de crédito) terão sido considerados na avaliação financeira do projeto. A intervenção ou participação de tais instituições financeiras deve ter sido acionada ou mobilizada durante a Avaliação, embora a gestão administrativa ainda possa ser necessária nesta fase¹⁰. Se usar tal estrutura, o governo precisará ter certeza de que o respectivo financiamento institucional está disponível; esta é uma atividade preparatória que deve ser finalizada antes do lançamento do processo licitatório.

FIGURA 5.4: Elementos da estrutura financeira e como eles se relacionam com a estruturação do contrato



Nota: VGF=Financiamento da Lacuna de Viabilidade.

¹⁰ O apoio financeiro por meio de empréstimos públicos ou de um órgão público, bem como as garantias, pode ser limitado em algumas jurisdições por regras de "subsídio estatal". Esse é um assunto que foge ao escopo deste Guia PPP. No entanto, pode-se dizer que, geralmente, quando os termos do financiamento ou da garantia se aproximam ou refletem os termos do mercado, ou quando o financiamento está disponível para qualquer parte interessada, o financiamento está geralmente em conformidade com as limitações dos subsídios estatais.

Deve-se notar que o co-financiamento, propriamente falando, deve referir-se apenas à provisão de recursos não reembolsáveis/não rotativos ou apoio não-pecuniário fornecido pelo governo (para o qual o custo de capital para o parceiro privado é zero). Esses recursos são considerados financiamento público no sentido fiscal (mesmo quando os recursos virão por meio de um mecanismo de pagamento diferido). O Guia de PPP se referirá a esse apoio como co-financiamento puro, para evitar confusão com a provisão de fundos por meio de empréstimos públicos (geralmente em condições facilitadas, também chamados de financiamento subsidiado). Este último pode ser também uma ferramenta de apoio financeiro ao projeto, com pequenas ou nenhuma implicação fiscal, desde que não difira significativamente das condições de mercado.

Esses e outros elementos da estruturação financeira, que serão discutidos nesta seção, serão (ou deveriam ser) finalmente definidos com a intenção de maximizar VfM, garantindo viabilidade financeira e fiscal (ver Quadro 5.5).

QUADRO 5.5: Objetivos Concorrenciais da Estruturação Financeira

Os objetivos da estruturação financeira são, em última análise, os mesmos objetivos da tarefa de estruturação geral: o governo quer garantir que a licitação será um sucesso, lançando um projeto fiscalmente e financeiramente viável, que irá entregar VfM.

Quanto mais altos os pagamentos (ou os níveis de tarifas em uma PPP com cobrança dos usuários) ou quanto mais longo o período de pagamento (para o mesmo pagamento ou tarifa), maior a viabilidade comercial - mas maior o ônus para o governo ou para a sociedade.

Como em qualquer tarefa de estruturação, o objetivo é encontrar o equilíbrio certo, mas deve-se levar em consideração a concorrência no processo de licitação, que oferece uma oportunidade para o mercado (os possíveis licitantes) definir o padrão de viabilidade comercial por meio da competição. Se houver forte concorrência e o governo definir a principal medida de predisposição a pagar (*willingness to pay*) (por exemplo, o nível de cobrança do usuário ou o valor presente líquido (VPL) dos pagamentos do governo) como a variável financeira sujeita à competição, os licitantes terão um forte incentivo para desenvolver a solução mais acessível e comercialmente viável para entregarem o que a autoridade contratante demanda.

O Capítulo 4 discute a análise de viabilidade comercial e como ela interage com a capacidade de pagamento (*affordability*) e a definição técnica do projeto de maneira iterativa (ver capítulo 4.8).

4.1. Definição de duração/vigência

Os contratos de PPP de infraestrutura financiados de forma privada têm prazos longos para que o governo possa obter VfM da gestão do ciclo de vida e a partir da transferência efetiva de riscos. Existem outros fatores que podem incentivar o governo a estender o prazo. No entanto, em algum ponto, aumentar o prazo do contrato não proporcionará nenhum VfM adicional ou incremental, ou poderá apresentar mais desvantagens do que vantagens.

Muitos marcos legais restringem o prazo que pode ser adotado em um contrato de PPP (mesmo prescrevendo prazos distintos para diferentes tipos legais de contratos em algumas jurisdições). Independentemente do limite legal, para alguns projetos e em alguns mercados, haverá limites de prazo além dos quais o contrato do projeto não está adicionando VfM.

Há uma série de considerações a serem levadas em consideração ao avaliar o prazo ideal para um projeto específico (ver figura 5).

- Gestão do ciclo de vida e transferência efetiva de risco;
- Otimização da estrutura financeira privada;
- Capacidade de pagamento (*affordability*);
- Viabilidade comercial (especialmente em projetos com cobrança dos usuários);
- Pressão política;
- Rigidez na gestão do orçamento;
- Flexibilidade para acomodar riscos e incertezas; e
- Relacionamentos com outros projetos e outros contratos.

Além desses fatores, há também a influência de precedentes e a conveniência de definir um prazo padrão para todos os projetos de um programa de PPP (por exemplo, todas as PPPs de saúde). Isso é explicado mais tarde em "outras considerações".

Gestão do ciclo de vida e transferência de risco eficaz: Os contratos PPP devem fornecer prazos longos de modo a capturar VfM da gestão do ciclo de vida e para que a transferência de risco seja eficaz. É importante que o prazo seja longo o suficiente para incluir os custos do ciclo de vida, como a reforma de sistemas mecânicos em projetos de infraestrutura social ou, por exemplo, o recapeamento de projetos de estradas. Isso, então, orienta os licitantes a fornecerem uma solução ideal para o decurso da vida do ativo e garante que, no final do contrato (quando o ativo é revertido para o setor público no final da concessão), o ativo estará em boas condições. No entanto, para certas infraestruturas (especialmente infraestruturas sociais), os prazos acima de certos limites podem introduzir riscos de manutenção significativos para os licitantes, ou (por exemplo, em estradas) risco/incerteza de ter que fazer melhorias significativas. Além disso, quando o projeto é altamente dependente de tecnologia, prazos mais longos podem aumentar indevidamente o perfil de risco.

Otimização da estrutura financeira privada: Prazos contratuais mais longos permitem prazos de dívida mais longos (até o limite estabelecido pelo respectivo mercado de fornecimento de mútuo), e prazos de dívida mais longos permitem maior alavancagem (ver Quadro 5.6 abaixo).

Quando um contrato de PPP é mais curto do que o prazo da dívida disponível em uma jurisdição específica (incluindo a dívida habitual ou "cauda do empréstimo"), ou é mais curto do que o prazo da dívida disponível no exterior se uma estrutura financeira internacional for possível, então o prazo do contrato será abaixo do ideal em termos financeiros.

Em circunstâncias normais, um prazo suficientemente longo (igual ao prazo máximo da dívida alcançável mais um colchão de segurança que funcione como uma "cauda do empréstimo") permitirá maior eficiência em termos de custo médio de capital para o pacote de financiamento privado, pois permitirá que os licitantes maximizem a alavancagem. No entanto, este benefício será limitado pela capacidade do mercado financeiro local (particularmente os prazos máximos de dívida disponíveis) e dependerá do perfil de risco de cada projeto.

QUADRO 5.6: Prazo da dívida, prazo do contrato, "caudas" e alavancagem

Normalmente, os provedores de dívida sênior do projeto exigem um colchão de segurança na forma de uma "cauda do empréstimo" entre o prazo da dívida (ou da dívida remanescente) e a duração do próprio

contrato do projeto. Isso dá ao parceiro privado a capacidade de reestruturar a dívida se enfrentar dificuldades temporárias de solvência (renegociação de um serviço da dívida anual mais baixo em troca de uma extensão do prazo do empréstimo).

Digamos que no mercado financeiro de um determinado país, é comum que os empréstimos que tenham prazos de até 20 anos. Se o contrato tiver um prazo de 20 anos, os credores só estarão dispostos a considerar um prazo de 17 ou 18 anos para o empréstimo.

Considere que uma certa quantidade de receita e fluxo de caixa está disponível para o serviço da dívida e o índice de cobertura de serviço da dívida (ICSD) (por exemplo, 1,3 vezes) que é igual ao ICSD mínimo exigido pelos credores, o que por si só limita a alavancagem a uma porcentagem específica (por exemplo, 70 por cento). Se o prazo do contrato for ampliado em dois anos, permitindo ao parceiro privado aproveitar os "outros dois anos" de prazo da dívida disponíveis, isso permitirá um aumento do valor da dívida porque com o mesmo valor da dívida e o mesmo endividamento, o ICSD real será maior, ou seja, ultrapassará o requisito mínimo de 1,3. Isso cria espaço para aumentar o serviço da dívida e, portanto, permite que os licitantes pleiteiem mais dívida (ou seja, maior alavancagem).

O custo médio ponderado de capital (WACC) do projeto será menor do que com os 20 anos originais do prazo do contrato (já que há mais dívida no mix de fundos, que é uma fonte mais barata do que o *equity*) e, portanto, o pacote financeiro será mais eficiente. Essa eficiência será repassada para a autoridade contratante na forma de uma proposta mais competitiva (sob uma proposta devidamente estruturada com os incentivos adequados embutidos nos critérios de avaliação).

O prazo também deve ser longo o suficiente para fornecer espaço para o benefício potencial de um refinanciamento se e quando as condições do mercado melhorarem (permitindo que a parte privada tire proveito de prazos mais longos, margens mais baixas e dívida potencialmente adicional, ou seja, uma "recapitalização"). Alternativamente, pode dar espaço para uma estratégia de refinanciamento "combinada no começo" (com base em empréstimos "mini-perms" ou outros empréstimos-ponte para financiar o período de construção), de modo que o pacote financeiro possa ser refinanciado a longo prazo após construção.

Capacidade de pagamento (*affordability*): Outra consideração a favor de prazos longos de contrato é que quanto mais longo for o prazo, menor será a carga anual sobre o orçamento (em projetos pagos pelo governo). Esse fator está correlacionado ao tamanho do projeto, ou seja, quanto maior o projeto, mais provável será que a viabilidade fiscal seja um problema. Consequentemente, prazos mais longos são vistos com mais frequência em projetos maiores. No entanto, esse benefício deve ser comparado ao fato de que o pacote de financiamento privado é geralmente mais caro do que o financiamento governamental. Na verdade, a exposição agregada do governo às contas fiscais aumentará juntamente com o prazo, e aumentar o prazo além de certos limites específicos do projeto não gerará nenhum *Value for Money* incremental da transferência do risco.

Viabilidade comercial (especialmente em PPPs com cobrança dos usuários): Em PPPs com cobrança dos usuários (e para outorgas fixas anuais nas PPPs com pagamentos governamentais), um projeto de longo prazo é mais viável simplesmente porque fornecerá receitas por um período mais longo. Especialmente em projetos pagos pelo usuário, o prazo definirá a viabilidade (a menos que o co-financiamento ou outro apoio público - como apoio governamental no custeio (*funding*) complementar - seja considerado). Isso é especialmente relevante se o governo deseja que os níveis de tarifas permaneçam nos níveis que podem ser considerados socialmente aceitáveis.

Pressão política: O público em geral e *stakeholders* políticos podem argumentar contra prazos mais longos com base no fato de que eles permitem que o parceiro privado obtenha lucros "injustificados". Isso é mais comum em PPPs com cobrança dos usuários, e os governos/autoridades podem lidar com isso por meio de mecanismos de participação nos lucros (para limitar ou dividir os lucros acima de certos limites, ou rescindindo o contrato de PPP quando atinge um determinado montante de receitas, por exemplo, concessões de rodovias com pedágio no Chile) e por meio de uma abordagem de comunicação adequada e cuidadosa.

Rigidez: os governos devem lembrar que os contratos de PPP introduzem rigidez na gestão fiscal e na prestação de serviços, e as prioridades estratégicas podem mudar durante o curso do projeto. Esse é outro fator, além do decréscimo potencial em VfM, que deve ser sopesado com a capacidade de pagamento (*affordability*) ao decidir sobre o prazo apropriado.

Flexibilidade para acomodar risco e incerteza versus perfil de risco incremental em alguns projetos:

Em contraste com o ponto acima, mas consistente com o primeiro ponto na transferência de risco, os contratos precisam de um prazo mais longo para poder acomodar o impacto financeiro de mudanças e certos eventos de risco. Isso é particularmente importante quando o parceiro privado é solicitado a financiar quaisquer investimentos adicionais necessários como resultado desses eventos (ver seção 9.3). No entanto, alguns projetos têm perfis de risco que requerem prazos mais curtos para que o VfM seja alcançado. Por exemplo, em projetos expostos a altas taxas de mudança tecnológica, pode não ser razoável do ponto de vista do VfM exigir que a parte privada assuma o risco de tais mudanças a longo prazo, e em países com capacidade de crédito limitada ou maior risco-país, contratos de longo prazo podem ser pouco atraente para o setor privado.

Relacionamentos com outros projetos e contratos: Em alguns casos, o projeto terá um relacionamento com um projeto existente ou contrato existente que influenciará o prazo de contrato apropriado. Por exemplo, se houver uma PPP em operação de veículo leve sobre trilhos (VLT) com 17 anos de seu contrato restante, e o governo estiver estruturando o contrato para uma nova PPP de VLT separada, o governo pode desejar que o novo contrato termine na (ou próximo da) mesma data do contrato existente, pois isso proporcionará flexibilidade para implementar arranjos operacionais combinados ou separados para as duas linhas de VLT quando os contratos de PPP expirarem.

TABELA 5.1: Prós e contras de contratos de PPP de longo prazo	
Fatores a favor de prazos mais longos	Fatores para moderar o prazo
<ul style="list-style-type: none"> • Transferência de risco mais eficaz e gerenciamento adequado do ciclo de vida. • Mais eficiência financeira através de maior endividamento/maior alavancagem no respectivo mercado financeiro. 	<ul style="list-style-type: none"> • Perfil de risco incremental em alguns projetos (especialmente aqueles altamente expostos a riscos tecnológicos) que podem reduzir a viabilidade comercial (em termos de aceitação de risco) e prejudicar o VfM. • Limites de prazo do mercado financeiro e minoração do valor do <i>equity</i> investido.

- Menor ônus anual/maior capacidade de pagamento (*affordability*) (em termos orçamentários ano a ano).
- Maior flexibilidade para acomodar mudanças e lidar com eventos de risco.
- Maior viabilidade devido a um prazo mais longo para coleta de pagamentos de usuários.
- Maior compromisso fiscal (em termos gerais/agregados).
- Menor flexibilidade na política fiscal/gestão do orçamento e prestação de serviços.
- Pressão política contra potenciais lucros injustificados.
- Baixa qualidade de crédito do país (especialmente em projetos com pagamentos governamentais) exigirá prazos mais curtos por parte dos investidores e mutuantes (*lenders*).

Qual é a duração/vigência ideal?

Não há metodologia possível para determinar o melhor prazo possível para um contrato, pois isso dependerá de características específicas, como as restrições fiscais do país em questão em um determinado ponto do tempo, o risco-país e a qualidade de crédito do respectivo governo, o acesso a financiamento nesse mercado para o tipo específico de projeto, a natureza técnica e física do ativo e seu perfil de ciclo de vida, e outros fatores. Consulte a tabela 5.1 e a figura 5.5.

No entanto, é possível identificar um prazo mínimo que deve ser considerado para um projeto específico, que não deve ser estendido significativamente, a menos que questões de restrições fiscais/viabilidade fiscal o exijam. Também não deve comprometer significativamente o VfM.

O prazo de um contrato deve ser pelo menos longo o suficiente para capturar os principais custos do ciclo de vida (ou seja, manutenção, renovações e reformas importantes no ativo que devem ser desenvolvidas e planejadas com antecedência) e para permitir que os mutuantes (*lenders*) forneçam prazos máximos de dívida capitalizando sobre a alavancagem - sujeita ao *equity* mínimo que será solicitado na CDP como um compromisso financeiro suficientemente relevante a ser feito pelos acionistas/licitantes.

Em termos de experiência e prática comum, não é possível definir uma margem razoável de prazos de contrato de PPP. Em última análise, eles podem variar do que pode ser comumente considerado como longo prazo (acima de 10 anos) a 50 anos ou mesmo acima disso para certos projetos com cobrança dos usuários (por exemplo, rodovias com pedágio de até 99 anos).

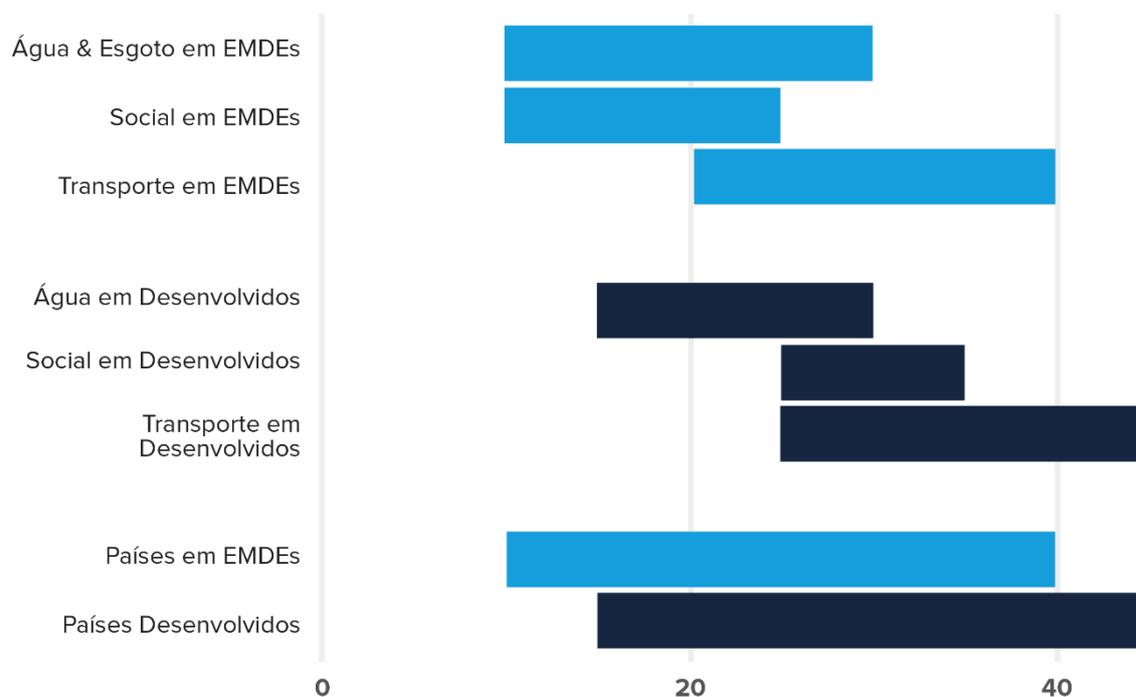
Pode-se dizer que a maioria dos contratos de PPP da forma Projeto-Construção-Financiamento-Operação-Manutenção (DBFOM) (ou seja, com investimento de capital significativo) está dentro de uma faixa central de 15-30 anos. No entanto, estradas com pedágio em países desenvolvidos podem aumentar essa faixa para até 40 anos e além, e projetos de infraestrutura social e de saneamento podem reduzir a faixa para 10 anos em alguns casos, especialmente em países de Mercados Emergentes e Economia em Desenvolvimento (EMDE, da sigla em inglês).

Em geral, os prazos serão frequentemente mais curtos em países EMDE. Isso pode ser devido a muitos fatores, incluindo os prazos mais limitados adotados pelos financiamentos disponíveis, restrições potencialmente mais altas por lei (permitem prazos contratuais máximos mais curtos) ou maior preocupação política sobre "permitir muito lucro" ao setor privado.

Isso não deve ser uma recomendação ou declaração sobre boas ou más práticas, pois qualquer projeto terá seu próprio prazo ideal, além de outros fatores além do VfM que influenciarão a definição do prazo de vigência.

FIGURA 5.5: Faixas aproximadas de vigências de contrato por setor e perfil de país

Prazos Contratuais



Nota: EMDE = Mercados Emergentes e Economias em Desenvolvimento.

Outras considerações relacionadas à definição da vigência do contrato

Alguns países optam por fazer do prazo contratual um critério de licitação, de forma que o prazo seja aquele proposto pelo licitante vencedor (juntamente com o preço). Na avaliação, os licitantes que solicitam prazos mais curtos têm uma pontuação mais alta neste critério do que os licitantes que solicitam prazos mais longos. Essa abordagem de avaliação deve ser considerada com cuidado, pois pode resultar em um prazo que não incentiva a gestão eficaz do risco e do ciclo de vida, especialmente em PPPs com pagamentos governamentais¹¹.

Outra abordagem não habitual (mas usada em alguns projetos) ao definir o prazo dentro do contrato é definir a duração do contrato como o prazo final para a construção (ou seja, o tempo real que a construção vai durar) mais um número fixo de anos de operações. Esta abordagem é menos eficaz na transferência de

¹¹ Esta abordagem foi aplicada em rodovias com pedágio no Chile. A variável proposta pelos licitantes nesses empreendimentos não era o prazo, mas a receita total exigida pelo licitante. Isso significa que ao invés de ser um período fixo, o prazo é variável e continua até que o projeto tenha gerado o valor da receita proposta pelo licitante vencedor.

risco de construção e pode prejudicar o alinhamento de interesses entre os setores público e privado em construir e iniciar as operações o mais rápido possível.

Finalmente, prazos contratuais devem ser considerados no contexto geral do programa de PPP. Embora cada projeto específico tenha seu próprio prazo ótimo, pode ser vantajoso licitar o mesmo tipo de projeto (no mesmo setor e com a mesma estrutura básica) com o mesmo prazo, para ser coerente com o mercado. Isso pode ser preferível a adaptar um prazo específico para cada projeto em particular, especialmente quando um governo está desenvolvendo e lançando um programa setorial (por exemplo, se o governo tem um programa de projetos pré-anunciado para reforma e gestão de hospitais, pode ser mais eficiente ter o mesmo prazo (digamos 20 anos) para cada projeto).

Portanto, em programas é melhor analisar e definir o prazo mais adequado para os projetos do programa e ser consistente com esse prazo.

4.2. Cofinanciamento puro

Cofinanciamento puro refere-se ao financiamento público que está incluído no mix de financiamento que não é rotativo, ou seja, está atuando como se em um projeto convencional, de financiamento público por meio de pagamentos diretos para uma determinada proporção de despesas de capital que o parceiro privado não é obrigado a pagar de volta. É também referenciado como contribuição de capital (*grant financing*), uma vez que estes fundos são normalmente concedidos ao parceiro privado e tratados para efeitos legais e/ou de contabilidade privada como subvenções a investimento.

As situações em que o governo fornece co-financiamento puro geralmente se enquadram em três categorias.

- **O financiamento da lacuna de viabilidade em projetos inviáveis com cobrança dos usuários:** o co-financiamento por meio de contribuições de capital (*grant financing*) é um dos métodos mais comuns para resolver uma lacuna de viabilidade em um projeto socialmente e economicamente sensível de infraestrutura que não é auto sustentável com base na cobrança dos usuários. Isso é explicado e desenvolvido na seção 4.4;
- **Aumento da viabilidade comercial (em projetos viáveis):** O governo pode decidir cofinanciar (por meio de contribuições de capital (*grant financing*) ou por meio de empréstimos públicos ou investimento de *equity*, geralmente em termos subsidiados), com o objetivo de aumentar a viabilidade comercial do projeto, mesmo quando uma estrutura financeira que dependa inteiramente de financiamento privado possa ainda ser financeiramente viável (ou seja, em que se espera que a cobrança dos usuários seja suficiente para fornecer as receitas do projeto) ou fiscalmente viável (ou seja, a carga anual de pagamentos do governo nesse projeto pode ser compatível com uma estrutura de 100% de financiamento privado). Isso é feito com mais frequência quando o país específico não tem mercados financeiros desenvolvidos e há o risco de o licitante vencedor não conseguir levantar os recursos necessários para o projeto. É mais comumente visto em "megaprojetos". São projetos de escala ou tamanho muito significativos. Não existe uma definição padrão para megaprojeto, mas essa nomenclatura é normalmente aplicada a projetos acima de US\$ 1 bilhão (Capex); e
- **Aumento da capacidade de pagamento (*grant financing*)/redução do custo de capital:** Em outros casos (em PPPs com pagamentos governamentais), o governo pode simplesmente preferir evitar a criação de uma grande carga de compromisso orçamentário diferida no tempo como uma

consequência da assinatura do contrato. Nesses casos, a solução mais eficaz é o uso da contribuição de capital (*grant financing*); os empréstimos em condições subsidiadas também contribuirão para diminuir o custo ponderado do capital, dependendo do nível de subsídio implícito (ver capítulo 1.7.4).

Quando um governo está considerando o cofinanciamento, ele deve observar cuidadosamente o risco de comprometer o VfM. Se o financiamento público for muito significativo como um componente de financiamento do projeto, ele reduzirá os riscos e as motivações derivadas do parceiro privado para operar adequadamente o projeto. Neste caso, a alocação de riscos e de incentivos pode ser mais eficiente se, eventualmente, fosse convertida em uma estrutura de contratação pública tradicional. O excesso de finanças públicas também pode ter consequências no tratamento fiscal/contábil nacional (ou seja, considerar o projeto como um investimento público e consolidá-lo na dívida pública).

O cofinanciamento público direto tradicionalmente encontrado em projetos de PPP cofinanciados geralmente varia de 30 a 40 por cento dos custos de capital (por exemplo, para esquemas de PPP sobre VLTs na Espanha, 30 por cento é a porcentagem comum para a parcela de contribuição de capital (*grant financing*) do projeto). No entanto, um grau maior de cofinanciamento pode ser adequado, dependendo das características específicas do projeto e/ou do programa de PPP (consulte o modelo de PPP de trens de alta velocidade na Espanha e outros exemplos no Quadro 5.7).

Tipos de contribuições de capital (grant financing)

As contribuições de capital (*grant financing*) diretas são a forma mais comum de cofinanciamento. Os recursos serão concedidos durante a construção de uma forma não reembolsável, geralmente sendo provisionados e pagos como um percentual do valor da obra em andamento ou condicionado ao cumprimento de determinados marcos. Podem também ser pagos parcial ou totalmente na conclusão da construção.

Às vezes, a contribuição de capital (*grant financing*) será paga em uma base anual diferida como pagamentos fixos. Essa técnica usa um fluxo de pagamento que vai além do prazo de construção, não sujeito a deduções ou ajustes relacionados ao volume ou desempenho (como se o projeto fosse parcialmente um Design-Build-Finance [DBF]). Isso representa uma boa solução quando o setor público deseja cofinanciar uma parte do projeto, mas não dispõe de liquidez suficiente. Nesses casos, a sociedade de propósito específico (SPE) levantará os recursos relacionados à contribuição de capital (*grant financing*), mas será muito mais fácil de negociar com a instituição financeira que irá "pré-financiar" os recursos públicos diferidos comprometidos, uma vez que a base desse contrato de empréstimo será os pagamentos públicos fixos e irrevogáveis (como se fosse um título do governo).

Como uma decisão estruturante, o governo deve considerar a possibilidade de aumentar a tensão de risco ao condicionar o cofinanciamento ao cumprimento de metas construtivas ou à conclusão das obras ou, até mesmo, se valer do diferimento dos pagamentos ao longo da vida operacional do ativo. Como acontece com qualquer decisão de estruturação, esta é uma questão de VfM: mais risco implica mais incentivo para cumprir marcos, mas introduz mais incerteza para os mutuantes (*lenders*) e um preço mais alto em termos de custos de financiamento. Além disso, mais tempo (diferimento dos pagamentos) implica custos financeiros que normalmente serão superiores ao custo da dívida pública, mas inferiores ao custo do financiamento privado da parte da estrutura financeira que está sujeita a deduções ou ajustamentos relacionados com o volume ou desempenho.

Finalmente, as contribuições de capital (*grant financing*) também podem ser em espécie. Por exemplo, fornecer terreno ou elementos da futura infraestrutura já construída e financiada (por exemplo, entrepostos em um sistema ferroviário).

Aspectos do desenvolvimento do contrato

Quer os pagamentos sejam feitos quando a construção está em andamento ou de forma diferida, o aspecto mais importante do esquema de cofinanciamento é quando os pagamentos se tornam devidos, ou seja, quando o parceiro privado adquire o direito de requerer o pagamento, já que a inexistência do risco de término da construção no prazo pactuado e do risco de aceitação final das obras é fundamental para que o cofinanciamento seja eficaz na redução do custo de capital. Por exemplo, em alguns projetos (como PPPs de trens de alta velocidade na Espanha), a parte de co-financiamento do projeto é paga em uma base diferida ao longo de vários anos em um cronograma pré-estabelecido, e o direito de receber os valores dos pagamentos futuros é auferido mensalmente, com base em um determinado percentual do valor das obras executadas a cada mês.

Quando e como os pagamentos são acumulados e quando são efetivamente pagos, deve ser claramente incorporado aos termos do contrato, especialmente para facilitar o acesso da empresa do projeto a uma linha de crédito puramente baseada no risco da contraparte pública.

Outra complicação potencial relacionada às contribuições de capital (*grant financing*) é quando este recurso vem de outra administração, e não da autoridade ou governo que está contratando o projeto. Esse é normalmente o caso em projetos de interesse ou mesmo sob o poder e responsabilidade de mais de um nível de administração. Pode ser o governo central e o governo regional (por exemplo, um estado na Austrália, México ou Estados Unidos [EUA]) ou o governo regional e o governo municipal local. Isso acontece mais comumente em transporte e especialmente em projetos ferroviários. A boa prática é que os compromissos assumidos pelo ente público que não é signatário do contrato também sejam assumidos pela autoridade contratante no contrato. Isso evita duplicar o risco de contraparte para o parceiro privado ou a necessidade de lidar diretamente com outra administração que não seja seu cliente.

Outra questão que deve ser considerada é quem definirá o valor da contribuição de capital (*grant financing*). Nas PPPs com pagamentos governamentais, o valor do cofinanciamento é mais comumente definido pelo governo nos documentos do processo licitatório. Não está sujeito a oferta, então a proposta que o licitante apresentará será baseada na tarifa de serviço (por disponibilidade ou por volume) consoante a estrutura.

Por outro lado, o tamanho da contribuição de capital (*grant financing*) será geralmente proposto pelos licitantes em PPPs com cobrança dos usuários, particularmente quando o cofinanciamento está sendo usado para resolver uma lacuna de viabilidade.

QUADRO 5.7: Exemplos de co-financiamento puro ou não rotativo

Brasil (PPPs regionais de trens e metrô)

O co-financiamento é bastante típico em projetos de PPPs de trens e metrô, especialmente quando o concedente do contrato de PPP é uma autoridade regional ou local que recebe apoio financeiro do governo central.

No Brasil, muitas PPPs de metrô e trens metropolitanos ou regionais (geralmente metrô ou esquemas de veículos leves sobre trilhos [VLT]), promovidas por estados ou municípios, recebem recursos do governo central. Esses recursos são normalmente alocados ao projeto por meio de contribuições de capital (grant financing), ou seja, os recursos financeiros são desembolsados durante a construção.

Em outros projetos, o governo constrói parte da infraestrutura e, em seguida, transfere as obras para o parceiro privado após a conclusão. Este integra toda a construção e gestão do projeto e o serviço especificado no contrato de PPP (portanto, nesses casos, o apoio governamental pode ser considerado em um formato “não pecuniário”).

Espanha (PPPs ferroviárias e metros regionais)

No início dos anos 2000, vários governos regionais da Espanha desenvolveram esquemas de VLT. Muitos desses projetos (em Barcelona, Málaga, Sevilha e Tenerife) receberam recursos do governo central de até um terço do Capex estimado. O dinheiro foi comprometido pelo governo central à autoridade concedente regional por meio de um acordo inter-administrativo. O governo regional, por sua vez, comprometeu esses recursos para o projeto como uma obrigação com o parceiro privado.

No caso do VLT de Saragoça, o projeto foi adjudicado pela autarquia local (município de Saragoça) e o co-financiamento partiu da administração regional (Governo de Aragão).

A abordagem normal na Espanha é que o co-financiamento provém de pagamentos públicos fixos e irrevogáveis diferidos para além do período de construção. Estes são pré-financiados dentro da estrutura financeira da PPP pela PPP, geralmente por meio de uma tranche de crédito específica.

Peru (metrô e rodovias)

No caso peruano, onde a maioria das PPPs são controladas e licitadas pelo governo central por meio da agência de compras públicas (Proinversión), é comum que a respectiva administração se comprometa com o apoio público direto por meio de pagamentos diferidos fixos e irrevogáveis. Este esquema é denominado CRPAO12.

Um exemplo recente foi a Linha 4 do Metrô de Lima, na qual a maioria dos custos foi financiada por meio de contribuição de capital (grant financing) diferida em um fluxo de longo prazo de pagamentos fixos.

O nível de apoio público varia de acordo com o projeto. Nesse contexto, era bastante grande. No entanto, existem duas razões que contribuem para a estrutura do esquema: é grande. No entanto, existem dois argumentos a favor do esquema: (i) o tamanho expressivo do projeto (considerando o tamanho e o nível de desenvolvimento do mercado financeiro local); e (ii) o interesse em promover o acesso ao mercado de capitais para o financiamento de infraestrutura.

Chile – hospitais

O esquema financeiro/de receita em PPPs de hospitais no Chile é baseado em dois fluxos principais de pagamento: um pagamento operacional (sujeito a deduções e ajustes com base na qualidade e disponibilidade) e um pagamento fixo de construção (que, na verdade, é uma contribuição de capital (grant financing) de longo prazo/ diferida)

Modelo espanhol de PPP de trem de alta velocidade

O Governo de Espanha propôs diversos contratos de PPP para o desenvolvimento e gestão de determinados elementos de dois corredores (Levante e Galiza). Em cada um desses contratos um parceiro privado é responsável pelo contrato do tipo Construção-Financiamento-Operação-Manutenção (DBFM) de um determinado elemento de infraestrutura de uma linha (por exemplo, a via, telecomunicações e sinalização ou eletrificação). O esquema de pagamento depende significativamente de pagamentos diferidos de construção (conhecidos como PDIFs ou “pagamentos diferidos”). O pagamento de uma porcentagem das obras é efetuado pelo governo, emitindo títulos semelhantes a notas promissórias, que o parceiro privado pode dar como garantia por financiamentos de risco fora do projeto ou mesmo vender a um banco (os títulos são descontados sem direito de regresso). Esse direito de crédito é conquistado mensalmente à medida que o trabalho avança. Esse financiamento público diferido (semelhante ao CRPAO peruano) chega a até 90% do Capex em alguns projetos. Um pagamento por disponibilidade serve como compensação para os custos de O&M e a parte restante do Capex inicial.

Austrália

Em uma PPP prisional australiana recente, o governo responsável concordou em fazer um pagamento no início da Fase de Operações igual a 40 por cento da dívida, que estava prevista no fechamento financeiro para ser devida a partir do início da Fase de Operações. O governo declarou que esta contribuição proporcionaria um nível ideal de financiamento privado na fase de operações e geraria um resultado de Vfm. O restante do custo será coberto por meio de pagamentos de serviços trimestrais pelo governo ao longo da fase operacional de 25 anos.

4.3. Empréstimos públicos: Empréstimos em condições de mercado ou subsidiados de agências governamentais

As PPPs, geralmente (em países desenvolvidos e EMDEs com um certo grau de desenvolvimento do mercado financeiro), são financiadas na moeda local¹³.

As agências nacionais (bancos nacionais de desenvolvimento [BNDs] e outras instituições financeiras nacionais) podem desempenhar um papel significativo no crédito a projetos, especialmente em países com um menor grau de desenvolvimento financeiro (ou seja, com uma potencial insuficiência de mecanismos de mercado de dívida para financiar o projeto).

Em alguns casos, os mutuantes (*lenders*) privados podem não ter a capacidade de subscrever totalmente os empréstimos para projetos maiores. Nesses casos, um banco de desenvolvimento público ou agência financeira pública pode ajudar a preencher a lacuna do mercado de empréstimos, fornecendo parte do empréstimo (por exemplo, o *Banobras* no México e o *Instituto del Credito Oficial* (ICO) na Espanha). A

¹² O Guia de Referência de PPP do Banco Mundial, Volume 2, detalha o exemplo do CRPAO (certificado de reconhecimento de pagamento anual por obras) na página 61.

¹³ A situação em que um país precisa de financiamento internacional é muito peculiar. Quando um país não tem capacidade financeira mínima (de modo a conceder empréstimos em moeda local em condições razoáveis), tem que contar com financiamento internacional. Quando for esse o caso, podem surgir problemas de câmbio (forex). Os Bancos Multilaterais de Desenvolvimento (BMDs) têm um papel mais relevante a desempenhar nesses projetos. Isso foi discutido no capítulo 0.5.6.

abordagem mais convencional é quando essas agências atuam como “co-credores”, emprestando nas mesmas condições que a comunidade bancária e sujeitas à sua liderança.

Em outros casos, a agência pode fornecer a peça fundamental da estrutura financeira (ou seja, o financiamento pode não ser alcançado nos termos considerados se não houver o envolvimento do órgão). Esse é o caso de muitos projetos no Brasil com empréstimos do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) em condições favoráveis ou fora das condições de mercado (por exemplo, empréstimos com prazos mais longos do que aqueles fornecidos pelos credores comerciais). Também pode ser o caso quando o instrumento de dívida pública oferece vantagens especiais ou conforto para os financiadores de projetos do setor privado. Por exemplo, sob o esquema da Lei de Inovação e Financiamento de Infraestrutura de Transporte (TIFIA) nos EUA, o governo fornece até 30% do financiamento do projeto em termos subordinados, aumentando assim a classificação do projeto e tornando-o mais atraente para credores comerciais e/ou detentores de títulos).

O uso desses mecanismos deve ser cuidadosamente considerado, pois o financiamento sistemático por órgãos públicos pode produzir um efeito de exclusão porque o setor bancário pode ser incapaz de competir nas mesmas condições com os credores públicos. Além disso, por meio de empréstimos ao setor público (mesmo de uma agência financeira pública independente), o governo está retendo indiretamente uma parte dos riscos do projeto que o contrato de PPP transferiu para o parceiro privado.

A rigor, a presença dessas agências não constitui estruturação financeira do contrato (ou seja, estruturação dos pagamentos ao parceiro privado), uma vez que esses recursos não são do respectivo departamento promotor e contratante do projeto. No entanto, se as condições do empréstimo são mais favoráveis do que as oferecidas pelo mercado, essas estruturas afetam indiretamente o perfil de pagamento do projeto e aumentam a capacidade de pagamento (*affordability*).

Quando o governo conta com empréstimos de órgãos públicos, ele deve garantir que o financiamento esteja disponível. Portanto, um trabalho preparatório deve ser feito antes do lançamento do processo licitatório. Caso a participação do órgão financeiro seja necessária para a viabilidade e capacidade de pagamento (*affordability*) do projeto, ela deverá ser disponibilizada a qualquer licitante. Portanto, o projeto deve ser avaliado com antecedência pelo órgão financeiro e seus requisitos de capacidade e elegibilidade devem ser claros e acessíveis a todas as partes interessadas. Eles também devem ser consistentes com os critérios de qualificação dos documentos da licitação.

O Quadro 5.8 explica alguns exemplos de empréstimos de agências financeiras públicas nacionais (TIFIA e BNDES) e multilaterais (empréstimos do Banco Europeu de Investimento [BEI] na União Europeia [UE]). O capítulo zero descreveu o papel de outros BMDs por meio de empréstimos A/B, bem como do financiamento de agências de crédito de exportação (ECA) (ver capítulo 1.7.2.3).

Empréstimos públicos subordinados como mecanismo de apoio

Além dos empréstimos concedidos por agências financeiras, os empréstimos também podem ser fornecidos pelo próprio departamento ou agência de compras encarregada do processo de licitação e do contrato. O contrato pode prever tal empréstimo, em condições subsidiadas e termos subordinados, para fazer frente aos custos de parte das obras.

Por exemplo, este é o caso da Espanha para uma série de estradas com pedágio com cobrança dos usuários. É usado para preencher a lacuna de viabilidade desses projetos como uma alternativa ao co-financiamento

direto e puro (não rotativo). A próxima subseção descreve as particularidades dos projetos com cobrança dos usuários considerados inviáveis.

Como as contribuições de capital (*grant financing*), os empréstimos em condições favoráveis (em condições subsidiadas ou abaixo do mercado, em termos de prazo ou preço) também podem ser usados para reduzir o custo médio ponderado de capital de um projeto. Isso então reduz a carga de longo prazo comprometida no mecanismo de pagamento (em PPPs com pagamentos governamentais) ou diminui a lacuna de viabilidade (em PPPs com cobrança dos usuários). Mas, ao contrário de uma contribuição de capital (*grant financing*), um empréstimo pode não afetar os registros da dívida pública. Isso só é possível se o empréstimo não for tratado como um investimento público em termos de orçamento ou tratamento fiscal.

Os empréstimos em condições subsidiadas, especialmente quando fornecidos pela autoridade contratante, terão implicações claras na redação do contrato. O contrato deve estabelecer claramente como lidar com questões entre mutuantes (*lenders*) (ou seja, a relação entre a agência de empréstimo do governo e os credores do setor privado). Um empréstimo em condições favoráveis fornecido pela autoridade contratante é geralmente um empréstimo subordinado (mas sênior em relação ao *equity* fornecido pelo investidor). Também é comum que o empréstimo em condições favoráveis seja na forma de um empréstimo participativo (por exemplo, como na Espanha), ou seja, o governo recebe parte do resultado financeiro positivo do projeto em troca das condições abaixo do mercado (ver Quadro 5.8). A remuneração e os direitos de receber dividendos devem ser claramente descritos no contrato.

QUADRO 5.8: Exemplos de co-financiamento rotativo (empréstimos públicos)

Mecanismo de financiamento da TIFIA

Nos Estados Unidos, a Lei de Financiamento e Inovação de Infraestrutura de Transporte de 1998 (TIFIA) estabeleceu um programa de crédito federal para projetos elegíveis de transporte de importância nacional ou regional. De acordo com esta lei, o Departamento de Transporte dos EUA pode fornecer três formas de assistência de crédito: empréstimos com garantias (diretos), garantias de empréstimos e linhas de crédito de prontidão.

Os empréstimos TIFIA (empréstimos com garantias) são empréstimos subordinados federais diretos aos desenvolvedores do projeto. Eles oferecem prazos de reembolso flexíveis e fornecem a combinação da construção com o financiamento permanente de custos de capital. Esses empréstimos são complementares a outras fontes de financiamento, pois a contribuição do TIFIA é limitada a 33% dos custos totais do projeto. A dívida sênior, complementada pelo empréstimo TIFIA, deve ser classificada como grau de investimento.

Os empréstimos TIFIA estão disponíveis para grandes projetos de transporte de superfície com receitas dedicadas para remunerar a dívida. O instrumento de crédito TIFIA deve ser apoiado, no todo ou em parte, por cobrança dos usuários ou outras fontes de financiamento não federais dedicadas que também garantam as obrigações do projeto.

O prazo máximo para empréstimos do TIFIA é de 35 anos a partir da conclusão substancial da etapa de obras, e o serviço da dívida deve começar 5 anos após essa conclusão.

As taxas de juros dos empréstimos do TIFIA são bastante baixas, parametrizadas a taxas comparáveis aos títulos do Tesouro dos EUA. A capitalização de juros é permitida para até 35% do total da dívida original da TIFIA.

Financiamento do BNDES

No Brasil, a maioria dos projetos de infraestrutura é financiada pelo BNDES ou outros bancos estaduais por meio de empréstimos sênior de longo prazo abaixo das condições de mercado. Os empréstimos são geralmente estruturados com cotas anuais de amortização equivalentes do principal ou cotas anuais iguais do serviço da dívida (principal e juros). Os empréstimos são geralmente garantidos por ativos e os pagamentos da dívida devem começar entre 3 e 5 anos após a conclusão substancial das obras, dependendo do setor.

As principais características do mecanismo são apresentadas no gráfico abaixo:

Setor	Alavancagem máxima (% sobre os custos elegíveis)	Taxa de juros	Período máximo	Período máximo de carência
Rodovias	80%	TJLP* +1.5%	20 anos	5 anos
Ferrovias	80%	TJLP* +1%	30 anos	5 anos
Aeroportos	70%	TJLP*+0.9%	20 anos	3 anos
Portos	65%	TJLP*+2.5%	20 anos	3 anos

*TJLP = Taxa de Juros de Longo Prazo (taxa de juros definida pelo Banco Central do Brasil)

Geralmente, esses empréstimos são complementados por outra fonte de financiamento sênior (geralmente títulos ou debêntures).

Empréstimos do Banco Europeu de Investimento (BEI) para infraestrutura

Assim como outros BMD e instituições financeiras internacionais (IFI), o BEI fornece apoio financeiro por meio de empréstimos aos governos, mas também fornece financiamento ao setor privado no contexto de esquemas de PPP. Em certos projetos, o BEI pode conceder um empréstimo direto à sociedade de propósito específico (SPE), assumindo o risco de crédito do projeto.

No entanto, duas outras vias são mais usualmente utilizadas pelo BEI para fornecer financiamento de longo prazo a um projeto de PPP.

- Estruturas de repasse. O BEI emprestará o montante da dívida a um banco comercial privado que irá "repassar" o montante da dívida à empresa do projeto pelo mesmo prazo, mas cobrará uma margem pelo risco de crédito. O empréstimo do BEI se submete ao risco de crédito do banco intermediário, já que é o banco privado o responsável por pagar o empréstimo ao BEI, independentemente do sucesso ou fracasso do projeto.
- Empréstimos interrelacionados. Tal como no caso anterior, o BEI concederá empréstimos com base no *rating* de um banco (ou outro fiador), mas concederá o empréstimo diretamente à SPE (contra a emissão de uma garantia de primeira prioridade do banco que garante a dívida). A SPE reembolsará o empréstimo com juros ao BEI (a taxa de juros será compatível com a posição de crédito do fiador) e pagará uma taxa de garantia à instituição que fornece a garantia ao BEI.

A participação do BEI em projetos da UE proporciona uma certeza adicional quanto à disponibilidade de financiamento. Oferece prazos mais longos do que os oferecidos pelos credores privados e um custo da operação completa mais baixo (com base na taxa de juros base mais baixa do BEI devido à sua classificação de crédito AAA).

4.4. Preenchendo a lacuna de viabilidade de um projeto com cobrança do usuário

Conforme explicado na seção 4.2, uma razão para o cofinanciamento pode ser simplesmente preencher a lacuna de viabilidade em uma PPP com cobrança do usuário, mas existem outras abordagens.

Um projeto orientado para o mercado ou gerador de receita (com base nos pagamentos do usuário) pode não ser totalmente viável com base apenas nessas receitas comerciais (ou seja, as receitas subtraídas pelos custos de O&M não são suficientes para remunerar o capital investido).

Isso é comum, especialmente na infraestrutura ferroviária e principalmente no contexto do transporte de passageiros. Nenhum metrô pesado ou infraestrutura de alta velocidade pode ser financiado com base em sua margem comercial.

O fato de um projeto ferroviário não ser comercialmente viável não implica a falta de sentido econômico; pode haver externalidades significativas e fortes benefícios socioeconômicos que podem justificar a decisão de se licitar.

Embora menos comum, um projeto de infraestrutura rodoviária (estradas com pedágio) também pode ser inviável a menos que o setor público complemente a receita insuficiente ou suplemente a falta de recursos. Este é normalmente o caso de projetos de infraestruturas rodoviárias com estruturas muito significativas (pontes e especialmente túneis) ou projetos de PPP específicos para essas estruturas (uma ponte ou túnel específico). O mesmo princípio de cuidado com a viabilidade econômica ou bom senso deve ser aplicado.

Nesses projetos, um co-financiamento puro (aportes públicos para construção) ou um esquema de empréstimo em condições favoráveis pode ser uma solução apropriada para preencher a lacuna de viabilidade.

No entanto, o governo também tem a opção de complementar as receitas operacionais em vez de complementar o financiamento inicial (criando um mecanismo de pagamento híbrido), ou pode prosseguir com uma combinação dos dois mecanismos de apoio.

Ao fornecer receitas complementares por meio de pagamentos orçamentários públicos, é preferível estruturá-las como pagamentos pelo serviço. Por exemplo, ao invés de ser irrevogável ou incondicional, eles devem estar condicionados ao desempenho do serviço (pagamentos por disponibilidade) ou ao volume constatado (pedágios sombra). Isso é especialmente verdadeiro se o apoio financeiro governamental representar uma parte significativa do mix de receitas (por exemplo, mais de 40% das receitas).

Um programa de PPP que ilustra diferentes rotas para preencher a lacuna de viabilidade é o programa de PPP de rodovias com pedágio na Colômbia - veja o Quadro 5.9 abaixo. O Quadro 5.10 também apresenta mais exemplos de financiamento da lacuna de viabilidade e de financiamentos semelhantes ao redor do mundo.

QUADRO 5.9: Programa de PPP colombiano de rodovias com pedágio e a lacuna de viabilidade

A construção de estradas e rodovias na Colômbia é muito cara em comparação com os custos normais em outros países, principalmente devido à geografia do país. A maior parte das estradas inclui um número significativo de pontes e túneis, o que torna os custos de construção muito elevados. Como tal, muitos dos projetos não são financeiramente viáveis tendo em vista só as receitas de pedágio projetadas. Portanto, um apoio financeiro público significativo deve ser incluído para tornar esses projetos comercialmente viáveis.

A necessidade de desenvolver estradas e rodovias de forma rápida e confiável levou o governo do Presidente Santos a criar o programa de Rodovias de Quarta Geração (4G). O programa 4G cobre a construção e/ou reforma, operação e manutenção de 27 corredores com um investimento de \$50 bilhões em um horizonte de 10 anos.

A abordagem adotada pelo governo da Colômbia para resolver a lacuna de viabilidade é uma combinação de apoio diferido por meio de pagamentos por disponibilidade e garantia de receita de tráfego.

As contribuições do governo na forma de pagamentos por disponibilidade estão sujeitas a deduções por indisponibilidade, má qualidade ou serviço limitado a 10% do total dos pagamentos. Esses pagamentos são recebidos para cada "Unidade Funcional" ou trecho da estrada concluído e aberto ao tráfego.

O governo também fornece uma garantia de receita mínima de tráfego pagável a cada cinco anos, caso o valor presente da receita de tráfego não atinja um determinado valor previamente determinado no contrato.

QUADRO 5.10: Exemplos de preenchimento da lacuna de viabilidade em uma PPP de cobrança dos usuários

- Pagamentos pecuniários por empreitada/contribuições de capital (*grant financing*). Em muitos projetos com cobrança dos usuários com receitas insuficientes, os governos fornecem cofinanciamento público e este é o critério econômico para a oferta e a avaliação de propostas dos licitantes. O valor solicitado normalmente é desembolsado durante o período de construção.
 - Este foi o caso em uma série de projetos rodoviários no México, onde o financiamento público de Capex foi fornecido pela PINFRA (Promotora e Operadora de Infraestrutura SAB de CV), função agora assumida pelo FONADIN.
- Aporte diferido. O governo pode preferir, por razões de liquidez, estender o período de cofinanciamento e disponibilizar os recursos públicos por meio de um fluxo de pagamentos fixos de longo prazo.
 - por exemplo, algumas estradas PPP no Peru.
- Receitas complementares ou mistas. As receitas complementares na forma de pagamentos por serviços (com base na disponibilidade ou no volume) às vezes são fornecidas em projetos em que há cobrança de pedágio (ver programa rodoviário colombiano no Quadro 5.9). Um tipo de infraestrutura que geralmente fornece exemplos de pagamentos de usuários combinados com pagamentos por serviços (geralmente em combinação com contribuições de capital (*grant financing*)) são esquemas integrados verticalmente de metrô ou veículo leve sobre trilhos (VLT) (nos quais a PPP inclui tanto a infraestrutura quanto as operações de serviço).
- A Espanha oferece vários exemplos, como em Barcelona, Sevilha, Tenerife e Saragoça (Trambaix e Transbesos). Nestes regimes, o parceiro privado receberá/reterá as receitas de pedágio, mas terá direito a receber pagamentos complementares da autoridade que podem ser baseados no número de passageiros (uma tarifa sombra), veículo/quilômetros atendidos, ou disponibilidade.

A PPP do VLT de Saragoça é um exemplo interessante de co-financiamento, com o governo da região fornecendo um aporte diferido para financiar uma parte do projeto. Também fornece um pagamento por serviço com base num apoio governamental (uma tarifa sombra conforme especificado pelo licitante vencedor) com um sistema de bandas de tráfego para equilibrar o risco de demanda e para compartilhar qualquer vantagem potencial. As receitas de pedágio são retidas pelo parceiro privado e deduzidas da tarifa sombra recebida anualmente.

- Empréstimos públicos participativos.
 - O modelo tradicional espanhol de preenchimento de lacunas de viabilidade em rodovias com pedágio baseava-se em um empréstimo subordinado/participativo de longo prazo, cujo valor era o critério econômico da proposta apresentada pelos licitantes. O empréstimo participativo é estruturado com uma pequena taxa de juros fixa mais uma taxa variável que está atrelada ao valor das receitas da concessão.

4.5. Participação no equity por parte do governo

O governo pode fornecer *equity* para a empresa do projeto diretamente (participação acionária da própria autoridade contratante) ou por meio de um fundo público de infraestrutura.

Às vezes, a motivação é aumentar o controle do dia a dia e ter acesso direto às contas e ao gerenciamento diário da empresa. Isso sempre deve ser considerado com cautela, pois pode ser um fator importante para desencorajar os licitantes e criar conflitos. Por exemplo, o governo/agência do setor público pode ter que

compartilhar as responsabilidades/obrigações pecuniárias decorrentes da rescisão antecipada do contrato. Pode haver conflitos de interesse óbvios entre ser o 'cliente' e um acionista. O diretor nomeado do governo/órgão público tem um dever para com a empresa que pode colocá-lo em uma posição difícil, especialmente em relação à confidencialidade das informações e estratégia/intenção organizacional ao lidar com disputas/rescisão.

Uma abordagem para mitigar essa preocupação é que a participação acionária do governo seja feita por meio de um fundo fiduciário (para evitar conflitos de interesse).

Outra razão para a participação acionária do governo pode ser ter acesso a qualquer resultado positivo do projeto, ou seja, é um método para dividir os lucros do projeto. Existem outras maneiras de estruturar um projeto para permitir que o governo participe dos lucros sem a necessidade de assumir uma participação acionária; os prós e contras de cada uma dessas opções devem ser considerados se o governo deseja ter acesso aos resultados positivos do projeto.

Em outros casos, o objetivo é ajudar a viabilizar comercialmente o projeto. Este pode ser o caso se não houver apetite no mercado de investidores financeiros para investir conjuntamente e/ou se a exigência de investimento de capital for de um tamanho desafiador. Também pode ser o caso se o governo deseja aumentar a capacidade de pagamento (*affordability*) diminuindo a carga líquida geral do projeto em termos de custos (ao participar como um parceiro de *equity* em condições favoráveis, em termos de retorno ou direitos), como no caso de outros mecanismos de financiamento público descritos na seção anterior.

O investimento de capital do governo pode ter implicações significativas para a estruturação financeira, especialmente quando a participação está em condições subsidiadas. Por exemplo, na Espanha, existem muitas "sociedades de capital misto" (que são por definição legal um tipo de contrato, mas que geralmente têm todas as características de uma PPP) onde as ações privadas são comercializadas com direitos econômicos preferenciais. Isso é feito por meio da preferência nos dividendos ou do reconhecimento de uma taxa de administração especial que só é concedida ao parceiro de *equity* privado para aumentar seu retorno patrimonial vis-à-vis a taxa interna de retorno (TIR) do *equity* do acionista público.

Disposições contratuais relativas à participação governamental no equity

O impacto deste esquema nas disposições do contrato é claro: o arranjo contratual deve definir claramente os direitos e obrigações do parceiro público como acionista e os direitos especiais do investidor privado de *equity*. Isso deve ser capturado no contrato social da SPE, e deve ser refletido em detalhes em um acordo de acionistas específico entre os investidores de capital privado e o governo participante no *equity* (a minuta desse acordo deverá fazer parte dos documentos licitatórios que serão levados a mercado).

Exemplos de condições específicas para limitar a presença da parte pública como um parceiro de *equity* são os seguintes.

- Em alguns contratos, o parceiro público de *equity* aceita uma TIR de capital mais baixa do que a do investidor privado de *equity*. Os mecanismos dessa preferência econômica devem ser incluídos no contrato social ou no acordo de acionistas, mas às vezes também estão incorporados no corpo do contrato;
- A parte pública como parceira de *equity* não pode ser obrigada a injetar capital adicional se um aumento de capital inesperado for exigido por um evento de risco. Se isso ocorrer, a parte pública deve aceitar uma diluição de seus direitos econômicos;

- As ações da parte pública podem não ter direitos de voto, mas apenas direitos econômicos (às vezes conhecidas como ações classe B); e
- A necessidade de estabelecer os direitos de venda a terceiros - tentando evitar ou mitigar a inflexibilidade que a propriedade pública de ações normalmente implicará devido às regulamentações sobre a alienação de ativos públicos.

4.6. Outras maneiras de aumentar a viabilidade financeira e a capacidade de pagamento (*affordability*)¹⁴

Além de fornecer recursos públicos para compensar parcialmente a construção, ou por meio de dívida pública ou instrumentos de *equity*, existem outros meios indiretos pelos quais o governo pode aumentar a viabilidade comercial e/ou reduzir a carga orçamentária das PPP. Estes outros meios também podem ser considerados, em termos gerais, como técnicas de estruturação das finanças públicas com implicações na elaboração do contrato. Alguns desses outros meios já foram apresentados no capítulo 1, mas outros exemplos são apresentados aqui.

- **Garantias contratuais.** Este conceito está inerentemente ligado à alocação de risco. Um exemplo é uma garantia de receita mínima em PPPs rodoviárias, em que o governo faz pagamentos ao privado se a receita cair abaixo de certos níveis (por exemplo, na Coreia do Sul) ou em esquemas mais sofisticados, como o modelo de PPP rodoviário chileno. Nesse modelo, o prazo é estendido até que as receitas atendam a um VPL acordado. Em projetos de saneamento (por exemplo, projetos de tratamento de águas residuais [ETA] ou dessalinização), bem como em PPPs de energia (como um contrato de compra de energia [PPA, da sigla em inglês para *Power Purchase Agreement*]), o parceiro público pode estruturar o contrato com base em uma abordagem de “leva ou paga” (“*take or pay*”), garantindo uma receita mínima pelo volume (ou capacidade) ou um preço mínimo pela disponibilidade da infraestrutura. Essas garantias facilitam o acesso ao financiamento de projetos em melhores condições financeiras, ou seja, ajudam a diminuir a lacuna de viabilidade ou aumentam a viabilidade ao diminuir o WAAC – custo médio ponderado de capital. A rigor, as garantias contratuais estão mais intimamente relacionadas às questões de estruturação de risco do que à estruturação financeira;
- **Garantias de risco cambial.** Um caso específico de garantias merece atenção especial. No caso de EMDEs com mercados financeiros locais incipientes, é provável que haja risco cambial. Isso pode ser mitigado por garantias de risco cambial por meio das quais o parceiro público assumirá o risco de desvalorização cambial e seu impacto na dívida do projeto captada pela SPE em moeda forte;
- **Garantias explícitas/financeiras ou garantias soberanas/diretas do tesouro** (exigíveis a nível de primeira prioridade, incondicionais e irrevogáveis). Essas garantias geralmente são fornecidas para proteger ou garantir a dívida do projeto. Em alguns casos, a garantia só é válida durante o período de construção (por exemplo, no Reino Unido). Um exemplo dessa abordagem é a PPP da Mersey Gateway Bridge no Reino Unido¹⁵;

¹⁴ Embora não seja uma “questão de estruturação”, os governos nos EMDEs devem buscar o envolvimento dos BMDs e IFIs como financiadores (ou seguradores/fiadores) dos projetos, informando-os e incentivando-os a participarem do arranjo do financiamento. Este é especialmente o caso dos países menos desenvolvidos (LDC, da sigla em inglês) e aqueles países onde o mercado local não é desenvolvido ou capaz de financiar o projeto com estruturas de longo prazo. Consulte o capítulo 0.7.2.3 sobre estruturas de empréstimos A/B ou outros tipos de apoio financeiro de BMDs (Agência Multilateral de Garantia de Investimentos [MIGA], garantias parciais).

¹⁵ O projeto é financiado por debêntures do projeto que contam com a garantia incondicional e irrevogável do Tesouro

- **Garantias em relação ao risco de contraparte governamental (“fundos de garantia”).** Essas garantias não transferem o risco de volta para o governo, mas fornecem segurança para as obrigações de pagamento do governo nos termos do contrato de PPP. O Fundo de Garantia de Infraestrutura da Indonésia é um exemplo. O Brasil também tem o mesmo instrumento;
- **Garantias de uma parte dos pagamentos pelos serviços** (ou seja, limitando as deduções devidas a um possível desempenho insuficiente), que podem evoluir para esquemas de pagamentos fixos, como *Cessions Dailly*, são descritas abaixo. A diferença é que a parte fixa do pagamento não é um fluxo de pagamento separado, mas o mesmo mecanismo de pagamento no qual há um compromisso contratual da autoridade limitando as deduções do pagamento a uma determinada porcentagem (por exemplo, 20%). Isso é feito sem renunciar à possibilidade de rescindir o contrato com base na inadimplência do parceiro privado. Este é um ajuste usual nos mecanismos de pagamento por disponibilidade em mercados emergentes, especialmente em mercados nos estágios iniciais da curva de amadurecimento do uso das PPPs; e
- **Mecanismos específicos de melhoramento de crédito.** Estes são geralmente na forma de dívida subordinada fornecida por uma agência oficial (às vezes multilateral ou supranacional, como no caso do mecanismo de melhoramento de crédito de debêntures de projetos (PBCE, da sigla em inglês) do Banco Europeu de Investimento (BEI), que são precificados a taxas de mercado (claramente acima do preço da dívida sênior) com o objetivo de melhorar a classificação de crédito do projeto e facilitar o acesso do projeto aos mercados de capitais (permitindo que o parceiro privado emita títulos do projeto). Mesmo quando o financiamento ou a proteção não vêm do estado/governo que está contratando o projeto, esses mecanismos devem ser considerados na estruturação financeira, pois a disponibilidade desses mecanismos de melhoramento de crédito terá impacto na viabilidade comercial. No entanto, a menos que o acesso a esses mecanismos já tenham sido concedidos e comprometidos, ele não deve ser incluído no modelo financeiro para fins de viabilidade ou acessibilidade. Como no caso de empréstimos de instituições públicas, o governo deve conceder cedo o acesso a esses mecanismos de melhora de crédito se quiser contar com suas vantagens potenciais ao oferecer condições equilibradas e de tratamento equânime de concorrência aos licitantes.

Outra técnica comumente usada para diminuir o risco de projetos e aumentar a viabilidade comercial é a decomposição do mecanismo de pagamento, criando uma parcela que é uma obrigação de pagamento irrevogável e incondicional que é potencialmente transferível ou que pode ser vendida a uma entidade financeira. Este esquema, que também pode ser considerado como uma forma de aporte diferido, é comum na França para grandes PPPs de infraestrutura, como projetos de ferrovia de alta velocidade (HSR), e é conhecido lá como "*Cessions Dailly*". Esse mecanismo permite que o parceiro privado transfira parte (normalmente 70%) de seus direitos de pagamento governamentais previstos no contrato diretamente para seus credores, desde que com a aquiescência da autoridade pública contratante. Essa transferência é permitida após o comissionamento dos ativos construídos pelo parceiro privado. Uma vez transferidos, esses direitos de pagamento são garantidos e independentes do contrato de PPP. Mesmo que o contrato de PPP seja rescindido, o poder público terá que pagar ao banco a sua parcela de pagamento.

do Reino Unido (HMT, da sigla em inglês para "Tesouro de Sua Majestade"), com base na qual o projeto foi concedido com uma classificação Aa1 provisória pela Moody's em março de 2014. Consulte https://www.moody's.com/research/Moodys-assigns-a-Paa1-Guaranteed-Rating-to-Merseylink-IssuerPLCs-PR_294979.

A principal consequência de tal transferência é que a classificação de risco de crédito da parcela da dívida servida por esta parte do pagamento nos termos do contrato de PPP é equiparada ao nível de classificação de crédito da autoridade pública. Isso, por sua vez, reduz o WACC do projeto e seus custos gerais.

Este esquema é semelhante ao CRPAO também discutido na seção 4.2.

4.7. Categorias de regimes de receita em projetos de PPP

Alguns projetos de PPP são financiados total ou principalmente por meio de pagamentos de usuários. Isso é mais comum em setores de infraestrutura econômica. As questões de estruturação financeira que surgem nas PPPs com cobrança dos usuários são discutidas na seção 4.8.

Outros projetos de PPP são financiados total ou principalmente por meio de pagamentos governamentais. Este é o caso na maioria dos projetos de infraestrutura social, mas os pagamentos do governo também ocorrem em muitos projetos de infraestrutura econômica. Há várias razões para isso.

- Para algumas formas de infraestrutura econômica (como transporte ferroviário ou hidroviário), um projeto de PPP pode ser apenas um componente de uma rede ou serviço mais amplo operado por outra entidade (uma operadora designada) e o usuário está pagando a essa operadora pelo serviço final (transporte, abastecimento de água às residências). Os exemplos são projetos de trens de alta velocidade na Europa (principalmente na França e Espanha), ou estações de tratamento de água e usinas de purificação onde a água é tratada por uma autoridade pública de saneamento que opera o serviço;
- Para outros projetos, onde seria possível cobrar do usuário pelo uso da infraestrutura contratada no âmbito da PPP (por exemplo, uma rodovia), pode-se decidir que nenhuma cobrança será aplicada (ou seja, seria uma rodovia sem pedágio). Essa é uma decisão de finanças públicas sobre se o projeto deve ser financiado por meio de cobranças de usuários específicos ou por meio da utilização de receitas fiscais para fazer pagamentos governamentais (as receitas fiscais podem ser derivadas de impostos relacionados ao uso, como um imposto de combustível, ou das receitas fiscais gerais). Exemplos são encontrados em todo o mundo, incluindo Canadá, Hungria, México, Espanha e assim por diante);
- Existem projetos em que cobranças aos usuários serão aplicadas (por exemplo, um sistema de veículo leve sobre trilhos) e cobradas pelo parceiro privado. Mas se os pagamentos dos usuários forem insuficientes para atender aos custos do parceiro privado e fornecer um retorno sobre seu investimento (ou seja, o projeto não é comercialmente viável e haverá uma lacuna de viabilidade), o governo pode, além de atribuir o direito de cobrar tarifas dos usuários ao parceiro privado, complementar as tarifas com pagamentos governamentais para preencher a lacuna de viabilidade (ver seção 4.4.);
- Finalmente, pode haver cobranças dos usuários, mas a PPP é estruturada de forma que a receita do parceiro privado consista inteiramente em pagamentos governamentais. O governo retém as receitas do usuário no tesouro (como forma de compensar parte ou a totalidade do pagamento que fará ao parceiro privado, retendo para si o risco e o retorno da cobrança do pedágio). Um exemplo desta abordagem é o projeto rodoviário I-595 na Flórida (EUA)¹⁶, o projeto do Túnel do Porto de Miami¹⁷ e as PPPs rodoviárias recentemente renegociadas (as antigas SCUTs) em Portugal; e

¹⁶ Veja o estudo de caso do projeto rodoviário Florida I-595 em *Paving the way* (World Economic Forum [WEF], 2010). http://www3.weforum.org/docs/WEF_IV_PavingTheWay_Report_2010.pdf

¹⁷ Veja o Projeto do Túnel do Porto de Miami em *Paving the way* (WEF 2010).

- A escolha entre essas opções está relacionada a riscos e às considerações de VfM e é feita na Fase de Avaliação.

Em todos esses casos em que haja pagamentos do governo, o contrato deverá apresentar um regime de pagamento (o mecanismo de pagamento) que geralmente se baseia no volume ou na utilização, ou na disponibilidade e/ou qualidade. Esses conceitos e as questões estruturantes mais relevantes são explicados nos tópicos subsequentes (4.9 e 4.10).

4.8. Questões de estruturação financeira em projetos com cobrança dos usuários

Conforme apresentado no capítulo 4, quando a receita do parceiro privado é baseada na cobrança dos usuários, há uma série de parâmetros de estruturação que devem ser cuidadosamente considerados e delineados durante a Avaliação. Estes devem então ser refinados (e em casos excepcionais reconsiderados) na Fase de Estruturação. Veja a figura 5.6.

- **Definição de níveis de pedágio/tarifa.** Em projetos rodoviários sujeitos a pedágio, o governo normalmente define os níveis máximos de pedágio (por tipo de veículo) e outros parâmetros gerais para a estrutura do pedágio. Em alguns projetos, é definida uma tarifa média máxima, dando alguma flexibilidade ao parceiro privado para aplicar diferentes estratégias de pedágio sujeitas a tetos gerais dentro da estrutura tarifária básica. Maior flexibilidade é observada em alguns projetos, especialmente aqueles com pedágio dinâmico¹⁸. A estratégia básica (ou seja, até que ponto a flexibilidade será concedida ao setor privado na definição dos níveis de pedágio) e a estrutura básica de pedágios (especialmente a definição de tetos) é geralmente determinada na Fase de Avaliação, mas mudanças marginais podem ser feitas durante Fase de Estruturação. Em projetos de água relacionados com o ciclo integrado da água (isto é, incluindo fornecimento de infraestrutura, abastecimento de água para residências e cobrança de tarifas), a tarifa é sempre regulada devido à sua natureza de 'bem público' básico e geralmente não há espaço para definição de tarifa pelo parceiro privado. Este também é comumente o caso em projetos de transporte público;
- **Revisão ou indexação tarifária.** Quando as tarifas são limitadas por um preço teto, elas geralmente são revistas (anualmente, considerando o atraso para a revisão) e indexadas durante a vigência do contrato. Embora uma cesta de índices possa ser usada, a abordagem mais comum é indexar as tarifas a um índice geral de inflação (geralmente conhecido como Índice de Preços ao Consumidor, ou IPC), enquanto em alguns países (por exemplo, na Espanha), um fator de correção é incluído para incentivar maior eficiência na gestão de custos (por exemplo, as tarifas são indexadas a 0,85 x IPC). Em alguns setores com reguladores independentes, há revisões tarifárias periódicas (principalmente para tarifas ao consumidor) que levam em consideração uma ampla gama de fatores. Por exemplo, no caso de projetos de geração de energia, é comum incluir na tarifa o repasse automático dos custos com combustível, com reajustes mensais, semestrais ou anuais.

¹⁸ Pedágio dinâmico ou precificação dinâmica refere-se aos níveis de pedágio que podem variar em tempo real para responder ao congestionamento. Refere-se à infraestrutura em que existe uma alternativa gratuita de modo que os condutores podem utilizar tanto a opção com, como a opção sem pedágio, consoante o nível de tráfego e o preço. Esses projetos às vezes são chamados de "vias expressas".

Alguns esquemas em projetos de estradas fornecem flexibilidade na indexação das tarifas, permitindo vincular a indexação ao produto interno bruto (PIB), ou o que for mais alto entre o PIB e a inflação; e

- **Pagamentos à autoridade contratante (em projetos em que se espera haver receitas excedentes ou projetos superavitários)**. Quando o projeto mostra potencial de receita superior ao exigido para a viabilidade comercial, os governos podem optar por diminuir as tarifas e passar esse benefício aos usuários finais, ou capturar esse benefício como uma receita financeira para o governo (ou uma combinação dos dois).

As rotas mais comuns para compartilhar a receita excedente são:

- pagamentos adiantados (também chamados de “outorga” antecipada); e
- mecanismos de repartição durante as operações que podem, por sua vez, assumir a forma de uma outorga fixa anual ou de uma outorga variável (definida em termos de uma porcentagem da receita auferida)¹⁹.

O compartilhamento da potencial “receita excedente” por meio da redução do prazo do contrato deve ser cuidadosamente considerado, pois essa abordagem para compartilhar os ganhos provavelmente afetará o VfM e a otimização financeira.

Uma outorga inicial só deve ser considerada quando houver evidência clara do valor do excesso de receita para a empresa do projeto. As questões de custo de capital devem ser consideradas, pois a empresa do projeto terá que levantar capital adicional para pagar pela outorga. As outorgas não devem ser exigidas ao custo de sobrecarregar os usuários com uma tarifa mais alta do que economicamente razoável.

Quando o governo decide solicitar uma outorga inicial (ou precisa fazê-lo por razões fiscais), pode ser preferível estimar um valor prudente para a outorga (ou seja, com base em pressupostos realistas e próximos da projeção pessimista de receita e tráfego). O governo também pode capturar o restante do valor excedente ou parte dele por meio de uma outorga variável durante a vigência do contrato.

O excesso de receita na maioria das vezes surge em projetos existentes, ou seja, em infraestrutura existente (geralmente estradas²⁰, aeroportos e alguns portos), para os quais existe um nível estabelecido e conhecido de uso atual. O excesso de receita potencial também pode ser identificado para alguns projetos *greenfield* (principalmente estradas), embora isso seja menos comum;

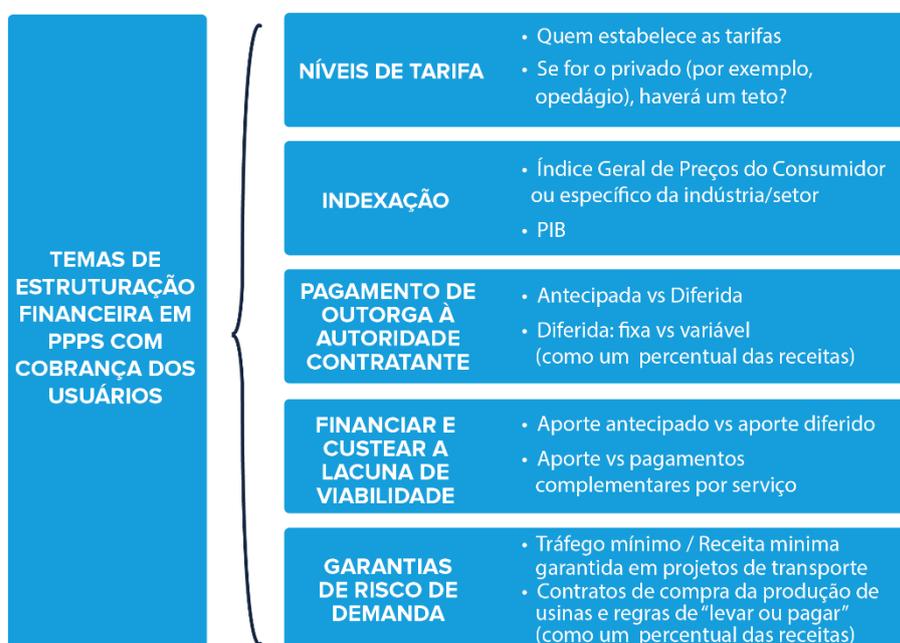
- **Projetos inviáveis**. Por outro lado, haverá projetos que não são financeiramente viáveis apenas com base na cobrança das tarifas dos usuários (não é viável isoladamente). Isso terá sido identificado na avaliação e os fundamentos da estratégia para preencher a lacuna terão sido estabelecidos, sujeito a um refinamento em termos de estrutura financeira.
 - Se uma abordagem de cofinanciamento tiver sido selecionada, o formato e a forma (especialmente o momento) dos pagamentos da contribuição de capital (*grant financing*) serão definidos nesta fase, caso isso não tenha sido feito anteriormente; e

¹⁹ Uma variação dessa abordagem é aplicar a porcentagem a ser compartilhada no lucro líquido ou no Lucro antes dos juros, impostos, depreciação e amortização (EBIDTA) da empresa do projeto. Isso tem a desvantagem de ser mais complicado de calcular e pode levar mais facilmente a disputas. Outra abordagem mais complexa é basear o compartilhamento das receitas excedentes ou do lucro excedente nos níveis de retorno do *equity* (TIR do *equity*), de modo a dividir as receitas ou fazer pagamentos à autoridade licitante quando a TIR do *equity* ultrapassar certos limites.

²⁰ O Quadro 1.10 no capítulo 1 explica “Arrendamentos ou concessões de longo prazo de infraestrutura com cobrança dos usuários como um caso especial de PPP de gestão ou de serviço com financiamento privado significativo”, incluindo um exemplo de um projeto relevante, a Chicago Skyway.

- Quando a viabilidade é sustentada por empréstimos públicos subsidiados (dívida subordinada fornecida pela autoridade contratante), os termos de tais empréstimos serão determinados nesta fase, embora as condições básicas já devam ter sido estabelecidas durante a Avaliação.
Nesses casos, é comum incluir algum mecanismo para compartilhar vantagens potenciais. Este e outros meios para apoiar a viabilidade de um projeto já foram explicados na seção anterior; e
- **Questões de estruturação de risco relacionadas à demanda.** Quando o risco de demanda é percebido como significativo (por exemplo, em um projeto *greenfield* para o qual não há dados históricos que possam ser usados para estimar a demanda), pode ser necessário limitar ou compartilhar esse risco. Isso pode ser feito por meio de mecanismos contratuais como garantias de volume de tráfego/receita mínima ou outros mecanismos semelhantes (ver Quadro 5.11).

FIGURA 5.6: Fatores-chave na estruturação financeira de projetos com cobrança dos usuários



Nota: CPI = índice de preços ao consumidor; PIB = produto interno bruto; PA = autoridade contratante

QUADRO 5.11: PPPs de rodovias com cobrança dos usuários: um exemplo de mecanismo de redução de receita²¹

A autoestrada de 157km com pedágio M5 (Hungria) faz parte do Corredor de Transporte Pan-Europeu IV (Berlim-Praga-Bratislava - Budapeste-Tessalônica-Istambul). Foi desenvolvido como uma PPP (concessão) com cobrança do usuário em 1994 com uma duração de contrato de 35 anos.

O contrato inclui um “mecanismo de redução de receita” para compensar a redução de receita devido ao tráfego durante os primeiros 7,5 anos de operação (um mecanismo que foi de fato usado de forma limitada).

Esta disposição contribuiu para que o projeto fosse financeiramente sustentável. No entanto, a anterior e primeira PPP rodoviária na Hungria (a autoestrada M1-M15) entrou em *default* e tiveram de ser retomadas pelo governo.

O mecanismo é do tipo rotativo: as contribuições do governo para suprir a insuficiência de receita são interpretadas como um empréstimo subordinado que será pago de volta com base em benefícios futuros, com prioridade sobre os dividendos ao parceiro privado.

O projeto também contou com a participação do Banco Europeu de Reconstrução e Desenvolvimento (BERD) no âmbito de uma estrutura de empréstimos A/B. Incluía o direito de revisar os níveis de pedágio pelo parceiro privado com base na variação das taxas de câmbio e foi confirmado como um modelo para projetos futuros na Hungria e na região.

4.9. Mecanismos de pagamento vinculados à demanda

A forma básica do mecanismo de pagamento é definida durante a Avaliação, se o projeto é uma PPP com cobrança do usuário que depende de pagamentos governamentais significativos para complementar a receita, ou se o projeto é uma PPP puramente com pagamentos governamentais, onde a receita operacional está inteiramente na forma de recursos públicos.

Se o mecanismo de pagamento prevê que o governo faça “pagamentos sombra” com base no volume (por exemplo, pedágios sombra, pagamentos de tarifa sombra no transporte público ou pagamentos por metro cúbico em projetos de tratamento de água), isso irá introduzir o risco de demanda ou volume para a estrutura de riscos. Este risco é geralmente difícil para qualquer uma das partes controlar ou gerenciar, e os mutuantes (*lenders*) desconfiam disso - a menos, isto é, que a natureza e o contexto da infraestrutura ou do serviço tornem o risco razoavelmente previsível (por exemplo, no que diz respeito à demanda em uma estrada vicinal com um longo histórico e ausência de estradas concorrentes agora ou no futuro).

A estrutura de risco de demanda só deve ser considerada quando houver um claro alinhamento de interesses (ou seja, o público está interessado em maior demanda ou maior volume, por exemplo, no transporte público urbano) e quando o risco associado ao volume do tráfego ou à demanda é considerado razoavelmente avaliável e administrável pelo parceiro privado. Pode haver casos em que o público esteja interessado em volumes maiores, mas não há justificativa para transferir o risco de demanda. Um caso, por exemplo, é o de alguns corredores ferroviários em que o parceiro privado é responsável pelo Projeto-Construção-

²¹ Livro de fontes de estudos de caso de PPP (Comissão Europeia 2004) estudo de caso 19.

Financiamento-Manutenção (DBFM) da infraestrutura da linha, mas a própria linha será operada por uma operadora ferroviária designada ou por outras operadoras privadas. Neste contexto, é irracional pagar ao parceiro privado com base no tráfego (quantidade de comboios que utilizam a infraestrutura), visto que o volume está sob controle e gestão de terceiros. Veja também a tabela 5.2.

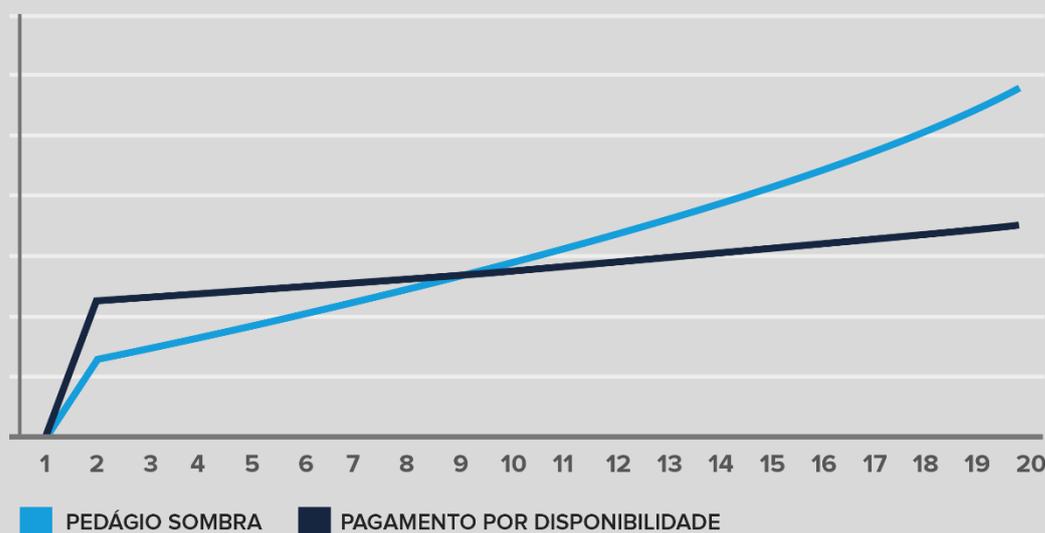
TABELA 5.2: Exemplos de transferência inadequada e adequada de risco de demanda em PPPs com pagamentos governamentais	
Transferência de risco de demanda inadequada	Transferência de risco de demanda adequada
<ul style="list-style-type: none"> • Um contrato de PPP de estação de tratamento de esgoto em que os pagamentos são puramente vinculados ao volume e não há cláusula de "take or pay" (ou seja, não há volume mínimo ou garantia de receita). A infraestrutura pode estar tratando água em total conformidade com as especificações de qualidade e capacidade, mas a entrada de água está abaixo do esperado. Portanto, a PPP sofrerá financeiramente por motivos fora de seu controle e apesar de atuar de forma correta. • Uma PPP hospitalar é contratada para o projeto, construção, financiamento e manutenção das instalações (nenhum serviço clínico está incluído, uma vez que estes continuam a ser operados pelo serviço público de saúde). O pagamento por paciente pode criar uma situação injusta se as autoridades de saúde decidirem enviar pacientes para outro hospital. • Uma estrada sem pedágio desenvolvida sob um modelo de PPP onde os pagamentos estão vinculados ao número de usuários. Se houver muito mais usuários do que o inicialmente esperado pelo governo, os pagamentos do governo serão muito maiores do que o programado e o parceiro privado obterá lucros injustificados. Se o número de usuários estiver bem abaixo das projeções originais do governo, o parceiro privado sofrerá indevidamente, mesmo que a infraestrutura rodoviária tenha sido bem construída e esteja sendo mantida de maneira adequada. Os 	<ul style="list-style-type: none"> • O governo decide maximizar o valor das receitas em uma rodovia pedagiada existente com um longo histórico de tráfego e uma disposição de pagar demonstrada pelos usuários. Não é costume fornecer quaisquer garantias ou proteção contra riscos de tráfego baixo. O objetivo do setor público nesta situação é muitas vezes maximizar sua receita (na forma de um pagamento de outorga inicial e/ou como uma porcentagem das receitas excedentes). • Uma PPP de VLT inclui o desenvolvimento e gerenciamento de infraestrutura, fornecimento de material rodante e operação dos trens. A autoridade contratante decide pagar com base em um sistema de tarifa sombra distribuído por faixas de demanda (ou seja, o pagamento por usuário é maior com baixa demanda e menor com maior demanda), bem como pagamentos por disponibilidade.

<p>mecanismos de pagamento no transporte devem ser baseados na disponibilidade/qualidade ou, quando baseado no volume, no risco de queda de tráfego. Situações inesperadas devem ser compensadas por meio de tráfego mínimo ou garantias de receita e esquemas de participação nos lucros (geralmente sob uma abordagem de sistema de bandas de demanda).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Uma ligação de infraestrutura ferroviária entre dois países é desenvolvida sob um esquema de PPP, e o parceiro privado é pago com base no número de trens (operados pelos respectivos operadores públicos dos países) usando a ligação. O parceiro privado conclui as obras no prazo, mas um dos países não finalizou as atualizações necessárias em seu sistema ferroviário para trens de alta velocidade, então o tráfego está muito abaixo das expectativas originais. Há um incentivo perverso para o poder público atrasar o uso efetivo do corredor para economizar custos aos respectivos sistemas ferroviários 	
--	--

Os pagamentos por volume (no transporte) dão ao poder público uma vantagem teórica, pois fornecem pagamentos que aumentam ao longo do tempo em termos reais porque a demanda de longo prazo deve crescer a um ritmo próximo ao crescimento do PIB. Portanto, os pagamentos podem ser concentrados no final (ou seja, menores nos primeiros anos da PPP e maiores nos anos posteriores). No entanto, isso tem a desvantagem inerente de aumentar a carga financeira geral do esquema de PPP porque a vida média do financiamento é mais longa e é provável que o ICSD exigido pelos credores e a TIR do *equity* requerida pelo investidor sejam correspondentemente mais altos. Veja a figura 5.7.

FIGURA 5.7: Perfil de pagamento em uma PPP rodoviária: Volume versus disponibilidade

Pedágio sombra vs Pagamentos por disponibilidade



Quando um pagamento sombra é usado, o perfil de pagamento será afetado pela evolução da demanda de tráfego, que geralmente aumenta com o tempo (com alta correlação com o crescimento do PIB). Por esse motivo, a inclinação da curva de pagamentos em um pagamento vinculado ao volume será maior. Teoricamente, para o mesmo volume de receitas, os pagamentos nos primeiros anos serão menores e os pagamentos nos anos posteriores serão maiores (ou seja, o perfil de pagamento é “carregado no final”). Porém, devido a esta natureza de concentração de pagamentos na parte mais final (maior vida média do valor total dos pagamentos), o financiamento é naturalmente amortizado mais tardiamente. Portanto, o encargo financeiro geral é maior. Além disso, é mais provável que o risco de demanda crie uma penalidade em termos de prêmio, portanto, o *equity*, a TIR, o ICSD e as taxas de juros serão provavelmente um pouco mais altos. Como tal, todos eles geralmente resultam em um maior volume total de pagamentos em termos de VPL.

A seguir estão delineadas as características mais relevantes deste tipo de mecanismo, portanto, as decisões de estruturação devem se concentrar nelas.

Estruturação do Risco de Demanda

Em projetos de tarifa sombra ou de pedágio sombra, a estruturação ou refinamento final da estrutura geralmente se concentrará em delinear e limitar o risco de demanda. Onde a demanda pode ser volátil ou sofrer mudanças materiais no curso do projeto (o que é tipicamente o caso em projetos de transporte), não é incomum estabelecer um sistema de bandas para compartilhar parte do risco e do retorno. Para tráfego ou volumes abaixo de certos limites, a tarifa sombra aumentará de forma a compensar parte da perda de receita devido aos menores volumes de tráfego registrados. Por outro lado, a tarifa diminuirá se o volume de tráfego estiver acima de certas bandas, ou seja, estiver acima da curva da linha de base da projeção de tráfego.

As bandas ou qualquer outro método usado para moderar o risco de tráfego ou volume devem ser avaliadas cuidadosamente para evitar proteger totalmente o parceiro privado do risco. Isso prejudicaria o VfM e afetaria a lógica de todo o contrato de PPP.

Em alguns projetos, os pagamentos não são limitados e, como resultado, os governos enfrentam pagamentos inesperadamente elevados. Isso cria riscos fiscais indesejáveis e indefinidos para o governo. Independentemente de haver ou não um sistema de banda, deve haver um nível máximo de tráfego acima do qual o governo não faz pagamentos.

No entanto, onde o volume está acima do limite máximo de tráfego, o contrato deve compensar o parceiro privado pelo risco relacionado a níveis extraordinários de tráfego (acima do limite de tráfego estabelecido para pagamentos) porque eles enfrentarão custos de O&M mais elevados e provavelmente terão que aplicar mais recursos ou acelerar os reinvestimentos. Essa compensação pode ser alcançada, por exemplo, definindo uma pequena tarifa sombra como uma aproximação dos custos marginais de O&M, ou estabelecendo o direito de negociar compensação se o tráfego estiver permanentemente acima do limite máximo de tráfego projetado.

Os pedágios sombra, geralmente com bandas de demanda, foram muito comuns em países como Portugal e Espanha²² nos estágios iniciais de desenvolvimento de seus arcabouços de PPP. No entanto, desde o início da década de 2010, todos os projetos na Espanha passaram a fazer uso de pagamentos por disponibilidade, e em Portugal alguns projetos foram reestruturados para implantar a abordagem por disponibilidade. O Reino Unido também usou inicialmente pedágios sombra para projetos de estradas antes de passar para modelos baseados principalmente na disponibilidade e nas medidas de congestionamento de trânsito.

Indexação de Tarifas Sombra

O outro fator básico para delinear a forma final do mecanismo de pagamento sombra é a indexação. A abordagem mais comum para a indexação é novamente vincular o pagamento ao IPC²³ ou outro indicador de inflação de preço/custo adequado (índice setorial).

A razão disso é óbvia: alinhar a inflação do preço do serviço à da economia em geral ou do respectivo setor. Também tem a vantagem de aumentar os pagamentos ao longo do tempo, o que pode ser desejável se o governo deseja aumentar a sua capacidade de pagamento (*affordability*) nos primeiros anos da PPP.

Em alguns projetos, um fator de indexação fixo (por exemplo, 2%) é aplicado independentemente do nível real de CPI para cada ano. A justificativa para tal abordagem é duvidosa, já que o governo pagará, afinal, o preço/custo de transferir o risco de inflação para o parceiro privado. Por sua vez, o parceiro privado cobrará um prêmio sobre a TIR do *equity* requerida ou fará um hedge contra o risco de inflação (por exemplo, um swap de inflação).

Alguns projetos consideram uma fórmula de indexação baseada em diferentes índices de preços para diferentes fatores de custo. Embora isso possa ser apropriado para projetos e circunstâncias muito específicos, a simplificação é a abordagem geral mais recomendada.

Em relação ao IPC, o índice é geralmente o IPC nacional ou geral para uma determinada economia. No entanto, algumas autoridades licitantes subnacionais usam seu IPC regional ou estadual. Isso pode ser justificado, desde que a inflação de custos para o projeto específico se correlacione melhor com a economia doméstica (local ou regional) do que com a economia nacional. Frequentemente, não é o caso.

²² Para uma revisão da experiência espanhola em rodovias com pedágio sombra, ver *La Experiencia Española en carreteras* (Andrés Rebollo, 2009), encomendada pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) em <http://publications.iadb.org/handle/11319/4890>, onde o anexo 2 apresenta um estudo de caso de uma PPP baseada em faixas de pedágio de sombra.

²³ Também conhecido como Índice de Preços de Varejo, RPI (da sigla em inglês).

Ajuste de desempenho

Conforme explicado na introdução aos mecanismos de pagamento (ver capítulo 1.4), os pagamentos vinculados ao volume não são inerentemente vinculados aos requisitos de desempenho. No entanto, o contrato pode estabelecer que uma violação dos níveis de desempenho estabelecidos resultará na obrigação do parceiro privado de pagar uma multa ou indenização por perdas e danos ao governo. Nesse sentido, a estrutura dos mecanismos de pagamento vinculados ao volume é independente do desenho final dos requisitos de desempenho e dos níveis de serviço pretendidos.

No entanto, como em um mecanismo de pagamento por disponibilidade (discutido na seção 4.10 abaixo), em vez de impor penalidades monetárias com base em cada violação individual de nível de serviço requerido, alguns sistemas incluem um "componente de qualidade". Isso corrige a dedução em dois estágios, com base no número de pontos de desempenho acumulados e, em seguida, calculando a dedução em função deles (consulte o Quadro 5.32 "Sistemas de pontos de desempenho e violações persistentes").

Os pagamentos sombra funcionam bem como um mecanismo de pagamento complementar (ou seja, para complementar as receitas do usuário em PPPs inviáveis apenas com a cobrança dos usuários) quando a lacuna de viabilidade não foi preenchida com contribuições de capital (*grant financing*) ou outras formas de apoio financeiro. Nestes casos, os pagamentos públicos complementares incluem frequentemente elementos de disponibilidade ou qualidade. Isso diminui o risco de volume do projeto.

4.10. Pagamentos por disponibilidade

Quando o nível de uso do ativo não é relevante para os objetivos do governo (ou seja, não é por si só um objetivo público), mas ainda é fundamental que o ativo esteja disponível para uso pelos usuários finais, por exemplo, profissionais de saúde em um hospital, o pagamento deve ser baseado no conceito de disponibilidade. Esses esquemas são o regime de pagamento mais comum em infraestrutura social, enquanto em alguns subsetores de transporte essa prática está se tornando cada vez mais comum (estradas sem pedágio, ferrovias e transporte aquaviário). Em energia (infraestrutura de geração e transmissão de energia), o esquema de pagamento é bastante semelhante ao conceito de disponibilidade, com o PPA (*Acordos de Compra de Energia*, da sigla em inglês) tipicamente proporcionando um pagamento fixo (pela capacidade) desde que a usina seja capaz de gerar energia (mais outro pagamento variável dependendo da energia efetivamente fornecida).

O governo só deve pagar pelo ativo enquanto estiver disponível (portanto, nunca antes da construção ser concluída) e na medida em que estiver disponível (mas considerando "exceções", como períodos de manutenção planejados ou certos eventos fora do controle de parceiro privado. É uma questão de alocação de risco). Por exemplo, apenas partes da infraestrutura podem estar disponíveis para uso ou a capacidade de uso completo da infraestrutura pode ser limitada (por exemplo, algumas partes podem ter sido mal avaliadas por não atenderem a certos critérios de desempenho, ou podem realmente não estar disponíveis).

Conforme sugerido acima, a disponibilidade geralmente responderá a dois critérios gerais. Um relacionado à disponibilidade física para uso (ou seja, o ativo pode ser usado efetivamente) e outro relacionado aos critérios de condição (ainda que esteja disponível para uso, o ativo pode não ser considerado disponível para fins de cálculo do pagamento). Cada situação pode resultar em diferentes ajustes de pagamento ou deduções (consulte a seção 4.10.1).

O mecanismo de pagamento por disponibilidade deve ser unitário (sujeito à ressalva explicada no Quadro 5.12 abaixo), pois corresponde à receita baseada nos pagamentos dos usuários (sem usuário, sem pagamento do usuário) ou em pedágios sombra. O conceito unitário implica que o pagamento relacionado

a uma seção ou parte do ativo (conforme descrito abaixo na seção 4.10.2) deve ser zero para o período durante o qual essa parcela ou área do ativo estiver indisponível.

Os riscos de disponibilidade são, em última análise, riscos operacionais, intrinsecamente gerenciáveis e dependentes do desempenho e das capacidades de gerenciamento do parceiro privado (sujeito à disponibilidade e critérios de desempenho razoáveis)²⁴. Além disso, é comum segmentar o pagamento em parcelas do ativo ou áreas da instalação e, em seguida, ratear a indisponibilidade e as deduções de pagamento por unidades de tempo. Além disso, será concedido tempo ao parceiro privado para retificar eventos que causem indisponibilidade (por exemplo, uma via fechada devido a um acidente), o que diminui, posteriormente, o risco de crédito (ver seção 10.5).

QUADRO 5.12: Pagamentos por disponibilidade e mercados de PPP imaturos

A estrutura natural de um mecanismo de pagamento de PPP é de natureza unitária, pois o governo está pagando pelos serviços e, se não houver serviço, não deverá haver pagamento.

No entanto, alguns países EMDE (de Economias Emergentes e Mercados em Desenvolvimento), particularmente os LDCs (países menos desenvolvidos, da sigla em inglês) e quaisquer mercados de PPP imaturos, estão optando por abordagens não padronizadas para pagamentos por disponibilidade; isso tem o objetivo de diminuir significativamente a percepção de risco (especialmente pelos mutuantes (*lenders*)) e, assim, melhorar a viabilidade creditícia dos projetos.

Essa abordagem de redução do risco assume duas formas principais.

- Parcelar o pagamento, dividindo o valor do pagamento em três componentes: um que cobre o pagamento do principal e os juros da dívida sênior, que podem ser isentos de qualquer dedução uma vez que o ativo seja construído e comissionado; um para pagar e remunerar o *equity* (sujeito a penalidades ou deduções em caso de baixo desempenho), e um para custos de operação e manutenção O&M (com ajustes ou deduções potenciais limitados).
- Limitar a dedução a ser aplicada nos cálculos de pagamento de forma a proteger os bancos, mas também considerar a dedução não aplicada na ocasião de pagamentos futuros. Alternativamente, desde que, se, sem aplicar o limite, as deduções puderem exceder um valor especificado, levando o contrato a ser rescindido.

Romper o conceito unitário para proteger os mutuantes (*lenders*) e/ou limitar as deduções a fim de aumentar a atratividade comercial do contrato de PPP pode ser sensato em países/mercados que introduzem o conceito de disponibilidade pela primeira vez. Isso também pode se aplicar durante o tempo em que o respectivo mercado está em seus estágios iniciais de desenvolvimento. Mas, caso contrário, isso deve ser evitado porque esta abordagem de pagamento não cria o incentivo adequado para altos padrões de desempenho e, portanto, o VfM pode sofrer.

²⁴ Quando os pagamentos unitários foram introduzidos pela primeira vez em PPPs em países desenvolvidos, havia preocupações de que eles não fossem encontrar viabilidade na perspectiva dos mutuantes (*lenders*), uma vez que, pelo menos em teoria, toda a receita do parceiro privado está em risco e o parceiro privado pode ser incapaz de pagar seus mutuantes (*lenders*). No entanto, como os riscos estão em grande parte no controle do parceiro privado e agora há um histórico estabelecido de experiência com esses mecanismos de pagamento, os pagamentos unitários não dão mais origem a preocupações de bancabilidade se forem estruturados de forma adequada.

O conteúdo desta seção adota o entendimento, entretanto, de que todos os requisitos de desempenho estão embutidos no mecanismo de pagamento e, ao violar qualquer critério de condição, isso impactará diretamente o encargo unitário.

Os requisitos de desempenho e, em última análise, os níveis de serviço definidos nos critérios de desempenho ou de condição devem ser objetivos e mensuráveis, mas também realistas.

O governo pode definir padrões de alto desempenho sem criar risco excessivo para o parceiro privado. Existem vários fatores que influenciam o potencial pagamento a ser merecido pelo parceiro privado, e todos eles devem ser equilibrados de modo a impor o nível desejável de tensão e risco à concessionária: padrões elevados podem ser compensados por períodos de retificação generosos ou com modestas deduções. Deduções altas podem estar associadas a padrões baixos ou flexíveis e assim por diante. Todos os fatores devem ser orientados pelo valor da disponibilidade (ou a perda em termos de indisponibilidade) para a parte pública e a urgência com que as violações ou falhas que afetam a disponibilidade são remediadas. A definição final desses fatores deve ser analisada cuidadosamente por meio da realização de "ensaios clínicos" do mecanismo de pagamento (consulte o Quadro 5.13 sobre calibragem do mecanismo de pagamento).

Alguns critérios de desempenho (em geral, aqueles que não são considerados críticos para a finalidade do ativo, por exemplo, a limpeza da sala de espera em um hospital em vez de em uma sala de cirurgia) podem ser tratados separadamente do pagamento unitário. Isso é obtido alocando um fluxo de pagamento específico a um serviço específico, em vez de pagar por esse serviço por meio de pagamentos unitários. As deduções relativas a esse serviço são feitas apenas desse fluxo de pagamento específico, não da taxa unitária.

Pagar por serviços específicos e deduzir pagamentos ou impor penalidades por serviços separadamente do pagamento unitário é comum em relação a "serviços administrativos" (como limpeza e alimentação), bem como em alguns projetos de infraestrutura social do tipo acomodação, como prisões, hospitais, prédios de tribunais e escolas, onde o governo provém diretamente o serviço público final concomitante à infraestrutura.

A justificativa para esses sistemas de pagamento compostos é a necessidade de manter a flexibilidade a fim de acomodar certos riscos específicos e a capacidade de alterar o escopo dos serviços administrativos durante o curso do contrato (veja a seção 4.10.10).

Os fatores que definem o mecanismo de pagamento por disponibilidade devem ser desenhados sob medida para cada projeto específico. No entanto, é útil analisar precedentes de sucesso para projetos semelhantes. Também é muito útil criar padrões genéricos na forma de guias ou outras documentações.

A estrutura final do mecanismo de pagamento, assim como os pagamentos por volume, provavelmente será definida durante o processo de estruturação. Mesmo que a estrutura básica do mecanismo de pagamento tenha sido definida em uma fase anterior, o mecanismo deve ser calibrado cuidadosamente antes da definição final²⁵.

²⁵ A seção 7.5 ("Calibração") do guia de Padronização de Contratos PFI (HM Treasury UK, 2007) fornece informações e dicas úteis sobre este assunto.

Como regra geral, a autoridade contratante deve evitar complexidade desnecessária ao projetar o mecanismo de pagamento, uma vez que a complexidade gera aumento de custos relacionados com relatórios e monitoramento.

Todas essas características e outros elementos do mecanismo de pagamento, bem como questões estruturantes que afetam este regime de pagamento, são explicados nesta seção.

QUADRO 5.13: Calibrando o mecanismo de pagamento

Calibragem significa o processo de refinar e atribuir números e valores finais às várias partes do mecanismo de pagamento. Isso inclui os critérios de disponibilidade e os padrões de desempenho ou critérios de condição, os períodos de retificação para cada evento de indisponibilidade, níveis de dedução (o peso das penalidades e as repreensões) e os limites para deduções de desempenho e assim por diante.

O processo requer a construção de um modelo para simular diferentes cenários de desempenho (por exemplo, diferentes números de violações e tempos de retificação em um ano e no longo prazo), a fim de avaliar as implicações financeiras do desenho do mecanismo de pagamento em diferentes graus ou categorias de desempenho (por exemplo, excelente, alto, médio e baixo ou ruim).

O objetivo é compreender o potencial impacto real em termos financeiros dos padrões de desempenho e outros fatores. A equipe do projeto pode então avaliar se o mecanismo de desempenho está efetivamente equilibrado. Eles podem garantir que cenários de desempenho aceitáveis não produzam resultados indesejados, como insolvência, e que a redução potencial no pagamento entre o cenário de desempenho insuficiente e o de alto nível de desempenho seja proporcional à perda efetiva em termos de nível de serviço recebido. Além disso, de qualquer forma, receber 100% do pagamento deve ser desafiador, mas viável para um operador privado de alto padrão.

4.10.1. Definição de disponibilidade ou indisponibilidade. Enquadramentos e falhas de atendimento de nível de serviço ou critérios de condição

A disponibilidade será determinada com base em dois conjuntos gerais de critérios: aqueles relacionados à disponibilidade física para uso, e aqueles relacionados aos critérios de condição (embora esteja disponível para uso, o ativo pode não ser considerado como disponível para fins de cálculo do pagamento). Cada conjunto de critérios pode resultar em diferentes ajustes de pagamento ou deduções.

É desafiador definir a “medição da indisponibilidade”, pois um nível significativo de julgamento é necessário para definir quando algo deve ser considerado indisponível, embora esteja sendo usado. A questão relevante é definir claramente os limites de desempenho que devem ser atendidos para que haja um nível de serviço aceitável - especialmente aqueles requisitos, que, se violados, representarão um perigo em termos de proteção e segurança.

Portanto, um fator primordial para a estrutura é a definição do nível de desempenho necessário para cada um dos requisitos ou critérios definidos²⁶, ou seja, quão desafiador ou exigente será o governo na definição

²⁶ Em alguns sistemas de pagamento, especialmente na área de Infraestrutura social e particularmente em empreendimentos habitacionais ou prediais, alguns requisitos de desempenho (que não são considerados críticos para esse fim) podem não afetar o pagamento unitário diretamente por meio de medidas de indisponibilidade. As deduções podem ser mais bem tratadas por meio de pontos de desempenho e um regime de penalidade. Em outras ocasiões, pode

dos níveis de serviço ou limiares exigidos para os "critérios de condição". Os exemplos incluem: o índice de rugosidade em uma estrada, a luminosidade das luzes em uma estrada, o número de luminárias funcionando corretamente em cada trecho da estrada, o número de luminárias necessárias para funcionar em cada uma das áreas definidas de uma escola, a temperatura em partes específicas de um hospital e assim por diante.

Para avaliar efetivamente a indisponibilidade e calcular as deduções, um regime de monitoramento de desempenho deve estar em vigor. Considerações sobre quem realiza e quem paga pelo monitoramento e as obrigações de monitoramento e relatórios do parceiro privado são abordadas na seção 9. O guia "Padronização de Contratos PFI2" do Reino Unido fornece informações adicionais e padrões recomendados para lidar com o monitoramento²⁷.

4.10.2. Composição do Pagamento no Pagamento Unitário e "Pro Rata Temporis"

Em um pagamento unitário, o pagamento cobre todos os custos do parceiro privado, incluindo a amortização do capital, o custo do financiamento, impostos e operações e os custos de manutenção.

No entanto, o pagamento (e o conceito de disponibilidade ou indisponibilidade) deve ser dividido em segmentos correspondentes a partes da infraestrutura, quando praticável. Isso serve para calcular o pagamento e as deduções por seções ou áreas.

Em algumas infraestruturas, uma seção ou parte do ativo pode ser considerada autônoma, desde que esteja prestando um serviço completo e com sentido econômico e social próprio. Por exemplo, um projeto de estrada geralmente será dividido em seções da estrada, cada seção sendo um trecho da estrada que permite aos usuários chegar a um destino específico (por exemplo, um trecho de estrada entre duas cidades, ou entre uma cidade e a conexão com uma rodovia diferente que está fora do escopo do projeto).

Em muitos projetos de infraestrutura social, diferentes áreas atendem a propósitos diferentes, mas todas elas juntas fornecem um único serviço final. Por exemplo, em um projeto de hospital, quartos ou vagas para pacientes podem estar disponíveis, mas se a área dedicada ao atendimento clínico não estiver disponível, os pacientes não receberão todos os serviços esperados naquele hospital. Mesmo que os pacientes não tenham todos os serviços esperados disponíveis para eles, não faz sentido para o governo considerar que a instalação está totalmente indisponível, uma vez que muitas das necessidades dos pacientes ainda serão atendidas²⁸. Por outro lado, a indisponibilidade da área de atendimento clínico afetará adversamente o atendimento de alguns pacientes e, portanto, o parceiro privado não deve ter direito ao pagamento integral.

Portanto, é necessário nesses projetos identificar e definir diferentes áreas porque a relevância de cada área para o serviço público é diferente. Algumas áreas são consideradas mais críticas do que outras, e isso deve ser refletido na severidade das deduções²⁹.

haver diferentes limites definidos para um requisito (portanto, diferentes níveis de critérios), com o mínimo ou o nível limítrofe afetando diretamente a carga unitária (em tais casos, a penalização duplicada deve ser evitada).

²⁷ Consulte a seção 20 em "Padronização de contratos PFI 2" (HM Treasury UK, 2012).

²⁸ Uma exceção a isso seriam os projetos com multi-instalações, ou seja, dois edifícios diferentes para acomodar pacientes e fornecer atendimento clínico distinto seriam considerados ativos separados para fins de cálculo de pagamento.

²⁹ De acordo com o HM Treasury, UK (Standardisation of PFI Contracts), a acomodação em uma PPP de infraestrutura hospitalar será geralmente agrupada em três áreas: a área mais importante inclui instalações para acidentes e emergências e espaços para pacientes, incluindo banheiros, salas de cirurgia e tratamento intensivo; a área de média importância inclui áreas de espera geral e áreas de apoio clínico, como farmácia, fisioterapia e ortopedia; e as áreas menos importantes são áreas de escritórios e instalações educacionais.

Cada unidade funcional do ativo (como um segmento de uma estrada ou um quarto ou departamento de um hospital) terá seu próprio peso que determina o tamanho da dedução do pagamento se essa unidade funcional estiver indisponível.

Em um projeto de rodovia ou outros projetos de infraestrutura de transporte cujo objetivo é fornecer aos usuários a capacidade de se mover, o critério de ponderação está claramente relacionado a esse uso. Os trechos de uma estrada que representam uma demanda mais alta afetarão mais usuários do que outros trechos usados por menos motoristas.

Nas PPPs baseadas em edifícios, este é um exercício mais complexo, que dependerá, em última instância, da visão da própria autoridade licitante sobre quais partes ou áreas do edifício são mais críticas para o serviço.

O pagamento anual será auferido para cada seção ou área por unidades de tempo, ou seja, a disponibilidade pode ser medida em unidades de dias ou mesmo horas ou minutos. Em alguns projetos, o pagamento pode estar relacionado a outras unidades, como viagens (uma viagem realizada em um sistema ferroviário que não atenda aos critérios de disponibilidade pode ser considerada inexistente para fins de cálculo do pagamento).

4.10.3. Fatores de ajuste ou deduções

Se os critérios de disponibilidade e os critérios de condição (níveis-alvo para cada um dos requisitos de desempenho) não forem atendidos, o governo terá o direito de fazer deduções nos pagamentos. As deduções devem ser proporcionais à seriedade dos critérios violados e à gravidade da violação (ou seja, o evento de indisponibilidade).

Outros fatores que definirão o valor da dedução são os seguintes:

- A área (ou trecho de uma estrada) que está indisponível, pois algumas áreas terão pesos maiores do que outras;
- O tempo de indisponibilidade da área;
- Potencialmente, a hora específica do dia e do ano (mês ou dia da semana), especialmente em projetos de transporte - veja o próximo título;
- Potencialmente, a persistência ou repetição da violação; e
- Se o ativo (ou a área afetada) está sendo efetivamente usado, apesar da indisponibilidade. Isso está implícito no mecanismo de pagamento em projetos de estradas por meio de uma categoria específica de indisponibilidade que está relacionada ao trecho da estrada sendo bloqueado e em que medida (ou seja, quantas faixas do número total de faixas projetadas e construídas na respectiva seção).

Nas obras rodoviárias, não é incomum que o pagamento seja estruturado e calculado de baixo para cima, ou seja, somando os períodos de disponibilidade de cada um dos trechos e, portanto, somando o pagamento auferido por unidade de tempo. O pagamento relacionado a cada unidade de tempo será ajustado por um fator de indisponibilidade que geralmente fica entre 1 e 0 (incluindo 0,5 ou potencialmente outras notas intermediárias), sendo o primeiro relacionado à indisponibilidade total e o último à disponibilidade total.

Dependendo do peso da área em algumas PPPs, principalmente projetos de infraestrutura social, uma dedução pode ser superior ao valor do pagamento que pode ser obtido teoricamente durante o período de indisponibilidade, mesmo sem considerar fatores do tipo “efeito de repetição” (fator que, quando aplicável,

aumenta a dedução aplicada ao pagamento sob uma determinada situação de desempenho abaixo do esperado ou evento de indisponibilidade - ver 4.10.6) e outros ajustes potenciais. Alguns guias (por exemplo, "Padronização de contratos PFI2" pelo HM Treasury do Reino Unido) descrevem uma faixa típica do valor potencial da indisponibilidade entre 150% e 200% do valor do pagamento correspondente.

Isso significa que o pagamento pode ser zero antes mesmo de a infraestrutura estar completamente indisponível.

No entanto, não é costume exigir que o parceiro privado faça pagamentos à autoridade licitante, portanto, a dedução real será sempre limitada a 100% para fins de cálculos de pagamento.

4.10.4. Fatores de ponderação de tempo

O ajuste aplicado ao pagamento em um período de disponibilidade com o intuito de aplicar dedução no pagamento a que o parceiro privado fizer jus é, algumas vezes, ajustado por um fator de tempo. Isso é bastante comum em projetos de transporte para alinhar a relevância da falta de disponibilidade com o tempo real em que a falha está ocorrendo: o impacto da indisponibilidade de serviços de transporte público é claramente maior nos horários de pico e em dias de pico (dias úteis), de modo que a dedução pode ser maior nesses períodos e menor nos períodos fora de pico.

4.10.5. Períodos de retificação. Quando começa a indisponibilidade?

Outro fator a ser definido e que influenciará o risco e incentivo para um desempenho ideal é o tempo de retificação.

É comum que uma falha de disponibilidade ou indisponibilidade (ou seja, a falha em atender o mínimo de um critério de condição) não resultará em uma dedução, desde que o parceiro retifique a violação dentro de um determinado período a partir do momento em que a violação for detectada (o período de retificação).

Tecnicamente falando, o parceiro privado está incorrendo em falta e o bem está indisponível, mas a indisponibilidade não será considerada como ocorrida para efeito do cálculo do pagamento se for retificada no prazo estabelecido para aquele determinado critério de condição. Se a falha não for sanada dentro do tempo de retificação, a indisponibilidade será considerada iniciada no momento em que tiver sido detectada (e não no momento em que o período de retificação terminar).

Algumas considerações a esse respeito:

- Nem toda violação deve ter um período de retificação. Por exemplo, uma violação da especificação para servir três refeições por dia deve resultar em uma dedução sem um período de retificação;
- Os períodos de retificação não devem tirar o incentivo da manutenção proativa ou preventiva. Portanto, alguns critérios críticos não devem ter períodos de retificação e a extensão do período deve ser abreviada para outros critérios críticos. Por exemplo, o fornecimento de eletricidade é crítico em hospitais, portanto, em um hospital PPP, o parceiro privado deve instalar e manter geradores de reserva. Se a fonte de alimentação externa falhar e não for corrigida imediatamente pelos geradores de reserva, isso deve levar automaticamente a uma dedução. O parceiro privado deve assegurar que haja geradores de reserva com capacidade de funcionamento para que eles possam suplantar a falha no fornecimento de energia imediatamente (um período de retificação não deve ser aplicado para restaurar o fornecimento de energia);
- Para requisitos e respectivos critérios que não sejam considerados críticos, ou quando o grau de violação não for significativo, podem ser concedidos prazos de retificação mais longos;

- A indisponibilidade é considerada iniciada quando o evento de indisponibilidade é detectado ou relatado. O principal meio para identificar ou detectar eventos de indisponibilidade é através do processo de monitoramento, ou seja, através dos sistemas de monitoramento a serem implantados e das inspeções a serem feitas no ativo conforme definido e previsto no contrato ou proposto de outra forma pelo parceiro privado em sua proposta comercial. Os relatórios podem vir da autoridade licitante ou de uma parte interessada (por exemplo, um professor de uma escola abrigada num contrato de PPP); e
- Alguns eventos podem requerer reparação imediata de forma a solucionar temporariamente ou mitigar o descumprimento da exigência, independentemente da existência de prazo de retificação. Frequentemente, são chamados de “soluções temporárias”. Por exemplo, se uma janela em uma PPP escolar quebrar, o parceiro privado pode ter um período de retificação de cinco dias para substituir o vidro, mas pode ser obrigado a colocar tábuas sobre a janela dentro de 24 horas da quebra como uma solução temporária. A exigência de uma solução temporária deve ser claramente definida no contrato. Qualquer falha em executar o remédio urgente constituirá por si só uma violação de desempenho, que geralmente é tratada por penalidades direta ou indiretamente por meio de um regime de pontos de desempenho.

4.10.6. Mecanismo de impacto de repetição

Alguns mecanismos de pagamento aplicam fatores de “impacto de repetição”, aumentando o valor das deduções para penalizar o desempenho insuficiente repetido ou persistente, ou indisponibilidade que continua não resolvida.

4.10.7. Trabalho de manutenção e outras exceções à indisponibilidade

Quando parte da infraestrutura (um trecho ou uma área) está fechada ou não está disponível para uso devido a trabalhos de manutenção, isso não constituirá um evento de indisponibilidade, desde que os trabalhos de manutenção sejam realizados de acordo com os planos de manutenção acordados. Outras abordagens para permitir o trabalho de manutenção, sem afetar o pagamento, são alocar fatores de ponderação de tempo (TWF, da sigla em inglês) de valor zero para alguns períodos do dia (por exemplo, para alguns períodos durante a noite) ou conceder um “banco de horas de manutenção” na condição de que sejam usados apenas em horários menos perturbadores (que podem ser horários, épocas do ano ou meses específicos).

Outras exceções à indisponibilidade (ou seja, períodos de indisponibilidade que não serão considerados indisponíveis para fins de cálculo do pagamento) podem incluir:

- Indisponibilidade devido a ordens policiais ou outros requisitos legais;
- Acidentes em projetos rodoviários (em alguns contratos). Isso geralmente não é aconselhável, pois os acidentes podem ser permitidos simplesmente fornecendo um período de retificação suficiente); e
- Em termos gerais, qualquer evento justificado na medida em que possa afetar a disponibilidade.

Os eventos isentos de indisponibilidade devem ser devidamente descritos e regulamentados no contrato.

4.10.8. A indexação de pagamentos

Embora aumentar a curva ou a inclinação do fluxo de pagamento possa ser uma tentação (por exemplo, projetar a curva de pagamentos para que sejam menores nos primeiros anos do contrato), isso deve ser evitado. O preço do serviço deve (pelo menos em termos reais) ser o mesmo durante toda a vigência do contrato, com exceção das variações de obras ou serviços.

Indexar o pagamento à inflação anual pode parecer lógico à primeira vista. No entanto, isso também deve ser considerado com cuidado, pois o custo do serviço (incluindo custos de capital, ou seja, pagamentos aos mutuantes (*lenders*) e investidores) não está inteiramente ligado à inflação.

O serviço da dívida geralmente não está relacionado à inflação. Na maioria das estruturas financeiras comumente aplicadas às PPPs, o serviço da dívida é um custo fixo porque o parceiro privado protege o risco da taxa de juros, convertendo os juros a pagar em uma taxa fixa para todo ou a maior parte da vida do empréstimo.

Por outro lado, o *equity* está exposto ao risco de inflação e muitos dos custos operacionais e de manutenção do parceiro privado mudarão ao longo do tempo, aproximadamente de acordo com o IPC. No entanto, os custos vinculados à inflação normalmente representam a minoria - geralmente menos de 50% - dos pagamentos totais pela empresa do projeto.

Para se ajustar melhor ao perfil da curva de custo real do fluxo de caixa, muitos projetos baseados em disponibilidade optam por uma fórmula de indexação composta, em que apenas uma proporção do encargo unitário é ajustada pela inflação. Essa proporção é baseada na proporção esperada ou real das saídas de caixa da empresa do projeto que serão afetadas pela inflação.

Isso gera a vantagem de fornecer pagamentos mais elevados em termos nominais nos primeiros anos do contrato. Portanto, equilibrar o fluxo de pagamentos em termos nominais permitirá que a empresa do projeto acelere o pagamento da dívida em comparação com uma indexação total do IPC³⁰.

4.10.9. Primeiro Pagamento e Conclusão Antecipada

Disponibilidade significa pagar pela capacidade de usar o ativo. Portanto, pagamentos durante a construção do projeto geralmente devem ser evitados, independentemente de quão avançada a construção esteja.

Uma exceção pode ser justificada quando existam partes ou áreas da infraestrutura que possam ser efetivamente utilizadas e desde que haja a intenção de utilizá-las, o que deve ser claramente declarado no contrato. Esse poderia ser o caso em projetos como os seguintes:

- Em alguns projetos de estradas onde certos trechos da estrada podem ser efetivamente usados antes da conclusão do restante da estrada, faz sentido social e econômico permitir esse uso; e
- Em um projeto com várias instalações onde diferentes edifícios estão sendo contratados e cada um fornece um serviço independente sem grande dependência da existência de outros (por exemplo, várias escolas em locais separados sob o mesmo contrato de PPP).

Outra exceção pode ser os projetos relacionados à infraestrutura existente, onde há a necessidade de manter a infraestrutura existente em uso durante o curso das obras iniciais de atualização. O pagamento deve ser concedido pelo menos para compensar os custos de O&M da infraestrutura existente (mas não para pré-financiar as obras de reforma).

O contrato deve regular a situação quando a construção de um projeto é concluída antes do prazo ou antes da data prevista no contrato. Em termos gerais, a autoridade licitante não deve ter a obrigação de pagar

³⁰ Note-se, no entanto, que mais recentemente tem havido um aumento da participação de investidores institucionais nas estruturas de financiamento, sendo estes investidores frequentemente interessados em ativos atrelados à inflação.

pelo ativo se a disponibilidade começar antes da data alvo, mas deve declarar claramente se aceitará o ativo para uso (e, portanto, iniciará os pagamentos) antes dessa data.

A disponibilidade antecipada da infraestrutura geralmente é do interesse da autoridade licitante; no entanto, o governo pode não estar, ou provavelmente não estará, pronto para fazer pagamentos se o projeto for concluído antes do tempo.

Nesse sentido, uma abordagem possível é estabelecer uma data máxima de conclusão antecipada, antes da qual a autoridade contratante não fará qualquer pagamento, e deixar o licitante vencedor definir a data de conclusão. O licitante mais eficiente em termos de prazo de construção provavelmente será capaz de oferecer um preço mais baixo, portanto, há um incentivo natural para compartilhar o benefício da conclusão antecipada.

Se a empresa do projeto conclui o projeto antes da data programada (e precificada) em sua licitação, é costume, a fim de capturar uma parte do benefício da conclusão antecipada, estabelecer um "corte" no pagamento para cobrir custos O&M e algum nível de incentivo ou bônus para os investidores de *equity*.

4.10.10. Outros pagamentos e ajustes

Em várias circunstâncias, pode haver pagamentos adicionais fora do encargo unitário ou como um complemento a ele.

Os exemplos incluem o seguinte;

Ajustes de risco de volume inverso em projetos de transporte

A disponibilidade da infraestrutura de transporte não está relacionada ao tráfego ou volume real. No entanto, os custos de manutenção e ciclo de vida irão variar com a intensidade do uso, o que causará um perverso desalinhamento de interesses entre as duas partes.

Existem duas abordagens para isso. A primeira é definir um pagamento sombra atrelado ao volume destinado a cobrir o "custo marginal de O&M", com o intuito de neutralizar o incremento marginal nos custos por veículo. Isso geralmente é baseado em veículos pesados e pode ser estabelecido como um pagamento desde o primeiro veículo usuário da infraestrutura ou a partir de certo gatilho de demanda.

A outra abordagem comum é revisar o valor de cobrança unitária se e quando o tráfego exceder consistentemente um limite (por exemplo, por três anos consecutivos).

Este último tem a vantagem de ser mais simples de regular. No entanto, é mais complexo de implementar na realidade, pois será controverso calcular e concordar com o custo adicional real devido ao excesso de tráfego. Este seria, no entanto, o melhor método, desde que o ativo seja projetado para suportar níveis de tráfego materialmente mais altos do que a demanda atualmente esperada.

Pagamentos por serviços para alguns serviços administrativos em infraestrutura social e benchmarking de custos

Os pagamentos baseados na disponibilidade são apropriados para a maioria das instalações de acomodação, como hospitais ou escolas. O objetivo do governo em um projeto de hospital não é receber e tratar mais doentes. Pelo contrário, o governo prefere que haja menos doentes necessitando de tratamento, mas quer ter a certeza de que o edifício das instalações está disponível para acolher e tratar os que necessitam de tratamento. Portanto, não seria racional pagar ao parceiro privado com base no volume

(número de usuários). Em vez disso, os pagamentos em projetos de hospitais do tipo acomodação são geralmente baseados no número de leitos disponíveis e outros parâmetros de disponibilidade projetados para um determinado nível de ocupação especificado no contrato.

No entanto, mais demanda ou uso da instalação (mais pessoas para atender) implica claramente custos variáveis mais elevados para o parceiro privado. Portanto, acima de certos limites de ocupação, os custos de O&M aumentarão, especialmente em relação a certos serviços administrativos (limpeza, gestão de resíduos, alimentação e assim por diante).

Nesse contexto, duas abordagens principais podem ser adotadas.

- Proporcionar um ajuste ao pagamento unitário quando a ocupação estiver acima de certos limites (a ser estabelecido no contrato); e
- Considerar um componente de pagamento *ad hoc* separado para determinados serviços, ou seja, aqueles que são muito sensíveis à demanda.

O IPC ou outros índices gerais podem não capturar adequadamente as mudanças no custo de certos serviços ao longo do tempo. Alguns contratos (geralmente relacionados à gestão de *facilities*, incluindo serviços não finalísticos) fornecem um grau de proteção para o parceiro privado contra mudanças nesses custos. Os custos são analisados em momentos específicos da vida do contrato e comparados com as atuais condições de mercado desses serviços. Se os custos forem materialmente diferentes daqueles esperados no início do contrato, o encargo unitário é ajustado. Os métodos para lidar com essa questão, além de contar com ajustes parciais do IPC no encargo unitário, são testes de mercado e benchmarking de custos³¹.

Ajustes subjetivos e componentes de satisfação do usuário em um mecanismo de pagamento

Os critérios objetivos devem ser a base do sistema de disponibilidade. No entanto, a qualidade do serviço em ambientes complexos, como hospitais ou escolas, não pode ser totalmente reduzida a um conjunto prático de critérios de disponibilidade e desempenho (Padronização de Contratos PFI, *HM Treasury UK*).

Portanto, em alguns projetos, pode ser apropriado implementar pesquisas de satisfação do usuário como parte do regime geral de pagamento, mas o impacto financeiro dessas pesquisas deve ser pequeno, como um reconhecimento da variabilidade e subjetividade de tais métodos de medição de desempenho.

Abordagens aconselháveis para medição da satisfação do usuário podem incluir as seguintes disposições.

- O parceiro privado pode ser obrigado a conduzir uma pesquisa às suas próprias custas em períodos específicos (por exemplo, uma vez por ano);
- O parceiro privado pode ser obrigado a realizar uma auditoria operacional por sua própria conta. Quando a pontuação for baixa, será necessário desenvolver um plano de correção; e
- Potencialmente, quando a pontuação é ruim (e levando em conta o desafio de definir o que é um nível ruim ou resultado negativo nessas pesquisas), o governo pode ter o direito de aplicar uma dedução direta no pagamento anual (que deve ser pequena). Alternativamente, pode atribuir pontos de desempenho que podem ter implicações financeiras apenas na medida em que o

³¹ Consulte o capítulo 15 da obra *"Padronização de Contratos PFI ("Variações de preços")"* para obter informações adicionais e mais específicas sobre as ferramentas de contrato para lidar com esta questão.

número agregado de pontos de desempenho (relacionados a outras violações de níveis de desempenho ou outras violações de contrato) atinja certos limites.

Quando há implicações financeiras em casos de mau desempenho, o mecanismo de pagamento pode, às vezes, também atribuir uma necessidade de pagamento compensatório que, novamente, deve ser pequeno ou modesto em comparação com o tamanho geral dos pagamentos dentro do regime de pagamento.

A regra geral é que fatores subjetivos de qualidade como esse devem afetar apenas o retorno do *equity* e apenas de forma modesta. Caso contrário, o parceiro privado pode achar necessário criar uma contingência de caixa para mitigar o risco de que os pagamentos sejam reduzidos devido aos resultados da pesquisa com o usuário, apesar do bom desempenho do parceiro privado e seus subcontratados.

4.10.11. Frequência de Pagamentos e o Processo de Cálculo de Pagamentos

O contrato deve definir com clareza quando os pagamentos serão feitos e o processo para calcular o pagamento justo (ou seja, o cálculo das deduções e o processo de faturamento e liquidação). Existe uma variedade significativa de abordagens.

O processo de monitorar e calcular as deduções é complexo. Portanto, algumas autoridades licitantes preferem que os pagamentos não sejam feitos mais frequentemente do que trimestralmente. No entanto, isso exige que o parceiro privado financie um capital de giro significativo, uma vez que muitas de suas despesas serão pagas mensalmente ou com maior frequência. Exigir que o parceiro privado financie capital de giro significativo pode atrapalhar o VfM, pois o financiamento privado é mais caro do que o financiamento público.

Calcular deduções a cada mês e fazer pagamentos mensais correspondentes é, teoricamente, o sistema mais preciso e justo. No entanto, algumas entidades contratantes optam por uma solução intermediária, realizando os cálculos de acompanhamento e determinando as deduções trimestralmente, mas efetuando “pagamentos antecipados” nos primeiros dois meses do respectivo trimestre. Esses adiantamentos podem ser feitos com base em uma dedução hipotética provisória (por exemplo, pagando 90% do pagamento de disponibilidade correspondente *pro rata* ao respectivo mês) ou reduzindo o pagamento mensal em uma proporção das deduções do trimestre anterior.

O prazo para pagamentos após o recebimento da fatura correspondente geralmente estará sujeito ao regime geral de pagamentos do governo. Os pagamentos devem ser feitos dentro de um prazo razoável e os atrasos devem estar sujeitos a juros a uma taxa compatível com os juros seriam pagos pelo parceiro privado nos termos do contrato em situações em que a concessionária é quem estivesse inadimplente de alguma obrigação de pagar.

Em todos estes casos, no último mês do respectivo trimestre, serão calculadas as deduções aplicáveis ao desempenho real do trimestre. O pagamento do último mês do trimestre será ajustado para contabilizar qualquer pagamento insuficiente ou excessivo feito nos dois meses anteriores.

5. Alocação e Estruturação de Riscos³²

³² Os leitores que desejarem aprender mais sobre a alocação de risco podem consultar: *Partnerships Victoria (2001), Risk Allocation and Contractual Issues*, <https://www.dtf.vic.gov.au/Publications/Infrastructure-Delivery-publications/Partnerships-Victoria/Partnerships-Victoria-Risk-allocation-and-contractual-issues>

QUADRO 5.14: Esclarecimentos sobre o Escopo do Conceito de Risco adotado neste Capítulo

Risco a partir de uma perspectiva financeira

Este capítulo trata de questões de risco de uma perspectiva financeira. Como tal, está centrado nos riscos que afetam o ativo de infraestrutura e a atividade econômica relacionada com a sua gestão. Trata de como alocar esses riscos dentro do contrato de maneira eficiente.

Os governos se preocupam não apenas com as implicações financeiras, mas também de forma mais ampla quanto à “prestação de serviço ou a entrega de um resultado benéfico para o interesse público” (HM Treasury, *The Orange Book: Management of Risk - Principles and Concepts*, 2004).

Consequentemente, o setor público pode ter uma tolerância maior para certos riscos (financeiros), enquanto está exposto a outras incertezas e riscos durante o ciclo de vida do projeto (por exemplo, risco de reputação, risco fiscal/capacidade agregada de pagamento (*affordability*) e de baixo desempenho do parceiro privado, ou da má qualidade do serviço não devidamente compensada com multas ou abatimento de pagamento). A gestão de riscos do ponto de vista público incluirá, portanto, outras questões e estratégias (por exemplo, percepção pública e comunicação) que também estão no cerne dos resultados do projeto como um objetivo público e se relacionam ainda com programas e políticas públicas (por exemplo, a sustentabilidade fiscal de um programa).

Uma explicação mais ampla da gestão de risco por governos e autoridades pode ser encontrada no *HM Treasury do Reino Unido: “Management of Risk: A Strategic Overview” (“The Orange Book”)* e no *UK National Audit Office (NAO): Supporting Innovation: Management Risk in Government Departments*. Guia de Avaliação de Risco em Parcerias Público Privadas. O Guia de Avaliação de Risco em Parcerias Público-Privadas do Departamento de Transporte dos EUA (2013) também fornece uma explicação sólida sobre a gestão de risco no contexto de PPPs de transporte. Uma cobertura detalhada das questões de avaliação e preparação do ponto de vista de um projeto de PPP é fornecida no capítulo 4, e a relevância de arcabouços sólidos para a governança geral da estratégia de PPP é abordada no capítulo 2.

5.1. Introdução

Alocação de risco: definição e justificativa

A alocação de risco é o exercício para definir qual parte assumirá cada risco, identificando por quais riscos o parceiro privado será (ou permanecerá) responsável e em que medida, e identificando quais riscos o parceiro público será responsável e em que medida³³.

A alocação de risco ao parceiro privado também é chamada de “risco transferido” e a alocação ao parceiro público também é chamada de “risco retido”.

A transferência de risco está relacionada com a busca de eficiência, que é a principal motivação para levar a cabo um projeto como PPP³⁴ (ver capítulo 1.5.2). Transferir as consequências financeiras do risco do projeto

³³ Conforme explicado na seção 5.7, os riscos retidos (totalmente retidos ou compartilhados) são incorporados ao contrato em três categorias: eventos de compensação, casos fortuitos e força maior.

³⁴ Existem três tipos de eficiência: eficiência alocativa, eficiência técnica e eficiência X (Fourie e Burger 2000, conforme

para o parceiro privado cria o incentivo para que o parceiro privado entregue a infraestrutura e o serviço ao público conforme programado e nas condições exigidas. Isso se baseia na teoria de que a parte com maior controle em relação a um risco específico (em uma PPP, geralmente é a parte privada) tem a melhor condição de reduzir a probabilidade de ocorrência do risco e controlar as consequências do risco se ele se materializar³⁵. Consequentemente, a transferência apropriada de risco gera incentivos para que o setor privado forneça soluções oportunas, econômicas e mais inovadoras.

Portanto, a transferência de risco gera eficiência (*Value for Money* - ver capítulo 4), mas isso vai até um limite. Os governos devem estar prontos para permanecer expostos às implicações financeiras do risco e das incertezas que afetam o ativo e o serviço. Além disso, os governos sempre permanecerão expostos do ponto de vista de reputação, visto que são os proprietários finais do ativo e têm a responsabilidade final pelo serviço, apesar da delegação a uma entidade privada.

O parceiro privado incluirá o custo de suportar e gerenciar o risco no preço que ele oferece (por exemplo, nas tarifas do usuário ou nos pagamentos governamentais). Esse custo é conhecido como prêmio de risco. Existem tipos de riscos e/ou níveis de incerteza (certa quantidade de exposição potencial) para os quais o prêmio de risco pode se tornar muito alto ou caro. Além disso, alguns riscos podem ser simplesmente insustentáveis ou o parceiro privado (incluindo seus investidores e mutuantes (*lenders*) privados) pode não tolerar tais riscos. Em outras ocasiões, um risco pode ser tolerável pelo parceiro privado a um preço razoável, mas o parceiro público pode estar mais bem posicionado para lidar com o risco e, portanto, pode querer retê-lo ou compartilhá-lo em alguma extensão (de modo que o VfM aumentará ao reter o risco). O governo não deve pressionar os licitantes de forma muito agressiva ou imprudente para aceitar riscos que o parceiro privado não é, na realidade, capaz de administrar, pois isso pode resultar em sério fracasso do projeto.

Quando houver sinais claros de que um risco transferido para o parceiro privado será inaceitável, ou que só será aceito a um custo superior à perda esperada para o parceiro público se o risco for retido e gerenciado diretamente (pelo governo), então o risco deve ser retido (ou realocado de volta para o governo). Alguns riscos não serão totalmente transferidos ou retidos, mas compartilhados.

A análise e alocação de risco é claramente um exercício progressivo. A alocação de risco normalmente terá sido definida preliminarmente durante a Avaliação para conduzir o exercício de VfM e a análise de viabilidade comercial (ver Quadro abaixo). Isso é feito com base em uma cuidadosa identificação e avaliação dos riscos (ver Quadro 5.15).

QUADRO 5.15: Interação entre Avaliação e Estruturação em Termos de Riscos

Durante a Fase de Avaliação, o governo normalmente terá identificado e avaliado os riscos e, em seguida, definido a estrutura preliminar de alocação de risco. A profundidade em que os riscos são estruturados durante a Fase de Avaliação varia de país para país. A alocação de risco durante a Avaliação é necessária para os cálculos de VfM (a alocação de risco afetará o modelo de apresentação de

citado em OCDE 2008). Os dois últimos são os direcionadores da eficiência nas PPPs, de acordo com a OCDE (*PPPs in the Pursuit of Risk Transfer e VfM, 2008*).

³⁵ *Partnerships Victoria (2001), Risk Allocation and Contractual Issues*, <http://www.dtf.vic.gov.au/Publications/Infrastructure-Delivery-publications/Partnerships-Victoria/PartnershipsVictoria-Risk-allocation-and-contractual-issues>

propostas). Também é necessário para uma avaliação de viabilidade comercial adequada, bem como a avaliação da capacidade de pagamento (*affordability*).

Na Fase de Estruturação, a alocação do risco será revisada e refinada para incorporá-la ao contrato. Quando a estrutura de risco (ou pré-estrutura) tiver sido compartilhada antecipadamente com o mercado (ver seção 6), a introdução posterior de alterações materiais deve ser evitada, ou tais alterações devem ser cuidadosamente comunicadas.

Além disso, mudanças relevantes na estrutura de risco preliminar afetarão os resultados da Avaliação porque o modelo financeiro do caso base terá que ser ajustado, afetando o VfM, a viabilidade comercial e, muito provavelmente, a capacidade de pagamento (*affordability*).

A alocação ótima. VfM versus julgamento

O elemento essencial para a alocação e para a estrutura final dos riscos é o Value for Money, como em qualquer decisão de estruturação. Teoricamente, o ponto ótimo de transferência/retenção de risco ou o ponto máximo de VfM será aquele ponto em que o VfM marginal (o benefício adicional em termos de eficiência incremental) de alterar a alocação de risco é negativo. Em outras palavras, partindo de um cenário de transferência total de riscos, a estrutura ótima de alocação de risco será alcançada no ponto em que, se um risco adicional for retomado para o governo, o VfM diminui. Ou, ao contrário, partindo de uma retenção total de riscos, será o ponto em que, se um risco adicional for transferido, o VfM diminui (ver figura 5.8).

No entanto, uma avaliação quantitativa para calcular o VfM deve ser tratada com cautela, uma vez que a inovação e a capacidade de gerenciamento (para lidar com riscos em particular) são difíceis de avaliar e alguns riscos são, por definição, não quantificáveis. Portanto, para uma série de riscos, o analista confiará na prática comum e nos precedentes, bem como em exercícios julgamento. Este último pode ser conduzido fazendo a seguinte pergunta: "O parceiro privado está melhor posicionado ou é capaz de gerenciar este risco de forma mais eficiente do que o parceiro público?"

A regra geral é alocar o risco "para a parte mais capaz de gerenciá-lo".

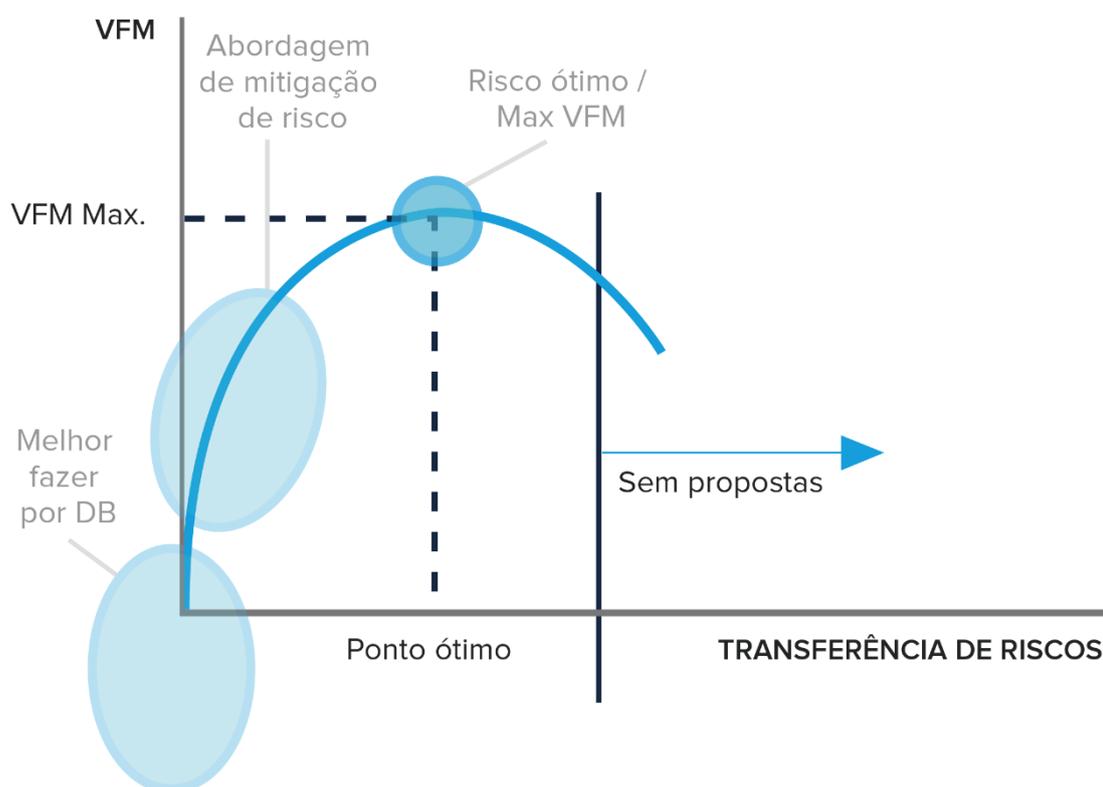
Como afirma a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), "nem sempre é óbvio o que realmente se pretende ao dizer "mais capaz de gerenciar o risco". Pode ser a parte que tem a maior capacidade de evitar que o risco ocorra, ou pode ser a parte que pode lidar melhor com as consequências após a ocorrência do risco." Além disso, a alocação e a transferência de riscos dependem da capacidade de precificar o risco de forma adequada - o que a OCDE e outros chamam de "definir o perfil do risco".

Por isso, a OCDE propõe que o risco seja transferido para a parte mais capaz de suportá-lo e esclarece que "mais capaz de suportá-lo" significa a parte que pode assumir o risco com o menor custo.

Esta seção desenvolve essas ideias e propõe uma série de dicas e orientações para qual parte é mais capaz de gerenciar um risco específico (seção 5.5).

FIGURA 5.8: Uma Alocação Ótima de Risco

Uma Alocação Ótima de Risco



Nota: DB = Design-Build; VfM = Value for Money

Deve-se notar que a alocação ótima de risco pode não ser prática em alguns mercados emergentes ou em mercados de PPP menos maduros. Neste contexto, e especialmente quando a disponibilidade de financiamento é um problema, pode ser razoável sacrificar o VfM até certo ponto, de modo a garantir a bancabilidade e a viabilidade comercial, aplicando estratégias de mitigar ou eliminar riscos, ou seja, até o respectivo mercado de PPP amadurecer e os projetos com estruturas de risco ideais tornarem-se "bancáveis" e comercialmente viáveis.

Riscos endógenos versus exógenos

Os riscos às vezes são divididos em riscos endógenos ("riscos em que o parceiro privado pode fazer algo para garantir que o resultado real se aproxime do resultado esperado", OCDE 2008) versus exógenos (riscos que o parceiro privado e, em muitos casos, qualquer uma das partes, "não podem controlar").

No entanto, a categorização dos riscos como endógenos e exógenos para fins de alocação de risco pode ser enganosa. O parceiro privado pode não ser capaz de avaliar de forma completa ou precisa um risco, mas ainda pode estar bem posicionado para controlar (limitar ou mitigar) as consequências ou controlar a ocorrência (limitando a probabilidade de ocorrência). Por exemplo:

- Um parceiro privado que está construindo e operando uma nova linha de VLT pode não ser capaz de avaliar totalmente o risco de vandalismo que afeta o estado físico do material rodante, mas o parceiro privado pode ser mais eficiente do que a autoridade pública na gestão do risco por meios de medidas preventivas (por exemplo, tomando medidas de segurança apropriadas); e
- Um parceiro privado que está construindo e operando um novo hospital pode não ser capaz de evitar interrupções no fornecimento de eletricidade para o hospital, mas pode ser proativo na mitigação das consequências por ter um gerador reserva no local que fornece eletricidade automaticamente se o fornecimento de eletricidade principal for interrompido.

Alocação de risco versus estruturação de risco

Uma vez que a alocação de riscos é definida, a estruturação do risco pode começar. Ao estruturar os riscos, a alocação do risco será implementada e desenvolvida posteriormente no contrato. Isso é feito por meio de disposições apropriadas; especificando e detalhando a definição dos eventos de risco (detalhando quando um evento de risco específico ocorre para fins de alocação de risco); especificando a extensão e a forma em que cada parte assume cada um dos riscos; e como a parte que não recebeu os riscos será compensada se o risco ocorrer.

Algumas das cláusulas contratuais serão específicas para a alocação de risco e tratamento de risco, enquanto em outros casos as considerações de risco serão incorporadas em outras cláusulas, qualificando-as (por exemplo, definindo exceções para eventos de indisponibilidade, adicionando qualificações para obrigações gerais, como a necessidade de concluir a construção e comissionamento dentro de um tempo especificado, e assim por diante).

Esboço do conteúdo da seção

Para chegar ao ponto em que os riscos serão alocados e estruturados, várias etapas terão sido executadas. A identificação e avaliação dos riscos e a mitigação precoce são as primeiras etapas do ciclo de gerenciamento de riscos (consulte a seção 5.2). Este Guia PPP pressupõe que tais tarefas foram realizadas durante a Fase de Avaliação (consulte o capítulo 4.4.3), mas o Guia, por conveniência, irá explicá-las em mais detalhes nesta seção. Especificamente:

- A Seção 5.2 apresenta o conceito de ciclo de gerenciamento de risco. Isso coloca a alocação e a estruturação do risco em contexto, bem como suas inter-relações com outras tarefas relacionadas ao risco adiantadas durante a Fase de Avaliação;
- Seção 5.3 explica a identificação de risco;
- A Seção 5.4 fornece uma visão geral da avaliação de risco e como ela é pertinente à estruturação de risco;
- A Seção 5.5 explica a importância de mitigar riscos por meio de preparação e estratégias adequadas para gerenciar riscos, além de transferir/alocar o risco ou retê-lo;
- A seção 5.6 explica os princípios de alocação de risco;
- A seção 5.7 apresenta as categorias contratuais de riscos, com base em como são alocados;
- A seção 5.8 propõe e descreve uma classificação dos tipos de eventos de risco, incluindo a alocação típica desses riscos. A análise das alocações potenciais e suas nuances são explicadas mais detalhadamente no apêndice 5A; e
- Finalmente, a seção 5.9 fornece algumas recomendações adicionais para incorporar riscos no contrato.

5.2. Definindo Risco: O Ciclo de Gerenciamento de Risco³⁶

Uma definição exata de risco é difícil de encontrar e sua mensuração também é controversa. Na literatura, a palavra "risco" é usada com muitos significados diferentes. O *Oxford English Dictionary* define risco como "chance ou possibilidade de perigo, perda, lesão, etc."

No contexto de um projeto de infraestrutura, também existem diferentes definições utilizadas por diferentes agências e instituições.

A maioria dessas definições concentra-se na probabilidade ou possibilidade do evento. Por exemplo, a OCDE³⁷ define risco como a probabilidade de que o resultado real (por exemplo, vendas, custos e lucros) se desvie do resultado esperado. Uma definição vinda da Austrália é a seguinte: "a chance de ocorrer um evento que faria com que as circunstâncias reais do projeto fossem diferentes daquelas assumidas ao se projetar os benefícios e custos do projeto"³⁸. Consulte o Quadro 5.16 abaixo para obter as diferenças entre risco e incerteza.

No *Orange Book* do Reino Unido, o risco é definido como a "incerteza do resultado, seja uma possibilidade positiva ou uma ameaça negativa, a partir de ações e eventos". Esta definição abrange implicitamente a probabilidade e as consequências/impactos e é a preferida para este Guia de PPP. Como também afirma o *Orange Book* do Reino Unido, "o risco deve ser avaliado em relação à combinação da probabilidade de algo acontecer e o impacto que surge se realmente acontecer. A gestão de risco inclui a identificação e avaliação de riscos (os "riscos inerentes"³⁹) e, em seguida, a resposta a eles".

QUADRO: 5.16 Risco versus incerteza

O conceito de risco inclui o conceito de incerteza. O risco pode ser mensurável ou imensurável, sendo este último também conhecido como incerteza.

Conforme explicado na OCDE (2008), "a incerteza deve ser distinguida do risco mensurável" (Fourie e Burger 2000; Grimsey e Lewis 2005). A incerteza é definida como um caso em que probabilidades objetivas ou subjetivas mensuráveis não podem ser calculadas e, em seguida, atribuídas à gama de resultados possíveis e previsíveis.

A experiência pregressa ou as pesquisas podem, mas não necessariamente irão, permitir que o governo e possíveis parceiros privados identifiquem o pior e o melhor cenário esperados. Também não atribuirá probabilidades subjetivas ordinais (não numéricas, como "provável" ou "muito improvável") para cada

³⁶ O Livro Verde do HM Treasury, *Appraisal and Evaluation in Central Government (2003)* inclui uma seção concisa sobre risco e incerteza (anexo 4, página 79), que explica questões de gestão de risco da perspectiva da parte pública, especialmente no contexto de avaliação. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/220541/green_book_complete.pdf

³⁷ *Public-Private Partnerships: In the Pursuit of Risk-Sharing and Value for Money (OECD 2008)*, page 13.

³⁸ Chris Furnell, *Risk Identification and Risk Allocation in Project Finance Transactions*, artigo apresentado na Escola de Direita da University of Melbourne, Maio 2000, p. 1., citado em *Partnerships Victoria (2001), Risk Allocation and Contractual Issues*, <http://www.dtf.vic.gov.au/Publications/Infrastructure-Deliverypublications/Partnerships-Victoria/Partnerships-Victoria-Risk-allocation-and-contractual-issues>.

³⁹ Risco inerente se distingue do risco residual, porque este último é o risco remanescente após o tratamento específico aplicado para mitigar e gerenciar o risco valendo-se de qualquer uma das possíveis estratégias de lidar com o risco.

cenário. Tais probabilidades ordinais dependem menos de informações e mais de conjecturas qualificadas (palpites com algum respaldo técnico ou “*gestimates*”) do que no caso de risco mensurável.

Apesar desta discussão teórica, este Guia PPP geralmente se refere indistintamente a risco e incerteza, uma vez que a avaliação de risco a ser feita e as categorias de risco a serem abordadas incluirão riscos mensuráveis e imensuráveis, bem como avaliações objetivas e subjetivas.

Portanto, a essência do risco é caracterizada por dois fatores: a probabilidade de o evento ocorrer e o impacto do evento.

1. A probabilidade: A probabilidade de o evento de risco ocorrer dentro do prazo do contrato; e
2. O impacto: O valor financeiro do efeito do evento de risco.

O valor do risco pode, portanto, ser calculado usando a seguinte “fórmula de risco”:

$$\text{Risco (perda esperada)} = \text{probabilidade} \times \text{impacto} = \text{probabilidade de ocorrência do risco} \times \text{valor financeiro dos efeitos}$$

Como será explicado posteriormente nesta seção (ver 5.3), “priorizar” é fundamental no gerenciamento de risco adequado. Portanto, a gestão deve estar focada nos riscos que possuem um alto grau de perda esperada, o que se conclui a partir de uma combinação de probabilidade e impacto potencial.

Do ponto de vista do governo, o resultado do projeto (seu sucesso) é afetado por uma ampla variedade de riscos, incluindo impactos sociais, riscos de reputação e o risco do processo de PPP ser cancelado. Além disso, existe o risco de o projeto atrasar e/ou sair mais caro do que o projetado na fase anterior à adjudicação. No entanto, para fins de alocação e estruturação de riscos, ao estruturar a licitação e o contrato, o governo deve focar nos riscos que afetam os papéis, as responsabilidades e a posição financeira do parceiro privado no âmbito do contrato - desde a assinatura do contrato até a sua extinção.

A estruturação do risco do projeto de PPP deve lidar com a incerteza por longos períodos. Nesse sentido, é importante estar ciente de que projetos com ciclos de vida longos podem estar sujeitos a um catálogo infundável de eventos que afetam seu desempenho, e que mesmo o mais cuidadoso conjunto de disposições contratuais e medidas de mitigação pode deixar de considerá-los na integralidade.

Os riscos devem ser tratados em uma abordagem organizada e estruturada, que é definida como a estratégia de risco.

A gestão de risco deve seguir o Ciclo de Gestão de Risco (ver figura 5.9), que, na sequência, inclui: um profundo esforço para prever tais eventos (identificação - explicado em 5.2), uma análise rigorosa de suas implicações (avaliação da probabilidade e tamanho das consequências se eles se materializarem - explicado em 5.3), e uma análise e implementação de possíveis medidas de mitigação ou remediação (explicados em 5.4)⁴⁰.

⁴⁰ Outro resultado potencial da Avaliação pode ser rejeitar o projeto ou redefini-lo de forma tão substancial (por exemplo, uma mudança significativa no escopo) que a Avaliação deve começar novamente desde o início. A existência de riscos significativos que não podem ser tolerados pelo público ou pelo parceiro privado, o que é um sinal de inviabilidade, é algo que deve ser detectado nas fases iniciais da Avaliação.

As medidas de mitigação são as respostas ao trabalho de avaliação e, quando incorporadas, formam um conjunto de riscos que será objeto do exercício de alocação e, posteriormente, da estruturação do risco e da incorporação dessa estrutura no contrato. Por meio desse processo, alguns riscos são transferidos para o parceiro privado, alguns riscos são retidos pelo parceiro público e alguns riscos são compartilhados.

Uma vez que os riscos são alocados e estruturados (seção 5.5), uma estratégia de gerenciamento eficaz será implementada (também conhecido como tratamento de risco).

- Para riscos retidos, o parceiro público desenvolverá estratégias de gestão específicas para cada risco. Essas estratégias podem incluir:
 - auto-seguro e criação de fundos de contingência no orçamento;
 - contratação de apólices de seguro para alguns riscos;
 - estabelecer mecanismos de cobertura para alguns riscos financeiros ou econômicos (por exemplo, inflação); e
 - confiar apenas no gerenciamento reativo quando ocorrer um risco específico.
- Para todos os riscos, o parceiro público irá projetar e operar um sistema de monitoramento de risco que irá incorporar mecanismos para revisar os riscos identificados, detectar novos riscos à medida que surgirem e estabelecer como lidar com os riscos quando eles ocorrerem, incluindo os riscos que foram transferidos. O parceiro público monitora os riscos retidos e transferidos porque tem a responsabilidade final para com o contribuinte pelo ativo e pelo serviço que a PPP fornece. A gestão dos riscos faz parte da gestão do contrato (monitorização do risco e gestão *ex-post*) que é explicada nos capítulos 7 e 8.

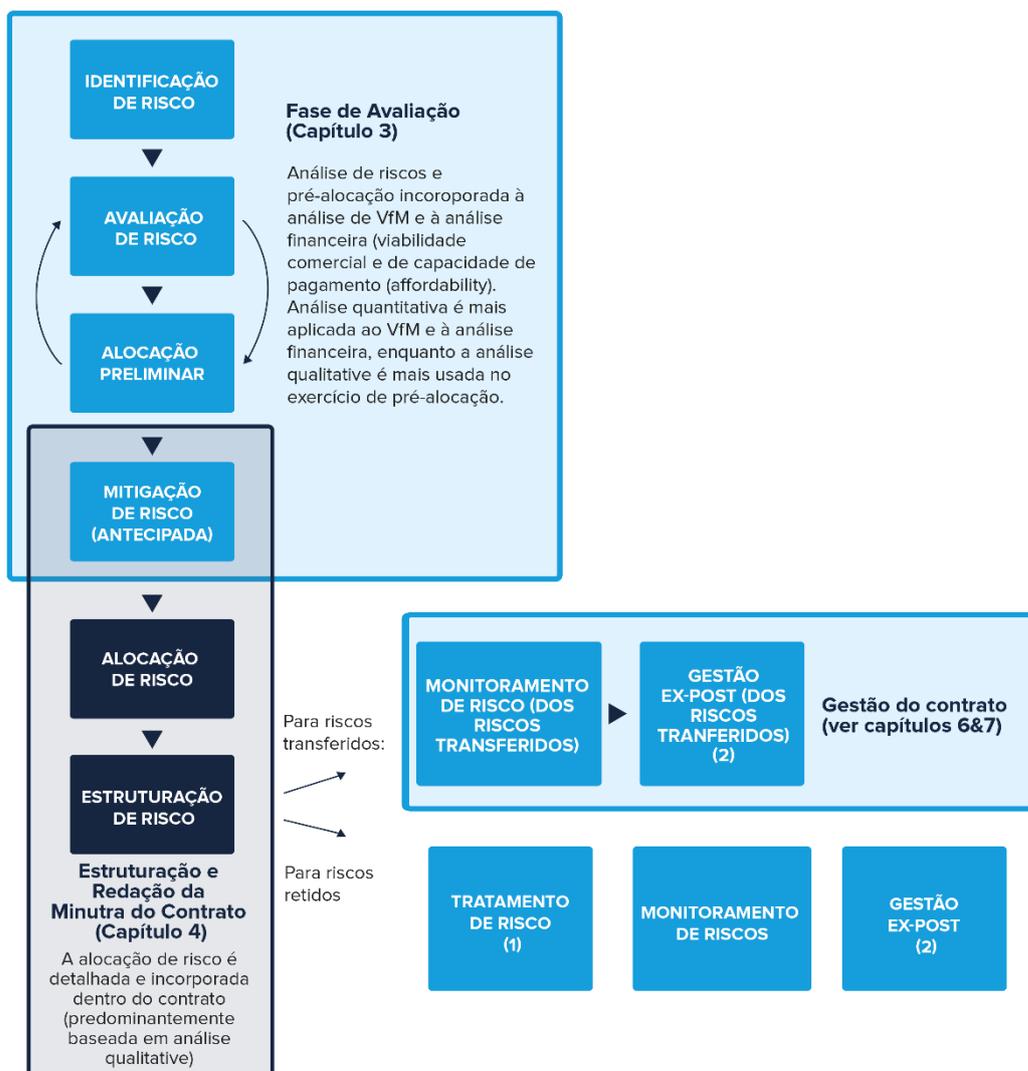
A gestão das consequências financeiras dos riscos retidos, que normalmente assumem a forma de passivos contingentes, é discutida no capítulo 2 deste Guia PPP⁴¹, e o controle após a assinatura do contrato dos riscos transferidos e compartilhados é tratado nos capítulos 7 e 8. O objetivo central desta seção é compreender a alocação e estruturação de riscos.

Essas tarefas (identificação, avaliação, mitigação, alocação, tratamento, monitoramento e gestão *ex-post*) compõem o ciclo de gestão de risco.

A primeira parte do ciclo (identificação e avaliação) é normalmente realizada durante a Avaliação, com o objetivo de realizar a análise de viabilidade comercial (e posterior análise de capacidade de pagamento (*affordability*)), bem como o exercício de VfM. A Avaliação requer um estudo detalhado dos riscos, geralmente por meio de análises quantitativas. Em contraste, a avaliação de risco necessária para definir a alocação de risco requer menos detalhes e é baseada principalmente na análise de risco qualitativa ou semiquantitativa. A alocação de risco, então, alimenta a estruturação de risco detalhada no contrato, o que pode exigir um estudo (qualitativo ou quantitativo) de muitas nuances em relação a riscos específicos. Essas diferenças são explicadas mais detalhadamente nas próximas seções.

⁴¹ Para referências a outras leituras sobre gerenciamento de risco de projeto de uma perspectiva mais ampla, consulte a nota de rodapé anterior ou consulte a seção "Referências" no final deste capítulo.

FIGURA 5.9: O Ciclo de Gestão de Riscos na Perspectiva do Parceiro Público no Contexto de uma PPP



- (1) O tratamento de risco se refere à gestão dos riscos alocados ou retidos, incluindo auto-seguro e fundos de contingência e potencial transferência a partir de mecanismos de seguro e hedging.
- (2) Gestão ex-post: reagir ou gerir o impacto dos riscos retidos. Mas a parte pública deve ser colaborativa mesmo quando se trata de riscos transferidos, já que é a responsável, em última instância, pelo ativo e pelo serviço.

O parceiro privado terá seu próprio ciclo de gestão de risco com base na estrutura de alocação de risco do contrato e sua própria análise dos riscos do projeto. A capacidade e as opções do parceiro privado para gerenciar os riscos que foram transferidos devem ser consideradas pelo parceiro público (ver seção 5.5). Isso é necessário ao definir a estrutura de risco e decidir a alocação de risco (incluindo a tolerância dos mutuantes (*lenders*) para certos riscos), porque isso está no cerne da alocação de risco. Na verdade, é algo a ser considerado ao decidir o escopo do contrato, pois essa é a base da futura alocação de risco – veja o Quadro 5.17 abaixo.

QUADRO 5.17: A Perspectiva Privada: Instrumentos e Estratégias para o Parceiro Privado Gerenciar Riscos Transferidos

O parceiro público deve ter uma visão clara da capacidade do futuro parceiro privado de administrar os riscos de maneira eficaz. Os riscos devem ser atribuídos à parte mais bem posicionada para gerenciá-los. No entanto, existem riscos que não podem ser assumidos por nenhuma das partes ou por nenhum agente do mercado (riscos não seguráveis). Esses riscos terão de ser retidos pela autoridade pública, uma vez que a decisão do governo de investir ou promover o projeto (independentemente do método de contratação) não se baseia na viabilidade financeira, mas em fatores socioeconômicos. Nessa circunstância, um risco pode ser incorporado como um risco retido na avaliação geral, e o projeto ainda pode levar a um possível resultado positivo.

Partindo de uma determinada estrutura de alocação de risco, o parceiro privado procederá da mesma forma que o setor público, analisando os riscos de forma a identificá-los e avaliá-los, para então decidir como lidar com eles. Existem alguns eventos de risco que não são considerados ou avaliados pelo parceiro público do ponto de vista financeiro e de projeto, mas que serão riscos para o parceiro privado porque estão implícitos na natureza do parceiro público, na qualidade de autoridade contratante (sua capacidade de cumprir as obrigações de pagamento, ou o risco de contraparte em PPPs com pagamentos governamentais, ou o risco financeiro de rescindir o contrato de modo inesperado⁴²). No entanto, alguns desses riscos (incluídos no conceito de risco político, conforme interpretado pelo setor privado) podem ter sido considerados pelo parceiro público em uma perspectiva estrutural e programática⁴³.

Assumindo que a alocação é apropriada (ou seja, que nenhum risco alocado pelo contrato seja insuportável pelo parceiro privado), o parceiro privado tem uma gama de ferramentas e estratégias possíveis à sua disposição.

- Absorver o risco e precificá-lo na sua proposta comercial (no plano de negócios do licitante). Isso pode ser considerado auto-seguro⁴⁴. A incorporação de um risco no modelo financeiro pode ser feita pela introdução de prêmios de risco na TIR do *equity* requerida na apresentação

⁴² Por outro lado, também existem riscos que afetam apenas o parceiro público e não são analisados pelo parceiro privado (risco de reputação do governo, falha em selecionar o parceiro certo, falha em atingir VfM e assim por diante).

⁴³ Uma estratégia de PPP sustentável requer o gerenciamento de implicações fiscais agregadas e o controle de passivos, que devem ser tratados por meio de um arcabouço adequada, conforme explicado no capítulo 0 e desenvolvido no capítulo 1. No entanto, a perspectiva de risco deste capítulo é específica do contrato e está relacionada às implicações financeiras diretas de cada projeto específico.

⁴⁴ Outra forma mais sutil de tratar certos riscos, com valor semelhante a uma abordagem de auto-seguro, é pela diversificação da carteira de riscos de projetos, geralmente combinada com a precificação do risco em termos de TIR do *equity* e/ou contingências. Quanto mais diversificada for a carteira de um investidor, menor será a exposição a certos riscos e, portanto, menor será o prêmio de risco.

da proposta, ou pela constituição de contingências específicas em custos ou em projeções de receitas.

- Repassar o risco para os subcontratados por meio dos acordos comerciais (a estrutura de contratos subordinados). Isso afetará tanto o modelo financeiro da licitação quanto a proposta de preço, mas proporcionará mais certeza, pois o preço do risco (o prêmio de risco) é certo para o parceiro privado. Quando o parceiro privado repassa um risco, o risco se transforma em “risco de contraparte”. O parceiro privado é então exposto à capacidade do respectivo subcontratado de gerenciar o risco ou à capacidade financeira do subcontratado para arcar com as consequências do evento, se isso acontecer, porque o parceiro privado continuará sendo responsável pelo risco perante a autoridade contratante.
- Contratar uma cobertura de seguro. Nesse caso, ao invés de pagar um prêmio implícito embutido no preço de um contrato que transfere certas obrigações e riscos, um evento específico de risco é retido, mas coberto por meio de uma apólice ou contrato de seguro. Por exemplo, seguro contra danos físicos, responsabilidade civil e assim por diante, ou cobertura para certos riscos financeiros (como risco de câmbio, inflação e *hedge* de taxa de juros).

O parceiro privado terá que desenvolver e implementar um plano de risco que inclua medidas preventivas e reativas, incluindo um sistema de monitoramento de risco para todos os riscos, que em muitos casos não é apenas uma boa prática, mas uma obrigação contratual com terceiros (seguradoras) ou com a autoridade licitante.

Como no caso do parceiro público no que diz respeito à alocação de riscos no contrato principal (o contrato de PPP), a decisão do privado de reter e precificar o risco ou transferi-lo para outra parte estará condicionada a essa terceira parte (incluindo o mercado de *hedge* ou o mercado de seguros) poder gerenciar esse risco absorvendo-o e precificando-o de forma eficiente, ou mesmo repassar o risco para um outro agente, em uma cascata.

O Apêndice A ao Capítulo 6 explica mais detalhadamente como o parceiro privado enfrenta o desafio de gerenciar riscos, especialmente por meio de transferi-los para contratados em esquemas de ponta a ponta (“*back-to-back*”).

Um esclarecimento adicional deve ser feito com relação à perspectiva privada sobre os riscos vis-à-vis a contextualização do conteúdo coberto nesta seção. Este capítulo é sobre projetos, portanto, por conveniência, ele ignora a análise estratégica anterior do parceiro privado em termos de risco-país (ver capítulo 1.5.6.c) e conveniência de se investir em determinado programa de PPP. Presume-se que o país específico que está promovendo o projeto e o respectivo programa PPP são aceitáveis em termos de risco e serão atraentes como um alvo estratégico de investimento.

O Capítulo 6, apêndice A, descreve o ciclo de análise do risco país, especialmente a análise de projetos da perspectiva privada.

5.3. Identificação de Risco

O processo de gerenciamento de riscos começa com a identificação dos riscos. A identificação de riscos refere-se a definir uma lista abrangente de eventos de risco, geralmente agrupados em categorias consistentes e, em seguida, descrevê-los de forma a compreender claramente como esses riscos impactarão o resultado do projeto, caso se materializem. Processos de identificação de riscos são bem estabelecidos - consulte, por exemplo, a *International Organization for Standardization (ISO) 31000 Risk Management Standard*.

A avaliação de risco (incluindo a identificação) pode ser mais ou menos exaustiva, dependendo do propósito da avaliação. Para VfM e exercícios de viabilidade comercial (realizados durante a Avaliação), este trabalho geralmente será mais exaustivo. Para alocação de risco, este trabalho será menos exaustivo e envolverá um certo grau de priorização; as decisões sobre a alocação dos riscos significativos do projeto (em termos de probabilidade e /ou impacto), quando documentadas no contrato, alocarão implicitamente muitos dos riscos menos significativos, sem que haja a necessidade de expressamente considerá-los e alocá-los.

Esta secção apresenta o conceito de identificação de risco tendo em conta, em termos de riscos, tanto as necessidades da Fase de Avaliação (relacionadas com VfM e viabilidade comercial) como o exercício de alocação (enfoque da Fase de Estruturação em termos de análise de risco).

Conforme apresentado, as categorias escolhidas por um parceiro privado para analisar os riscos (já com base em uma estrutura de alocação de risco) podem diferir no sentido de que algumas categorias ou tipos de riscos são apenas objeto de uma avaliação pelo parceiro privado. Basicamente, isso cobre alguns riscos políticos em sentido amplo (incluindo o risco de crédito da contraparte).

No entanto, alguns riscos que potencialmente podem ser incorporados à categoria de risco político por um avaliador da perspectiva do privado serão considerados na avaliação pública de forma a alocar o risco e definir a estrutura de risco do contrato de PPP. Este é o caso de motins, guerras (e geralmente riscos de "força maior") e riscos semelhantes. É também o caso de quaisquer mudanças na estrutura legal ou outras ações políticas potenciais que possam afetar o resultado do projeto ou afetar diretamente a equação financeira dos investidores privados ou dos mutuantes (*lenders*).

Alguns riscos políticos (por exemplo, controle sobre a conversibilidade da moeda) serão analisados pelo potencial parceiro privado na categoria de risco-país, ou seja, em uma análise que avalia o país e o programa, ao invés do projeto específico.

Existem várias classificações de riscos sugeridas por diferentes autores e instituições. Não importa a categorização usada, a questão relevante é ter certeza de que todos os eventos potenciais são identificados e tratados em termos de qualificação, quantificação e alocação. A eliminação do risco de "pontos cegos" e sobreposições naturais são temas levados em consideração na avaliação para evitar dupla contagem.

Ao definir categorias e eventos, é necessário aceitar que existem sobreposições. Alguns riscos podem ser difíceis de atribuir a uma categoria específica. Por exemplo, o "risco de mercado" pode se materializar na forma de menor demanda pelo serviço, mas uma mudança na demanda também pode ser causada por uma decisão política que, embora não seja intencional, pode impactar o projeto. Neste caso, o risco pode igualmente ser considerado um "risco político". Além disso, os riscos de custo e prazo de obra serem ultrapassados estão inter-relacionados, já que o adiamento da entrega da fase de construção normalmente repercute em maximização do custo além do orçamento inicial.

Para lidar com sobreposições e evitar pontos cegos, é útil desenvolver um "registro de risco" e conduzir sessões de *brainstorming* significativas. Pontos cegos podem ocorrer quando áreas são negligenciadas, seja por descuido ou por prestar muita atenção a certos riscos, mas não a outros⁴⁵.

⁴⁵ Federal Highway Administration (FHWA), o Departamento de Transporte dos EUA (2013) fornece uma explicação de como lidar com um exercício de identificação significativo criando registros e outras ferramentas, como "Mapas de Relação de Risco" (RRM, da sigla em inglês). Também fornece uma lista de verificação para conferir a exatidão e confiabilidade do

O registro de risco detalhado é usado para conduzir uma avaliação de risco quantitativa ordenada. O objetivo é definir o modelo financeiro do caso base para conduzir a análise de viabilidade comercial e lidar com o exercício de VfM.

Porém, ao lidar com as tarefas de alocação de risco, é óbvio que é necessário identificar e categorizar os riscos para decidir sobre sua alocação ótima. No entanto, isso é frequentemente feito com base em uma categorização menos exaustiva dos riscos, confiando mais em uma avaliação qualitativa (consulte a próxima seção).

Na definição da estratégia de alocação de risco, é comum e uma boa prática usar uma “matriz de risco”. As matrizes de risco geralmente combinam categorias de riscos não apenas identificados por sua natureza (por exemplo, político, de mercado, economia geral), mas também incluindo e descrevendo riscos identificados por sua circunstância temporal ou como uma obrigação ou elemento do escopo do contrato (por exemplo, riscos de construção, riscos de O&M e riscos de receita).

Uma matriz de risco identifica e descreve sistematicamente todos os riscos de forma adequada, incluindo como eles afetam o projeto (e de que forma), bem como potenciais medidas de mitigação (um risco pode ter um impacto potencialmente grave, mas ser fácil de mitigar). Algumas matrizes de risco incluem a avaliação qualitativa dos riscos (descrevendo-os em termos de relevância do impacto), o que é explicado na seção seguinte. Veja o Quadro 5.18.

Tal como acontece com a análise de alocação, este Guia PPP trabalhará com as seguintes categorias amplas de riscos, observando que algumas dessas categorias podem ser mais ou menos úteis dependendo das especificações de risco do respectivo projeto.

- Riscos do terreno: Disponibilidade do terreno, riscos do projeto, ambientais, licenças e condições do solo;
- Riscos de projeto de engenharia (*design*);
- Riscos de construção;
- Riscos de comissionamento;
- Riscos de receita: Demanda/uso (em projetos com cobrança dos usuários e em mecanismos de pagamento por volume/capacidade), risco de preço ou tarifa (em projetos com cobrança dos usuários), riscos de disponibilidade e qualidade, riscos de receita de terceiros e assim por diante;
- Riscos de manutenção;
- Outros riscos operacionais;
- Riscos financeiros;
- Mudanças na lei;
- Riscos de força maior; e
- Riscos de rescisão antecipada.

Deve-se observar que esta classificação de risco é feita do ponto de vista de projeto, ou seja, não cobre ou considera a categoria de “risco país”, embora algumas expressões de risco político possam se enquadrar em algumas das categorias acima, como mudanças em lei ou força maior.

registro. Além disso, Farquharson e outros (2011) incluem um exemplo de um Registro de Risco para um projeto de PPP no apêndice B.

QUADRO 5.18: A Matriz de Alocação de Riscos como uma Ferramenta para Gestão e Alocação de Riscos (conteúdo de uma matriz de riscos)⁴⁶

Para identificar e alocar os riscos, uma matriz de riscos específica deve ser desenvolvida para cada projeto que está sendo analisado. Embora uma matriz básica de risco possa ter sido preparada na fase anterior com o propósito de definir a pré-estrutura da PPP, uma versão detalhada deve, então, ser desenvolvida. A matriz de risco deve conter pelo menos as seguintes informações para cada risco.

- Nome e categoria de risco.
- Descrição do risco.
- Efeitos/consequências do risco.
- Medidas para mitigar o risco, quando disponíveis.
- Alocação de risco - a parte que assume o risco (e em que medida, quando é compartilhado).

A matriz de risco ajuda o governo a organizar a condução da análise de risco e registrar a decisão sobre a alocação de risco para que possa ser incorporada ao contrato posteriormente. A decisão geralmente será feita por meio de avaliação qualitativa (com algumas poucas possíveis exceções que podem exigir um exercício de avaliação quantitativa *ad hoc*).

Avaliação qualitativa às vezes é registrada em um documento separado que dará insumos para a matriz de alocação de risco definir a atribuição para quaisquer eventos de risco obscuros ou difíceis (ver seção 5.4).

5.4. Avaliação de Risco

5.4.1. Análise e avaliação quantitativa

Conforme observado, uma avaliação quantitativa (estimando ou definindo valores dos resultados possíveis ou “valores esperados”) é geralmente aplicada durante a Avaliação para análise financeira e para fazer o estudo de VfM. Essa técnica é também conhecida como “ajustar os valores ao risco” e também se faz necessária para realizar a ACB.

Os resultados dos valores podem ser apresentados ou calculados de duas formas diferentes:

- a) O mais provável dos resultados possíveis; e
- b) A gama completa de resultados possíveis, incluindo suas probabilidades.

Conforme consta no capítulo 4, “Uma vez que a confiabilidade das conclusões depende da precisão das probabilidades assumidas, é uma boa prática conduzir análises probabilísticas apenas quando informações confiáveis sobre a probabilidade de eventos estiverem disponíveis. Quando não for o caso, deve-se optar pela abordagem mais simples do risco, por ser mais intuitiva, por reduzir a complexidade e por simplificar a interpretação e comunicação dos resultados”.

⁴⁶ O “Manual de PPP do Rio de Janeiro” (2008) fornece um exemplo de matriz de risco no Anexo 2, página 178. O Apêndice A do “Guia de Alocação de Risco e questões contratuais” fornece uma matriz de alocação de risco detalhada, descrevendo a alocação recomendada ou preferida (*Partnerships Victoria*, junho de 2001).

Ao avaliar o projeto quanto à viabilidade financeira e capacidade de pagamento (*affordability*), os riscos terão sido avaliados quantitativamente para determinar os *inputs* de custo e de receita (para projetos com cobrança dos usuários) e para definir um conjunto de projeções ajustadas para o risco. Isso é feito para construir o modelo financeiro do caso base a partir do qual a viabilidade comercial é avaliada. A abordagem mais comum é definir o caso base dos principais fluxos de caixa do projeto (custos de construção e O&M, receitas de usuários e de terceiros) com base no resultado mais provável.

No entanto, conforme explicado no capítulo 4, o conjunto de projeções financeiras preparadas para um possível licitante terá que ser testado em diferentes cenários, conforme recomendado na avaliação de custos e riscos, isto é, a análise de sensibilidade (ver capítulo 4.6.9). Isso significa que os impactos financeiros de mudanças adversas e positivas nas principais variáveis da análise poderão ser observados. Isso permitirá ao governo avaliar a robustez ou resiliência da arquitetura financeira do projeto e estimar as contingências que provavelmente serão incorporadas pelo parceiro privado.

Ao conduzir a tarefa de alocação de risco, a análise quantitativa também pode ser usada quando há riscos significativos para os quais a avaliação qualitativa não é clara ou é limitada. Nestes casos, o valor esperado dos custos e receitas (devidamente ajustados ao risco e/ou com base na estimativa de contingências) terá de ser comparado com a estratégia alternativa de reter o respectivo risco, compartilhar as consequências financeiras ou limitar os efeitos da transferência de risco⁴⁷ de forma a estimar o VfM específico inerente à alocação alternativa desse risco.

Deve-se notar que, a fim de construir o modelo financeiro de modo a criar o caso de base necessário para a avaliação financeira e de VfM, uma alocação preliminar terá que ser definida com base em uma avaliação qualitativa (ver abaixo).

5.4.2. Usando a análise qualitativa como a abordagem de avaliação de risco para a alocação de risco

Conforme apresentado aqui, a análise de risco realizada para alocar riscos é geralmente de natureza qualitativa, com poucas exceções.

Nesse sentido, cada risco será avaliado, tendo em vista a capacidade do setor privado em gerenciá-lo, e produzirá níveis nominais (por exemplo, 1, 2, 3 e assim por diante) ou escalas descritivas (alto, médio, baixo, e assim por diante) para cada uma das duas dimensões de risco:

- A possibilidade ou probabilidade de ocorrência do risco; e
- O tamanho ou relevância financeira do impacto se o risco se materializar.

A avaliação qualitativa é por vezes referida como “avaliação semi-quantitativa”. O produto dessa análise pode se dar na forma de uma “matriz de tolerância” (no caso, na perspectiva do setor privado). Veja o Quadro 5.19 e a figura 5.10.

⁴⁷ Conforme explicado no capítulo 3, a análise de viabilidade comercial, VfM e capacidade de pagamento (*affordability*) são, em essência, exercícios contínuos até que o ciclo seja fechado com um resultado satisfatório, ou seja, a menos que o risco que precise ser retido seja tão significativo a ponto de comprometer o VfM da PPP e, conseqüentemente, a licitação precisar ser reconsiderada.

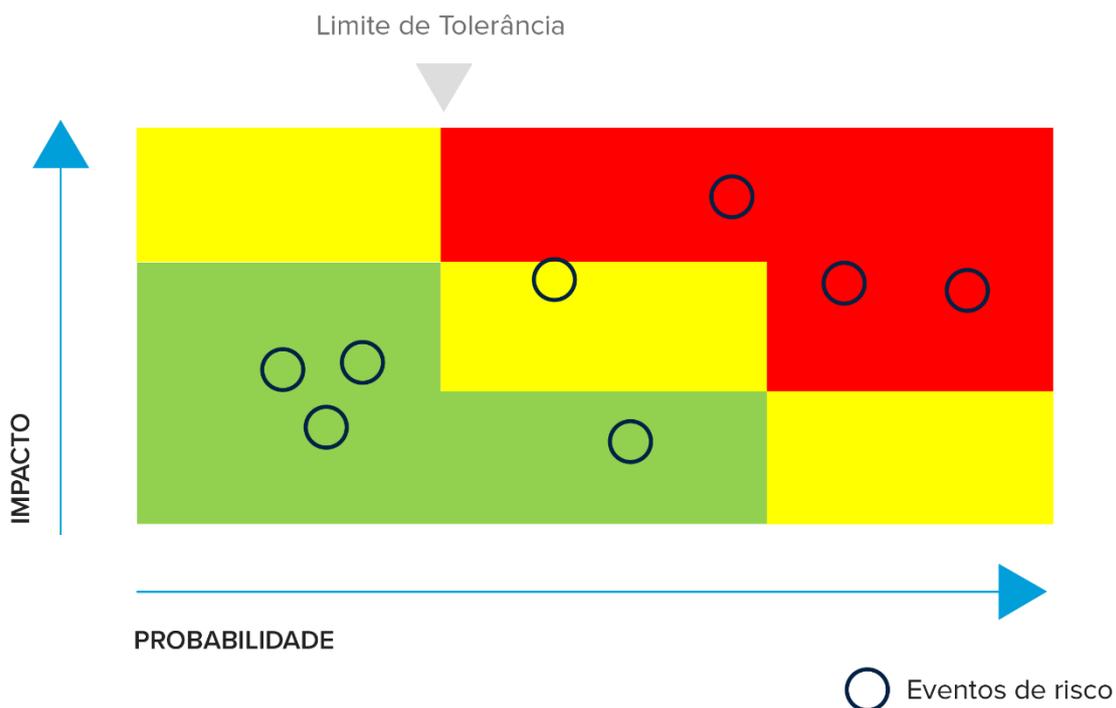
QUADRO 5.19: Análise qualitativa de risco de acordo com o "Orange Book" do Tesouro do Reino Unido

Essa análise precisa ser feita avaliando a probabilidade de materialização do risco e o impacto se o risco for realizado. Uma categorização de alto/médio/baixo em relação a cada um pode ser suficiente, e esse deve ser o nível mínimo de categorização. Isso, por sua vez, resulta em uma matriz de risco "3x3".

Uma escala analítica mais detalhada pode ser apropriada, especialmente se uma avaliação quantitativa clara puder ser aplicada ao risco específico. Neste contexto, matrizes "5x5" são frequentemente usadas⁴⁸ com impacto em uma escala de "insignificante/menor/moderado/maior/catastrófico" e a probabilidade em uma escala de "raro/improvável/possível/provável/quase certo". Não existe um padrão absoluto para a escala de matrizes de risco. Cores ("Semáforos") podem ser usadas para esclarecer ainda mais a importância dos riscos. Em última análise, cada organização deve chegar a um julgamento sobre o nível de análise que considera mais adequada para suas circunstâncias.

Fonte: HM Treasury, *Management of Risk: A Strategic Overview (The 'Orange Book')*.

FIGURA 5.10: Matriz simples de tolerância de risco



Fonte: Adaptado do HM Treasury, *Management of Risk: A Strategic Overview (The 'Orange Book')*.

⁴⁸ Conforme informado em FHWA, 2013, os fatores de probabilidade e consequência são atribuídos a 5 faixas de valores qualitativos: muito alto, alto, médio, baixo ou muito baixo. Esses julgamentos são então inseridos em uma matriz de impacto de risco para determinar a classificação de risco.

A análise qualitativa realizada para alocar os riscos é adequada em termos gerais para todas as questões de avaliação de risco, incluindo aquelas conduzidas durante a avaliação, uma vez que ajuda a priorizar os riscos.

“O objetivo da priorização de riscos é pré-selecionar riscos significativos para separá-los dos riscos insignificantes. Essa etapa pode economizar muito tempo no longo prazo, pois evita que atenção indevida seja dada ao gerenciamento de riscos que, na realidade, pouco importam. Essa priorização é usada para determinar se um risco é negligenciável, extremamente importante ou está em algum ponto intermediário. Esta decisão é, obviamente, variável e o critério para o que se considera 'negligenciável' e o que é 'extremamente importante' deve ser definido em nível de projeto” (FHWA, 2013)⁴⁹.

O exercício para definir a alocação de risco ideal geralmente será concentrado nas partes vermelha e amarela da matriz, assumindo a posição padrão de que todos os riscos 'verdes' serão transferidos para o parceiro privado, a menos que esses riscos, por algum motivo, não possam ser gerenciados por eles.

Os princípios de alocação de risco são discutidos mais detalhadamente na seção 5.6 abaixo.

Cada risco será avaliado de forma independente quanto a qual parte irá, em última instância, suportá-lo, porque os riscos que forem, por fim, retidos terão de ser gerenciados pelo parceiro público, seja por meio de auto-seguro (por meio de fundos de contingência) - ou para avaliar se devem ser tratados como passivos contingentes de longo prazo.

Outra regra geral é que a autoridade pública deve, para todos os riscos relevantes, analisar as possibilidades de mitigação dos riscos antes da execução do contrato ou mesmo do lançamento. A autoridade pública também deve avaliar a capacidade do parceiro privado de mitigar e gerenciar os riscos transferidos.

A identificação e qualificação da mitigação de risco é um exercício que ocorre simultaneamente com a avaliação de risco porque a mitigação e a capacidade de gerenciamento interferem na probabilidade e/ou no impacto potencial dos riscos.

Alguns fatores de mitigação de risco podem ser desenvolvidos pela autoridade antes da execução do contrato (pode ser o caso até para os riscos que serão transferidos para o parceiro privado), nas circunstâncias em que a autoridade tem a capacidade de contribuir para a redução do risco ou para reforçar a capacidade do parceiro privado de gerenciá-lo. Isso é explicado em mais detalhes abaixo.

5.5. Medidas de mitigação (antecipação da mitigação pela autoridade contratante)

Muitos riscos podem ser mitigados por meio da ação apropriada da autoridade licitante durante as fases de Análise Preliminar, Avaliação e Estruturação do projeto. Isso pode ser feito otimizando o escopo do projeto, o processo de planejamento e por meio de investigações robustas que forneçam informações sobre os riscos (e, portanto, reduzam a incerteza).

Maneiras típicas de mitigar o risco por meio da otimização do escopo do projeto e do processo de planejamento incluem evitar a inovação e a complexidade se o benefício não superar o custo, escolher uma data de entrega realista ou planejar atividades de construção cruciais durante o período do ano em que houver menos risco de atrasos relacionados ao clima (FHWA 2013).

⁴⁹ FHWA, Department of Transportation, US. (2013). *Guidebook for Risk Assessment in Public-Private Partnerships*.

As formas típicas de mitigar o risco por meio de investigações robustas incluem estudos que permitem às partes avaliar melhor os riscos. Independentemente de o risco ser retido ou transferido para o parceiro privado, o parceiro público está na melhor posição para fazer com antecedência a mais ampla avaliação de risco possível. Por exemplo, isso pode ser feito durante a Fase de Avaliação e Preparação (e durante a Estruturação, se necessário) para produzir informações relevantes e significativas que devem ser fornecidas ao parceiro privado, na condição de licitante potencial a esta altura.

Para citar alguns exemplos de informações essenciais para a avaliação de risco, que permitiriam ao parceiro privado avaliar os riscos e/ou decidir como gerenciar o evento de risco (incluindo participar da licitação ou não): mapas arqueológicos, estudos geotécnicos, estudos de tráfego e receita projetada, informações de alocação de serviços de utilidade pública, Avaliação de Impacto Ambiental e Social (ESIA, da sigla em inglês) inicial e assim por diante.

Em vários contextos, essas informações (fornecidas como informações de referência ou “para fins informativos”) podem até mesmo ser incorporadas ao contrato para criar uma linha de base a partir da qual alguns riscos serão alocados conforme ocorram. Por exemplo, os achados arqueológicos podem ser geralmente atribuídos ao parceiro privado, com exceção dos achados não previstos pelo estudo arqueológico. Alternativamente, um estudo geotécnico pode fornecer a linha de base das condições geotécnicas que definirão se uma condição adversa que se materializou é substancialmente diferente e, portanto, fornece um direito a reequilíbrio financeiro (compensação).

Outros fatores atenuantes naturais tanto para os riscos retidos como para todos os riscos em geral dizem respeito ao próprio processo de seleção. Esse processo deve garantir, tanto quanto possível, a adequação e capacidade do licitante vencedor para desenvolver e administrar o projeto, bem como o nível de confiabilidade de sua proposta.

5.6. Decidindo sobre a Alocação de Risco

Situação de padrão e regras gerais

Ao alocar riscos, o governo deve deixar claro que a transferência de riscos é definida pelo escopo do contrato e pela estrutura do contrato de PPP. Sujeito ao refinamento da alocação de risco, todos os riscos inerentes ao escopo do contrato, e aqueles relacionados à atividade econômica do ativo e à natureza do negócio, devem ser transferidos, a menos que a avaliação de risco claramente recomende o contrário.

A estrutura do contrato e, portanto, a posição básica na alocação de risco é definida por dois fatores inter-relacionados.

- O âmbito das obrigações e dos requisitos de serviço, ou seja, o que é construído e operado e/ou mantido pelo parceiro privado e quais os trabalhos incluídos nos requisitos de serviço. Em particular, diz respeito a quais requisitos de desempenho devem ser cumpridos para dar direito ao parceiro privado a pagamentos (ou o direito de cobrar dos usuários) e até que ponto o parceiro privado tem que financiar o projeto; e
- A estrutura financeira e os direitos econômicos, ou seja, como e quando o parceiro privado será pago e sob que regime (incluindo o mecanismo de pagamento em contratos com pagamentos governamentais).

Isso implica que a regra mais básica e geral a ser coberta no contrato em relação à alocação de risco é que os riscos de projeto, construção, comissionamento, operações, manutenção, receitas e financeiros são

geralmente suportados pelo parceiro privado. Em princípio, todas as incertezas e contingências sobre os fluxos de caixa inerentes a essas atividades devem ser avaliadas, precificadas e geridas pelo parceiro privado, na medida em que se relacionem com a operação econômica do ativo ou atividade tipicamente empresarial. No entanto, também devem incluir alguns eventos exógenos que podem comumente afetar o resultado do negócio ou são essenciais para ele. Por exemplo, pode incluir a volatilidade potencial dos preços que afetam os custos, uma mudança na demanda devido a mudanças inesperadas no crescimento econômico do país e assim por diante. No entanto, uma série de exceções podem ser feitas, conforme explicado posteriormente neste capítulo.

Os riscos relacionados às responsabilidades que não estão naturalmente embutidas no escopo do projeto não fazem parte do regime de receita (ou do mecanismo de pagamento). Eles não são riscos enfrentados por empresas em geral e, portanto, devem ser retidos pela autoridade pública. Deve-se notar, entretanto, que alguns riscos podem ser alocados removendo certas obrigações do escopo do contrato. Exemplos disso são o risco de redução dos níveis de demanda em um projeto de transporte onde a operação do serviço de transporte não está incluída no escopo, ou a demanda/utilização de um hospital onde os serviços clínicos não estão incluídos na PPP. Esta categoria também incluirá qualquer ato direto do parceiro público que afete ou mude as obrigações do parceiro privado (por exemplo, mudanças de serviço). Inclui também outros atos diretos do governo que afetam particularmente o projeto específico (por exemplo, uma mudança discriminatória na lei), que são uma manifestação de riscos políticos, mas não incluem todos os eventos de riscos políticos potenciais (por exemplo, uma guerra ou greve geral, que são de uma categoria bastante diferente)⁵⁰. Em alguns casos excepcionais, responsabilidades e/ou riscos que não fazem naturalmente parte do negócio do projeto estão incluídos no escopo do contrato. Isso é explicado mais adiante.

Além desses dois princípios sobre quais riscos geralmente devem ser transferidos e quais devem ser retidos, há uma terceira consideração geral, que está relacionada aos riscos que estão além das respectivas responsabilidades e capacidade de qualquer uma das partes e que nenhuma das partes é capaz de administrar. Esses riscos geralmente devem ser compartilhados, na maioria dos casos. O conceito geral de força maior explica a maioria desses eventos potenciais, ou da sua maior relevância em termos de exposição ao risco. No entanto, a definição contratual dos eventos de "força maior" é altamente desafiadora (ver seção 5.7).

Mesmo que um risco esteja completamente fora da capacidade de gestão do parceiro privado (seja porque não é possível avaliar o risco ou controlar sua ocorrência), pode, no entanto, ser apropriado que o parceiro privado suporte esse risco até certo ponto. O parceiro privado pode ser capaz de mitigar as consequências de um evento imprevisível e irresistível fazendo melhorias específicas no projeto de um edifício, ou pode ser capaz de reduzir de maneira proativa o impacto, mitigando as consequências do evento. Para ser incentivado a fazê-lo, o contrato deve transferir parte do risco, ou as consequências dele, para o parceiro privado.

O objetivo da estruturação de risco (deixando de lado as implicações da dívida pública⁵¹) é proteger ou maximizar o VfM. A alocação de riscos deve ser estruturada de forma a otimizar o VfM do projeto. Nesse

⁵⁰ Conforme explicado em *Recommended PPP contractual provisions (Gide, commissioned by WB, 2015)*, às vezes esses riscos políticos são incluídos ou considerados como riscos de força maior (força maior política). As consequências desses atos ou decisões diretas do governo devem ser suportadas pelo parceiro público - ou seja, não devem ser compartilhados - pois são eventos sob o controle das autoridades governamentais. Por esse motivo, alguns profissionais aplicam o termo "Ação Governamental Adversa Relevante" para tais eventos, em vez de "força maior política"

⁵¹ Este Guia de PPP não considera o tratamento contábil como um critério apropriado para a alocação de risco. Uma estrutura ótima de alocação de risco em termos de VfM para uma PPP específica pode resultar na classificação do projeto como um "ativo público" (e, conseqüentemente, impactar os registros da dívida pública) pela respectiva autoridade contábil nacional. Esses projetos são frequentemente chamados de "dentro do balanço patrimonial". Naqueles

sentido, conforme proposto acima, as duas primeiras regras gerais podem ter exceções, além do caráter excepcional implícito na terceira regra.

- Será apropriado reter total ou parcialmente uma série de riscos (ou seja, compartilhá-los e limitar a exposição do parceiro privado) que naturalmente cairiam no escopo das responsabilidades do parceiro privado se houver evidências de que o parceiro privado não será capaz de agregar valor na assunção e gestão do respectivo risco. (Isso é tratado na próxima seção); e
- Também pode ser apropriado exigir que o parceiro privado assuma parcialmente alguns riscos não naturalmente relacionados às suas responsabilidades no âmbito do contrato. Por exemplo, fornecer incentivos para que o parceiro privado assuma parte do risco de vandalismo perpetrado em outros ativos não construídos ou administrados pelo parceiro privado (mas relacionados aos seus ativos e próximos a eles). Isso pode se aplicar onde estiver claro que será eficiente para o parceiro privado fornecer segurança ou proteção para essas outras propriedades.

A jurisprudência, os precedentes, algumas leis específicas (no caso de força maior) e a experiência de projetos anteriores identificaram algumas categorias de risco que nunca devem ser transferidas, incluindo:

- Eventos de força maior (que incluem casos fortuitos). Este risco pode ser parcialmente transferido, mas não pode ser totalmente transferido para um parceiro privado porque ele não tem a capacidade de controlar a ocorrência, nem a capacidade ilimitada que pode ser necessária para mitigar o impacto. Isso é discutido mais detalhadamente na seção 5.6;
- Mudanças nos requisitos de serviço ou escopo das obras necessárias para adaptar o projeto às novas circunstâncias (por exemplo, a necessidade de aumentar os quilômetros atendidos por um projeto de VLT e que leva à necessidade de contratar mais carros, ou a necessidade de reformar uma estrada porque a demanda é muito maior do que esperado); e
- Mudanças discriminatórias na lei ou política pública e outras ações do governo que afetam negativamente o equilíbrio econômico do projeto (por exemplo, a omissão governamental em dar aprovações e autorizações, atrasos de pagamento, restrições à conversibilidade monetária e à transferência de dividendos para o exterior, ou mudanças repentinas impostas ao contrato).

Em última análise, trabalhar para alocar riscos é um exercício que inclui definir exceções às regras gerais. Este é especialmente o caso no que diz respeito aos riscos que estão naturalmente associados às responsabilidades e direitos definidos no contrato. Também se aplica ao refinamento de alguns conceitos gerais na medida em que as respectivas jurisdições permitirem (como no caso de força maior) para melhor se adequar ao contrato específico.

Lidando com as exceções às regras gerais. Que outros riscos devem ser retidos?

Primeiro, o exercício de alocação de risco. Essa é a definição dos eventos excepcionais que vão merecer um tratamento específico no contrato, geralmente para que o governo retenha total ou parcialmente o risco. Deve focar os principais riscos (consulte a seção 5.4.2). A alocação natural de risco não deve ser ajustada para riscos que não fazem sentido em termos de seu impacto potencial.

O principal critério para a alocação de risco é o VfM. Portanto, quando for claro que um risco transferido para o parceiro privado resultará em um custo mais alto (por causa dos prêmios de risco) do que a perda

países/jurisdições que baseiam seus padrões de contabilidade na alocação de risco, por ex. s membros da UE, uma estrutura de risco que atenda aos critérios de tratamento “fora do balanço”, segundo as respectivas normas contábeis nacionais, podem apresentar VfM inferior ao ótimo.

esperada se esse risco for retido e gerenciado diretamente pelo governo, então o risco deve ser retido (ou realocado ao governo). No entanto, isso só será possível avaliar isso se a probabilidade de ocorrência do risco puder ser razoavelmente estimada e as consequências puderem ser medidas de forma realista.

Por isso, o julgamento quanto à probabilidade de ocorrência de um risco e suas consequências é essencial. Em termos gerais, a transferência de um risco ajudará a manter o VfM quando o parceiro privado estiver agregando valor na incorporação e gerenciamento desse risco (ver tabela 5.3.). Essa capacidade de gerenciar melhor o risco e cobrar, para tal, um preço eficiente (prêmio de risco) ou de incorrer em custos mais baixos pode ser devido a uma ou mais das seguintes características, inerentes às habilidades de gestão de risco.

- Maior capacidade de avaliação do risco (calcular probabilidades e estimar consequências, ou seja, ter a capacidade de estimar melhor a perda potencial ou diminuir a incerteza do risco) devido à experiência e capacidade técnica;
- Maior capacidade de negociação com terceiros de forma a repassar o risco para eles a um preço razoável ou eficiente (ou seja, mais eficiente do que o preço que seria obtido pelo parceiro público);
- Maior capacidade de redução da probabilidade de ocorrência de um risco. Isso normalmente é feito por meio de um projeto de engenharia mais robusto do ativo ou por meio de melhores protocolos de controle e monitoramento do risco, e assim por diante, com base na experiência, meios e métodos; e
- Maior capacidade para mitigar as consequências da ocorrência do risco e reparar os danos de forma mais eficiente.

Quando nenhum desses fatores está presente, e o evento de risco tem um impacto potencial significativo, esse risco deve ser retido ou realocado a partir da sua posição de risco natural.

Essas exceções podem ser identificadas com base em: (i) precedentes reais, (ii) conhecimento e experiência de consultores ou experiência do próprio governo e (iii) testes de mercado/discussão com as partes interessadas durante a Avaliação e/ou durante a Fase de Estruturação.

Isso inclui força maior e riscos semelhantes em muitas jurisdições onde prevalece a liberdade das partes de concordar com os termos do contrato. Em outras jurisdições que fornecem um tratamento legal definido e deixam pouco espaço para resolver essa matéria em âmbito contratual, os eventos de força maior já estariam definidos e previstos por lei.

O último título desta seção discutirá abordagens de alocação comuns para as categorias de risco sugeridas por este Guia PPP, observando que o tratamento mais apropriado de muitos riscos dependerá de, e variará com, cada projeto específico. O Apêndice A deste capítulo fornece uma análise mais profunda e uma descrição das questões de alocação de risco.

TABELA 5.3: Exemplos de decisões de alocação de risco com base na capacidade do parceiro privado de gerenciar o risco

Categoria de Risco	Evento de Risco	Alocação
Comissionamento	Procedimento de autorização de cobrança de pedágios atrasado.	O procedimento de autorização não pode ser controlado pelo parceiro privado. O parceiro privado pode, até certo ponto, controlar as consequências (evitando o custo operacional variável das operações de pedágio sempre que não houver receita a partir da cobrança de pedágio), então um mecanismo de compartilhamento é frequentemente aplicado no contrato de PPP.
Custos de construção e prazo	O governo decide mudar o escopo devido a interesses locais.	O risco não pode ser gerenciado pelo parceiro privado e teria um preço caro se transferido. O governo retém esse risco.
Custos de construção	Os custos aumentam devido ao aumento dos preços do petróleo.	O parceiro privado adquire material em grandes quantidades e tem experiência no uso de hedge para mitigar aumentos de custos. Portanto, o risco é transferido para o parceiro privado.
Custos de construção	Um caminhão de concreto atinge um trabalhador da construção civil.	O risco está relacionado ao canteiro de obras. Isso é gerenciado melhor pelo parceiro privado.
Custos de O&M	Vandalismo durante o período operacional.	O parceiro privado pode diminuir a probabilidade desse risco implementando medidas anti-vandalismo. O risco é transferido para o parceiro privado.
Custos de construção e prazo de construção	Vazamento na escavação do túnel durante a construção.	O parceiro privado pode influenciar na probabilidade do evento, seguindo todos os planos e procedimentos nesta circunstância. Além disso, pode mitigar os danos aplicando medidas para estancar o vazamento rapidamente e pode gerenciar o consequente atraso ajustando o cronograma de construção. O risco é transferido para o parceiro privado.

<p>Prazo de construção, comissionamento</p>	<p>Os tomadores de decisão não estão disponíveis durante o período de construção devido a um período de eleição que afeta a resposta tempestiva para aprovações e autorizações.</p>	<p>O parceiro público é responsável pelo planejamento e disponibilidade de sua equipe. O risco é retido pelo órgão público.</p>
<p>Custos de construção, design</p>	<p>Incerteza nas estimativas de custo devido ao estágio preliminar de projeto.</p>	<p>Esse risco pode ser transferido para o parceiro privado, pois ele tem experiência em lidar com isso.</p>

Source: Adaptado do livro *Guide Book from Risk Assessment in PPPs* (FHWA, US Department for Transportation, 2013).

5.7. Categorias contratuais de riscos: eventos de compensação, alívio e força maior ⁵²

Do ponto de vista da alocação contratual de risco (ou seja, o reflexo da alocação de risco dentro do contrato), existem diferentes categorias de riscos.

- Eventos indenizáveis - referem-se aos eventos de risco pelos quais o parceiro privado tem direito a receber uma compensação financeira caso o evento se materialize e na medida em que o parceiro privado seja impactado financeiramente. Isso pode ocorrer para restaurar a equação financeira do contrato (a TIR do *equity* esperada e a bancabilidade) ou apenas para parcialmente compensar a perda (normalmente quando um evento foi nomeado como um risco compartilhado ou um evento de compensação parcial). Os eventos de compensação podem ser classificados como eventos de compensação total, eventos de compensação parcial ou evento de risco compartilhado;
- Eventos de isenção - referem-se aos eventos de risco para os quais, caso o risco se materialize, o parceiro privado será perdoado por desempenho insuficiente ou mesmo descumprimento de obrigações (decorrentes do evento, mas sem compensação financeira). Por exemplo, atrasos no caso de descobertas arqueológicas imprevistas; e
- Força maior - falando em termos gerais, força maior pode ser considerada um evento de compensação e/ou um evento de suspensão do cumprimento de uma obrigação (alívio). No entanto, devido à sua relevância e consolidação internacional como categoria de risco, é comum e boa prática atribuir a este risco um status próprio no contrato - e mesmo positivado em lei em muitos países. Outra razão para esse tratamento especial é que esse evento de risco pode levar o contrato a uma rescisão antecipada de acordo com disposições específicas (consulte a seção 9.9).

Os eventos de compensação e suspensão do cumprimento de uma obrigação (alívio) devem sempre ser definidos com clareza e precisão de maneira exaustiva para responder à sua natureza excepcional. Já no caso de força maior, o contrato deve descrever claramente os procedimentos para avaliar a ocorrência do evento,

⁵² *Standardisation of PFI 2 Contracts (UK HMT, 2012)* fornece definições e considerações padrão para categorias de risco e sua incorporação no contrato.

as condições para determinar se será enquadrado como um evento de suspensão do cumprimento de uma obrigação (alívio) ou de compensação (que só deve ser o caso na medida em que o impacto não poderia ter sido impedido caso tivesse sido tomado o devido cuidado e diligência por parte do parceiro privado), e outras obrigações relacionadas com a informação e comunicação.

A incorporação da força maior ao contrato é mais complexa de explicar, pois há uma necessidade de diferenciar entre os muitos países de Direito Codificado em que a expressão é um conceito legalmente definido (deixando assim pouco ou nenhum espaço para fazer ajustes no contrato), e jurisdições de Direito Consuetudinário onde existe uma clara liberdade entre as partes para concordar com os termos do contrato.

Consequentemente, neste último caso, é comum incluir no contrato uma lista exaustiva de eventos que serão interpretados como eventos de força maior, enquanto no primeiro pode não ser possível fazê-lo. Neste último caso, uma prática recomendada é definir uma lista não exaustiva, além de uma "definição abrangente" que garanta que o termo inclui todos os eventos que se enquadram no conceito legalmente definido.

O ponto comum é que eventos de força maior são eventos de risco que são, por sua natureza, impossíveis de avaliar em termos de estimativas de impacto e muito difíceis de estimar em termos de probabilidade. Também sempre se relacionam com fatores exógenos, não têm relação com o desempenho do parceiro privado e são causados por agentes externos (guerras, revoluções, desastres naturais e assim por diante).

Quando a definição legal de força maior em países de Direito Codificado é muito restrita, isso não deve impedir a autoridade licitante (na medida permitida pelo arcabouço de contratações públicas) de definir um prazo mais amplo ou incluir riscos específicos semelhantes a força maior quando apropriado para um determinado projeto^{53 54}.

A tabela 5.4 ilustra a definição padrão de força maior em alguns países⁵⁵.

TABLE 5.4: Exemplos de definições de força maior conforme os padrões de diferentes países	
Austrália	"Força maior" significa (a) eventos da natureza, especificamente tempestades, raios, ciclones, terremotos, desastres naturais, ações dos elementos naturais, maremotos, inundações, secas, deslizamentos de terra, deslizamentos de lama e contaminação nuclear, química e biológica; e (b) motins civis, rebeliões, revoluções, terrorismo, comoção civil, insurreições e usurpação militar do poder, danos intencionais, atos de

⁵³ Conforme descrito no capítulo 1, os arcabouços jurídicos devem evitar restringir ou regulamentar exaustivamente as características do contrato e devem deixar um espaço razoável para que as autoridades contratantes encontrem e definam a estrutura contratual correta para cada projeto.

⁵⁴ Não é incomum em alguns países de Direito Codificado que outra categoria de risco seja legalmente definida como uma possível exceção ao princípio geral de transferência de risco: o conceito de "circunstâncias imprevistas". Nestes casos, ao contrário do caso de força maior, é importante definir em termos precisos o que será considerado "imprevisto" no contrato, de forma a garantir o direito a receber uma indenização ou reparação.

⁵⁵ *PPP in Infrastructure Resource Center (PPPIRC)* fornece modelos e sugestões de redação para cláusulas de força maior em <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-risk-matrices/force-majeure-checklist/sample-clauses>, e informações adicionais sobre força maior em *Force Majeure Clauses - Checklist and Sample Redaction* (<http://ppp.worldbank.org>). *Termination and Force Majeure. Provisions in PPP Contracts: Review of current European practice and guidance.* (European PPP Expertise Centre - EPEC, 2013) fornece uma análise das disposições de força maior na Europa na seção 3.

	um inimigo público e guerra (declarada e não declarada), como resultado que impede ou atrasa uma parte de cumprir qualquer uma de suas obrigações não financeiras.
Reino Unido	<p>"Força maior" significa a ocorrência após a data do contrato de:</p> <p>(a) guerra, guerra civil, conflito armado ou terrorismo; ou</p> <p>(b) contaminação nuclear, química ou biológica, a menos que a fonte ou a causa da contaminação é o resultado das ações ou da violação pelo contratante ou seus subcontratados; ou</p> <p>(c) ondas de pressão causadas por equipamentos que viajam em velocidades supersônicas, o que leva diretamente qualquer uma das partes (a "Parte Afetada") a ser incapaz de cumprir todas ou uma parte importante de suas obrigações sob determinado contrato.</p> <p>A padronização de contratos de PFI do Reino Unido trata Eventos da Natureza como eventos de alívio.</p>
África do Sul	<p>"Força maior" significa qualquer um dos seguintes eventos, até o ponto em que não sejam seguráveis:</p> <p>(a) guerra, guerra civil, conflitos armados ou terrorismo; ou</p> <p>(b) contaminação nuclear, a menos que a parte privada e/ou qualquer subcontratado seja a fonte ou causa da contaminação; ou</p> <p>(c) contaminação química ou biológica das obras e/ou das instalações e/ou o local do projeto de qualquer um dos eventos referidos em cláusula (i) acima, que faz com que qualquer uma das partes seja incapaz de cumprir com todas ou parte importante de suas obrigações nos termos do contrato de PPP.</p> <p>A cláusula (i) é uma cláusula padrão que desenvolve as consequências e procedimentos em caso de força maior.</p>

5.8. Apresentando os principais riscos do projeto e sua possível alocação⁵⁶

Esta subseção apresenta uma lista dos riscos mais relevantes, visto que são comumente identificados em diferentes guias e protocolos (embora reconheçamos que pode haver diferenças materiais na classificação de riscos de algumas práticas de país para país).

O Apêndice A fornece uma explicação mais profunda dos riscos, alguns subconjuntos de riscos e outras reflexões sobre as práticas comuns e pontos de atenção em relação à decisão de alocação e sua incorporação dentro do contrato.

5.8.1. Riscos relacionados à fase de projeto e construção, incluindo condições do local

- **Disponibilidade e aquisição de terrenos.** A indisponibilidade do terreno ou local para construir a infraestrutura no momento da assinatura do contrato obviamente causará atrasos e aumentará indiretamente os custos (por meio de renegociação de contratos de construção, aumento de juros

⁵⁶ Para leitura adicional sobre questões de alocação de risco, consulte *Risk Allocation and Contractual Issues* (Partnerships Victoria 2001).

durante a construção, e assim por diante). Além disso, a incerteza da disponibilidade do terreno será um motivo para o insucesso da licitação, tornando provável que nenhum licitante participe.

O terreno deve estar disponível e desimpedido quando do lançamento do processo licitatório em qualquer projeto de infraestrutura social. Na infraestrutura linear, é mais comum que o direito de passagem não esteja totalmente disponível e que a aquisição do terreno ainda tenha de ser administrada. Muitos países consideram a responsabilidade pela aquisição de terras um assunto público, enquanto em alguns outros a prática de delegar esse trabalho ao parceiro privado é mais comum.

Este Guia de PPP considera uma boa prática que nas circunstâncias em que o risco de aumento dos custos do projeto é maior do que o esperado (e o benefício na situação inversa), seja esse risco retido pelo parceiro público. Em alguns países e práticas, isso é feito parcialmente com o parceiro público compartilhando o risco. Como tal, deve ser estabelecido um teto de forma a limitar a exposição ao risco do parceiro privado ou, no mínimo, a atribuir o status de evento extraordinário e indenizatório no caso de ocorrerem desvios extraordinários do custo real, por circunstância imprevista⁵⁷;

- **Risco ambiental (ou avaliação ambiental).** A maioria dos projetos deve passar por um Estudo de Impacto Ambiental (EIA)⁵⁸. As questões ambientais podem estar relacionadas a vários aspectos ambientais (contaminação ou poluição geral, poluição sonora, contaminação da água, impacto no ambiente natural e assim por diante). Uma avaliação adversa (diferente da prevista) pode exigir mudanças no projeto, causando um impacto direto em termos de custos de despesas de capital (Capex), além de atrasos.

Este risco é essencialmente um risco de projeto e geralmente deve ser assumido pelo parceiro privado. Uma exceção é a contaminação pré-existente: quando há uma operação existente, o governo geralmente aceita a responsabilidade por problemas ambientais pré-existentes (por exemplo, contaminação do local de uma usina de energia ou depósito de lixo).

Os impactos ambientais devem ser antecipados o máximo possível pela autoridade pública, a fim de limitar ou mitigar este risco para o benefício de ambas as partes. A autoridade pública deve permanecer responsável pelas avaliações adversas relacionadas às especificações estabelecidas no contrato.

Deve-se observar que esses riscos geralmente são categorizados na Fase de Construção. No entanto, o analista de risco e/ou o estruturador do contrato deve observar que o risco também pode afetar os custos de O&M (por exemplo, a não conformidade com a legislação ambiental que é detectada durante as operações ou mudanças na legislação ambiental);

- **Outras licenças.** Geralmente, o parceiro privado deve antecipar as autorizações necessárias e avaliar as implicações e riscos relacionados;
- **Risco de projeto.** Como a parte privada normalmente é quem desenvolve o projeto de engenharia nas PPPs, a parte privada geralmente deve arcar com o risco do projeto;
- **Risco de construção.** O risco de construção representa a possibilidade de que, durante a fase de construção, os custos reais do projeto ou o tempo de construção excedam o prazo e os custos projetados. Este risco é geralmente suportado pelo parceiro privado, que o repassará aos

⁵⁷ Por exemplo, em alguns países, o preço de aquisição/desapropriação é definido em última instância por um tribunal, e pode acontecer que o preço final seja estabelecido em níveis que podem ser considerados não razoáveis. Nesses casos, o parceiro privado teria de recorrer aos tribunais superiores com grande incerteza, não apenas em termos de resultados, mas também em termos de tempo.

⁵⁸ Algumas jurisdições se referem à ESIA (Avaliação de Impacto Ambiental e Social, da sigla em inglês, incluindo questões sociais).

empreiteiros de construção subcontratados por ele. No entanto, o contrato deve fornecer um “período de cura” e/ou compensação para certos eventos de risco que podem ocorrer, as principais categorias dos quais são explicadas abaixo e no apêndice A (por exemplo, força maior); e

- **Conclusão da obra e comissionamento.** O risco de conclusão de obra ou o risco de comissionamento refere-se ao risco de não cumprimento do resultado da construção conforme prescrito. Também se refere ao projeto deixando de fornecer os serviços conforme o esperado, considerando a forma como foi construído. Como regra geral, trata-se de risco de construção ou de projeto que deve ser assumido pelo parceiro privado.

Riscos específicos relacionados ao local podem ser considerados interruptivos da continuidade das obras e, portanto, tratados como “eventos de suspensão de cumprimento da obrigação (alívio)” ou como “eventos de compensação”. Riscos relacionados a condições imprevistas do solo (especialmente relacionados a condições geotécnicas), achados arqueológicos, riscos de realocação de serviços de utilidade pública ou vícios ocultos em uma infraestrutura existente (em PPPs de estágio secundário) e risco de ocupações de terra podem ser significativos em certos projetos, que terão a ser detectado na Fase de Avaliação. Em algumas circunstâncias, esses riscos podem ser tratados no contrato como “eventos de suspensão de cumprimento da obrigação (alívio)” e alguns deles potencialmente como “eventos de compensação”. Essas circunstâncias dependem essencialmente da probabilidade e do impacto potencial dos riscos e da confiabilidade das informações disponíveis. Não é uma boa prática liberar o cumprimento de obrigação para esses tipos de eventos (ou seja, reter a totalidade dos riscos em termos de impacto financeiro), já que mesmo que o risco não esteja totalmente sob o controle do parceiro privado, a SPE deve ser devidamente incentivada a gerenciar o risco (mitigando sua probabilidade, gerenciando o evento se ele ocorrer), assumindo que isso será feito por um preço (prêmio de risco).

5.8.2. Riscos durante a fase operacional

- **Risco de receita em projetos com cobrança dos usuários.** Isso se refere ao risco do fluxo de receita não ter sido avaliado corretamente. O motivo principal ou mais provável é o risco de demanda, ou seja, o impacto potencial da demanda ou do uso não estar no nível previsto. Esse risco está no cerne das estruturas de projetos com cobrança dos usuários e geralmente deve ser suportado pela parte privada. No entanto, compartilhar esse risco e/ou limitá-lo até certo ponto pode fornecer Value for Money (ao fornecer uma garantia de tráfego mínimo ou receita mínima), especialmente quando a probabilidade de ocorrência do risco é muito significativa. Este risco deve ser analisado durante a Avaliação e até testado com o mercado, incluindo testes de estresse e análise de *breakeven* (ver capítulo 4.6.9). Um subconjunto do risco de receita são os riscos de sistemas e instalações concorrentes (consulte o apêndice A). As mesmas reflexões podem ser aplicadas ao risco de demanda em PPPs com pagamentos governamentais com base no uso;
- **Risco de receita - inflação e indexação.** Qualquer contrato deve fornecer regras claras sobre como os pagamentos serão indexados para refletir qualquer aumento na inflação de custos. Geralmente, o risco de a inflação de custos não ser compensada por revisões de preços deve ser assumido pelo parceiro privado. No entanto, podem surgir questões específicas no contexto das PPPs com cobrança dos usuários, em que a autoridade se reserva no direito de estabelecer o nível de tarifa durante o curso do contrato. Neste caso, quando a tarifa não for autorizada no nível previsto pelo parceiro privado, deverão fazer parte do contrato medidas específicas para neutralizar o impacto no parceiro privado;
- **Risco de receita – disponibilidade e qualidade.** O risco de receita associado a problemas de disponibilidade e qualidade - quando os requisitos de desempenho e os níveis de meta de desempenho não são atendidos - deve ser de responsabilidade do parceiro privado. O não cumprimento desses

requisitos pode afetar a receita de forma direta (redução de pagamentos) ou indiretamente (imposição de penalidades ou indenização por perdas e danos). Este risco é assumido pelo parceiro privado, pois é a essência dos objetivos das PPPs. Às vezes, o risco é conhecido como risco de desempenho;

- **Outros eventos de risco de receita.** Outros riscos relacionados à receita podem surgir em alguns projetos ou em alguns países. As subcategorias (não presentes em todos os projetos) são:
 - risco de crédito ou risco de contraparte
 - receitas de terceiros e receitas acessórias
 - Risco cambial (forex) para investidores internacionais. No entanto, deve-se notar que o risco com relação a empréstimos internacionais em moeda forte é mais bem tratado como "riscos financeiros"
 - fraude/falta de pagamento por parte dos usuários. Este é um risco crucial na maioria dos países EMDE.

Todos estes riscos são geralmente suportados pelo lado privado, com as potenciais qualificações descritas no apêndice, especialmente para a parte que trata da inadimplência;

- **Custos de manutenção e operação.** Este também é um risco natural a ser imputado ao privado, uma vez que a obrigação de manutenção é um elemento central de qualquer escopo de contrato de PPP. O risco pode estar relacionado ao risco do projeto de engenharia, pois o projeto de engenharia incorreto pode gerar custos de manutenção mais elevados, sobretudo manutenções expressivas e reformas (custos do ciclo de vida). Não é incomum considerar algumas exceções à regra geral de transferência de risco para alguns riscos particulares e elementos de custo em projetos específicos: custos de serviços públicos (especialmente energia), serviços administrativos, custos de prêmio de seguro e "risco inverso de utilização"⁵⁹ (ver apêndice)

A obsolescência de tecnologia é outro subconjunto de risco que geralmente deve ser assumido pela parte privada, a menos que relacionado a aprimoramentos tecnológicos obrigatórios que são consequências de mudanças na lei, conforme descrito abaixo; e

- **Valor residual e condições de reversão.** Um risco a ser assumido pelo parceiro privado para atender aos requisitos especificados no contrato (ver seção 8.9).

5.8.3. Riscos Financeiros

- **Disponibilidade de financiamento.** Isso representa o risco de o financiamento (especialmente financiamento feito por terceiros, ou seja, acordos de fornecimento de dívida) não estar disponível no fechamento comercial ou antes do início da construção, ou apenas estar disponível em condições proibitivas. Este risco está relacionado com uma obrigação essencial de uma PPP e geralmente deve ser assumido pelo parceiro privado. No entanto, o governo deve mitigar proativamente o risco por meio de preparação e avaliação adequadas e, potencialmente (em alguns projetos em países EMDE), compartilhar o risco alocando financiamento público institucional (ver seção 4);
- **Custos financeiros/taxas de juros.** Este é outro risco privado essencial nas PPPs, com exceção do risco da taxa básica de juros entre a apresentação da proposta e o fechamento financeiro, que é retido ou compartilhado pela autoridade contratante em vários países (ver apêndice);

⁵⁹ O risco inverso de utilização refere-se ao risco de volume ou demanda maior do que o esperado quando o mecanismo de receita não está vinculado ao uso, criando um desalinhamento entre as duas partes.

- **Refinanciamento.** Algumas jurisdições incluem a obrigação do parceiro privado de compartilhar quaisquer ganhos de refinanciamento com o governo. Em alguns projetos específicos, os governos também compartilham o resultado adverso dessa circunstância; e
- **Risco de câmbio.** No contexto do financiamento internacional em moeda forte, esta é uma questão importante.

5.8.4. Outros riscos que afetam ou que podem ocorrer em ambas as fases da vigência do contrato

- **Mudanças na lei** - mudanças específicas e discriminatórias na lei. Este risco pode impactar o projeto, impondo a necessidade de maior investimento ou afetando os custos de O&M. Qualquer mudança na lei (incluindo mudanças nas políticas públicas e regulamentos) que afeta qualquer negócio em geral deve ser suportada pelo parceiro privado. No entanto, é uma boa prática estabelecer compartilhamento de riscos e mecanismos de limitação no contrato. Trata-se de reter parte do impacto potencial para aquilo que pode ser considerado como alterações discriminatórias na lei (destinadas a afetar o projeto em particular), bem como alterações específicas na lei (afetando apenas o setor em que a empresa do projeto desenvolve a sua atividade);
- **Alterações nos serviços (incluindo mudanças no escopo das obras).** Uma autoridade deve ter a possibilidade de solicitar ou ordenar alterações no âmbito dos serviços ou das obras (dentro dos limites legais estabelecidos pela respectiva legislação). Mas deve incluir provisão para compensação justa por essas mudanças, de acordo com regras claramente estabelecidas no contrato (ver seção 9.6);
- **Força maior (i) (eventos da natureza).** Desastres naturais ou outros eventos naturais com potencial impacto extraordinário, como furacões, terremotos, tempestades e assim por diante, são eventos não controláveis por nenhuma das partes e devem ser compartilhados (e especificamente definidos como tal, se possível, no contrato);
- **Força maior (ii) (riscos políticos).** Certos eventos de natureza política com baixa probabilidade, mas efeitos incomensuráveis, como guerras, terrorismo, contaminação nuclear e assim por diante, também são incontrolláveis por qualquer uma das partes e devem ser compartilhados. Alguns países ou alguns contratos específicos também podem incluir danos intencionais (e mais excepcionalmente motins) sob o conceito de força maior;
- **Riscos não seguráveis.** Este é um risco potencialmente embutido na definição de força maior. No entanto, existem outros riscos que, de acordo com os requisitos de seguro (ver seção 9.5), deveriam ser cobertos por seguro, mas podem se tornar impossíveis de serem segurados durante o curso do contrato. Em tais circunstâncias, o contrato deve fornecer isenção da obrigação de estar segurado; e
- **Término antecipado.** O risco de rescisão antecipada, na perspectiva do parceiro privado, é o risco de o montante da indenização por rescisão antecipada ser insuficiente para cumprir as suas obrigações financeiras ou de ser inferior ao previsto. Este risco (conforme analisado pelo parceiro privado) é relevante para a autoridade em termos de viabilidade comercial, uma vez que um método de compensação percebido como injusto ou desequilibrado, ou ambíguo ou difícil de avaliar, pode envolver a deixar de receber propostas interessantes nas licitações ou mesmo levar a uma licitação deserta. A Seção 9.8 fornece informações adicionais ao apêndice.

5.9. Incorporando a Alocação de Risco ao Contrato: Observações Gerais

A alocação de risco está implícita no regime de receita do contrato e no escopo das obrigações. A parte privada deverá desenvolver a fase de obras na forma e no tempo definidos (no contrato ou conforme

apresentado em sua proposta), e deverá fornecer o serviço conforme previsto no contrato (os requisitos de desempenho). Isso dará ao parceiro privado o direito de receber a receita prevista. O cumprimento dessas obrigações e o desempenho de acordo com esses requisitos (normalmente definidos em níveis esperados de serviço) são geralmente por conta e risco do parceiro privado.

No entanto, haverá uma série de exceções, descritas no contrato como eventos de alívio e de compensação (incluindo força maior), cujo escopo é definido por lei ou pelo contrato específico, para as quais pode ser concedida uma isenção pelo descumprimento. Isso pode incluir tolerância de tempo (eventos de suspensão da obrigação de cumprimento (alívio)) ou tolerância compensatória (tempo e dinheiro), que pode ser total ou parcial (eventos compartilhados).

Em termos de incorporação ao contrato e repercussão formal nos documentos, muitos dos eventos de suspensão da obrigação de cumprimento (alívio) e compensação serão comumente documentados como detalhamento da respectiva obrigação ou encargo regulamentado no contrato. A alocação de risco, portanto, impactará as disposições que descrevem obrigações de projeto e construção, obrigações de operação e manutenção, requisitos de desempenho e/ou regras de mecanismo de pagamento.

Alguns riscos específicos serão descritos em cláusulas independentes e alguns deles também afetarão as cláusulas de rescisão (por exemplo, força maior).

O contrato deve, com relação à alocação de risco, considerar e/ou incluir o seguinte:

- Uma definição clara dos eventos de risco que são considerados como dando ao parceiro privado direito a alívio e compensação (ou apenas alívio), incluindo a definição precisa dos limites da materialidade ou da caracterização;
- Uma definição clara (ou referência a uma definição legal) de força maior;
- Uma descrição clara dos procedimentos para avaliar a ocorrência de risco e as condições para determinar o direito de acesso aos benefícios de alívio ou compensação. Tal alívio ou compensação só deve estar disponível na medida em que o impacto não pudesse ter sido evitado pelo parceiro privado, mesmo adotando o devido cuidado e diligência;
- Uma cláusula de “todos os riscos”, ou seja, uma cláusula que significa que qualquer risco que não seja especificamente descrito de outra forma é um risco alocado ao privado; e
- Regulamentos específicos de força maior, incluindo como lidar com o impacto no serviço depois de um evento de força maior. Por exemplo, se pagar ou não, e quanto pagar em caso de força maior que impeça uma boa performance do parceiro privado. Também deve haver uma definição de quando qualquer uma das partes tem o direito de acionar a cláusula de rescisão antecipada por motivo de força maior.

6. Sondagem, marketing e comunicação do projeto antes do lançamento do projeto

O projeto deverá haver sido submetido à sondagem de mercado durante a Fase de Avaliação e Preparação (ver capítulo 4.9.1).

É boa prática conduzir mais sondagens de mercado durante a fase de Estruturação e Elaboração de Minutas para coletar reações, sugestões e preocupações da indústria (investidores, contratantes e mutuantes (*lenders*) de acordo com as opções e abordagens descritas no capítulo anterior). Este processo deve testar as principais características do contrato antes que sua estrutura seja finalizada. Além disso, especialmente quando não

houver processo interativo de negociações (ou Fase de Diálogo), uma interação formal poderá ocorrer antes da publicação dos documentos finais da licitação e das propostas de solicitação.

As sondagens de mercado devem ser conduzidas com cuidado e deve ser dedicado tempo para extrair vantagem real do *feedback* obtido. As informações fornecidas precisam ser avaliadas criticamente, pois os licitantes em potencial provavelmente exagerarão seus interesses e preocupações. Conforme explicado no capítulo 4, a transparência também é importante. Portanto, ao realizar uma pesquisa ou usar um questionário, pode ser preferível colocá-lo em uma página da *web* aberta, dando, a qualquer licitante interessado ou pessoa qualificada (consultor/especialista, mutuante (*lender*) e assim por diante), a oportunidade de fornecer informações. Isso garante condições equitativas para evitar futuras objeções.

Ao sondar o projeto, o governo também estará a promovê-lo.

Quando o governo decide não fazer mais sondagens porque o projeto foi testado de forma significativa durante a Fase de Avaliação e Preparação, ainda deve ser promovido o *marketing* do projeto. Isso desperta o interesse do mercado e permite que os licitantes em potencial se preparem (ou seja, avaliar o projeto e procurar parceiros para criar um consórcio quando isso for necessário ou desejável - consulte o apêndice 6A, seção 2).

O *marketing* do projeto deve incluir, pelo menos, uma reunião com o mercado (uma reunião aberta dirigida aos participantes do mercado, como empreiteiros, investidores, mutuantes (*lenders*), consultores e assim por diante). Também deve incluir a disponibilização (geralmente, por meio de uma página da *web* específica) de um memorando de informações detalhadas do projeto (PIM, da sigla em inglês).⁶⁰ Isso deve incluir um resumo da estrutura do contrato, estratégia da licitação e seu processo básico e o cronograma almejado. Os anexos devem incluir os principais documentos produzidos durante a avaliação (partes relevantes do relatório de viabilidade ou um pacote completo com todos os estudos de viabilidade). Consulte o Quadro 5.20 e as notas de rodapé para obter um exemplo para ilustrar as boas práticas em potencial no gerenciamento de marketing e testes.

Comunicação com o público: promover o projeto significa se comunicar com o setor privado, fator primordial para o sucesso do projeto, pois ajuda a gerar forte concorrência no seu lançamento. Esse *marketing* não deve ser confundido com a comunicação com o público e outras partes interessadas (ver capítulo 4.11), uma vez que a estratégia de comunicação, normalmente, requer um conjunto diferente de abordagens para garantir a aceitação pública do projeto.

Muitos projetos não conseguiram ver a luz do dia ou foram cancelados devido à resistência ou oposição do público. Isso inclui a oposição política de outros partidos ou outros governos (por exemplo, um governo municipal quando um projeto do governo estadual deve ser construído na área daquele). Exemplos de oposição pública e política podem incluir projetos de estradas com pedágio em áreas onde os usuários não estão acostumados a pagar tarifas, um projeto de gestão de "conversão de resíduos em energia" com oposição de ativistas ambientais e concessões de abastecimento de água que causam preocupações sobre aumentos potenciais de tarifas de água. Se esse último for o caso devido à necessidade de sustentabilidade

⁶⁰ Para referência do conteúdo básico de um PIM, ver: *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets (PPIAF, World Bank - Farquharson, Torres de Mästle, and Yescombe, with Encinas, 2011)*, page 116

fiscal, então os benefícios a serem entregues pelo projeto, como melhorias na qualidade e cobertura do serviço. Estes também devem ser comunicados cuidadosa e proativamente⁶¹.

Além dos exemplos citados no capítulo 4, no Projeto da Prisão Ravenhall em Victoria, Austrália,⁶² um Grupo Consultivo Comunitário foi estabelecido durante a Fase de Estruturação e Elaboração de Minutas para coordenar a contribuição local no planejamento da prisão. O grupo incluiu membros da comunidade local, representantes do governo local, a força policial e a Autoridade Contratante. Fichas técnicas e brochuras foram disponibilizadas ao público, e sessões de informação à comunidade foram realizadas.

QUADRO 5.20: Exemplo de boas práticas de sondagem e marketing de um projeto

Gestão da interface com o mercado de potenciais licitantes até o lançamento do processo licitatório

O governo de um determinado país "x" finalizou de forma satisfatória a avaliação do projeto enquanto PPP e a decisão de investimento foi aprovada. O projeto passou para a fase de Estruturação e Elaboração de Minutas. Nenhum obstáculo ou risco sério foi detectado. No entanto, foi decidido que, tanto durante a finalização da estrutura, quanto na implementação do pacote da licitação e contrato, alguns estudos adicionais devem ser realizados sobre algumas questões para que o projeto esteja bem-preparado antes do lançamento.

O projeto foi originalmente incluído no plano de infraestrutura do respectivo setor e, após a avaliação preliminar, foi incluído na Carteira de Projetos de PPP, acessível em um sítio eletrônico que promove o Programa de PPP do país. A inclusão do projeto na Carteira foi veiculada pela mídia especializada e em geral.

Agora, foi anunciado que o processo licitatório será lançado em data definida e que a Autoridade Contratante está em processo de estruturação do contrato do projeto. Mais uma vez, esse anúncio é coberto por meios de comunicação nacionais e internacionais específicos (seja porque esses meios de comunicação frequentemente pedem tais informações do governo/Autoridade Contratante ou porque o relacionamento do governo com essas organizações de mídia é gerido de forma proativa).

Alguns resultados da avaliação são publicados. Normalmente, como ditam as boas práticas, isso inclui a análise de viabilidade financeira e o VfM, o relatório da EIAS e algumas premissas técnicas. Um memorando de informações do projeto também é preparado e publicado.

Devido à importância dos objetivos do projeto, seu tamanho, bem como sua complexidade em termos de aceitação pública e seus múltiplos interessados (incluindo um governo municipal afetado pelo projeto), o governo cria uma página *web* específica para o projeto de forma a publicar as informações relevantes. Isso facilita mais sondagens de mercado e ajuda a promover o projeto de forma mais eficaz.

O governo programa dois encontros com o setor (devidamente publicados na página *web* e na mídia externa) e trabalha com seus assessores para conscientizar, proativamente, os líderes industriais e a comunidade de investidores e mutuantes (*lenders*) sobre as reuniões.

Na primeira reunião, o foco é a apresentação das características gerais do projeto e sua estrutura financeira e de risco preliminares. Após a apresentação, perguntas e respostas são incentivadas. Na conclusão da reunião, os participantes e outras pessoas e empresas qualificadas são incentivadas a enviar comentários e sugestões. O governo disponibiliza um questionário com perguntas específicas

⁶¹ *Divulgação em parcerias público-privadas: casos de boas práticas (WBG e PPIAF) 2013 inclui uma série de exemplos de como a divulgação proativa é relevante para gerenciar com sucesso o interesse da indústria e aceitação e apoio público.*

⁶² <http://www.corrections.vic.gov.au/home/prison/ravenhall+prison+project.shtml>

sobre as quais tem mais interesse em receber *feedback* ou sobre as quais ainda tem dúvidas na sua decisão final de estruturação. As reações da indústria serão revisadas e consideradas durante o processo de estruturação, desde que sejam sensatas, não infrinjam os objetivos principais do projeto, não imponham mudanças indesejáveis de escopo ou especificações técnicas e não comprometam as restrições de capacidade de pagamento (*affordability*).

Uma vez que a estruturação está bem avançada, um memorando de informações do projeto mais desenvolvido, com uma descrição detalhada da estrutura financeira e de risco (incluindo a matriz de alocação de risco), é publicado no *site* do projeto e uma segunda reunião é convocada.

O governo mostra que está sensível às preocupações da indústria e explica as mudanças que fez em resposta a essas preocupações. Ele também fornece explicações sobre as principais preocupações e questões levantadas pela comunidade de licitantes. Isso ajuda a aumentar e manter o nível de tensão do mercado e interesse no projeto. Esse deve ser licitado na data de prevista (conforme agendado e anunciado) e ser consistente com a estrutura e características apresentadas nas interações de mercado.

Em algumas jurisdições, em um estágio posterior - e para projetos licitados em processo de única etapa - alguns governos também publicarão a minuta do contrato e aceitarão perguntas e preocupações sobre o conteúdo do contrato e a redação da CDP (por escrito) antes do pacote da licitação ser fechado, aprovado, quando, então, o projeto é lançado.

Deve-se notar que a Autoridade Contratante considera que a aceitação pública também pode ser um problema e, portanto, a página da *web* e a divulgação de informações também promoverão a transparência para o público. As reuniões com a indústria são, no entanto, direcionadas aos seus representantes participantes. Um plano de comunicação específico e, se necessário, audiências públicas devem ser realizadas como parte da estratégia para abordar as preocupações do público e as necessidades de outras partes públicas e políticas interessadas.

7. Definindo Critérios de Qualificação: Estruturação e Elaboração da CDQ

O objetivo de um processo de qualificação é estabelecer um limite mínimo de capacidade para a empresa licitante ou grupo de empresas (consórcio licitante)⁶³ que celebrará o contrato de PPP. Definir critérios de qualificação reduzirá o risco de falha do projeto causada por falta de recursos e capacidade. No entanto, se os critérios forem muito restritivos, isso pode limitar a concorrência em demasia.

É verdade que, quanto mais exigentes forem os critérios, menor é a competição. No entanto, simplesmente ter mais competição (no sentido de mais licitantes pré-qualificados) não significa, necessariamente, uma melhor competição. Além disso, níveis de exigência definidos de forma pouco criteriosa em termos de qualificação podem desencorajar licitantes altamente qualificados, pois eles percebem que terão uma chance muito baixa de vencer. Todos os projetos devem personalizar os níveis de qualificação, a fim de alcançar um equilíbrio adequado, tendo em conta suas necessidades específicas.

No processo de licitação aberta de uma única etapa, as qualificações são apresentadas juntamente com a proposta, de modo que qualquer empresa ou consórcio de empresas pode apresentar uma proposta. No

⁶³ Vide Capítulo 5A para informações adicionais a respeito de porquê e como empresas podem formar consórcios para apresentar proposta e para conjuntamente gerir contratos de PPP.

entanto, as propostas só serão avaliadas após a verificação de que o respectivo licitante cumpriu os critérios de qualificação (ou seja, este é um exercício de aprovação/reprovação).

Em alguns outros processos, a Autoridade Contratante conduz a etapa de qualificação como uma etapa inicial (a etapa de pré-qualificação) e apenas emite a CDP (incluindo o convite para oferecer proposta) em uma etapa posterior para as empresas que foram pré-qualificadas. Qualquer licitante em potencial que passa no limite mínimo é qualificado e pode apresentar sua proposta. Isso é conhecido como licitação aberta de duas etapas e pode oferecer alguns benefícios à Autoridade Contratante (consulte a tabela 5.5), embora, normalmente, resulte em um período mais longo para o processo de licitação.

No entanto, em alguns processos de licitação, existe a intenção de limitar o número de candidatos, selecionando um determinado número dos licitantes mais qualificados, conforme definido na CDQ (isso é denominado lista curta). Esse é sempre o caso no diálogo competitivo, interação e muitos dos procedimentos negociados, bem como alguns processos com uma CDP direto emitida após a pré-qualificação (Colômbia, Índia e México aplicam esta abordagem em alguns de seus projetos).

Tabela 5.5: Abordagens de qualificação: alguns aspectos prós e contras		
Estratégia de qualificação	Pros	Contras
Licitação aberta de única etapa (apresentação simultânea de qualificações e oferta, sem lista curta). Os governos só devem usar essa abordagem quando estiver muito claro o que desejam e quando o projeto não for muito complexo em termos de financiamento e aspectos técnicos. Abordagem de pré-qualificação (um estágio de CDQ antes da CDP sem lista curta).	<ul style="list-style-type: none"> • Permite um processo de licitação mais célere; • Mais fácil de administrar (apenas "passa/falha"); • Custos mais baixos para os licitantes e para a Autoridade Contratante; • Teoricamente, permite maior competição, mas não mais do que a pré-qualificação. • Maior risco de impugnação pelos licitantes vencidos, pois o número total deles, provavelmente, será maior. 	<ul style="list-style-type: none"> • Perigosamente permite um processo de licitação mais célere; • A incerteza quanto ao nível de competição (número de licitantes concorrentes) pode desencorajar as a participação de partes fortes e altamente qualificada; • A incerteza da concorrência pode criar muita pressão sobre os preços (criando a possibilidade de licitantes imprudentes) e desencorajar a qualidade.
Abordagem de pré-qualificação - Licitação aberta de duas etapas (a etapa da CDQ precede a CDP, mas sem abordagem de lista curta). A complexidade do projeto apresenta o risco de poucas propostas serem apresentadas, pelo que a Autoridade Contratante deseja testar,	<ul style="list-style-type: none"> • Permite mais tempo para preparar a CDP; • O processo de pré-qualificação não é mais difícil do que o processo de qualificação em um processo licitatório aberto de única etapa (apenas aprovação/reprovação); • Baixo custo para os licitantes (o mesmo que em um processo licitatório 	<ul style="list-style-type: none"> • Teoricamente, um processo mais longo; • Se um grande número de licitantes for pré-qualificado, alguns licitantes fortes podem perceber que há muita concorrência e ser desencorajados a apresentar uma proposta sólida e competitiva; • Alternativamente, se um grande número de licitantes

<p>definitivamente, o apetite do mercado e a capacidade para cumprir os requisitos.</p> <p>Quanto mais complexo e expressivo o projeto, mais apropriada é a pré-qualificação dos licitantes.</p>	<p>público convencional de única etapa);</p> <ul style="list-style-type: none"> • Permite um teste real do apetite de mercado antes de emissão de uma CDP. Isso significa que a Autoridade Contratante pode reagir se houver poucas respostas à CDQ antes da convocação das propostas; • Permite tempo para correção de quaisquer erros formais e outros erros não materiais na apresentação da qualificação; • Maximiza a competição em circunstâncias em que um investimento significativo é necessário para responder à CDP (os licitantes estarão mais dispostos a fazer esse investimento se tiverem certeza que estão pré-qualificados); • Permite que a Autoridade Contratante conheça quem são os efetivos potenciais licitantes, se for desejável fazê-lo. Isso pode, por exemplo, ser útil se o projeto fizer parte de um programa ambicioso que deve ser desenvolvido (e licitado) em um curto período, fazendo com que alguns processos de licitação se sobreponham no tempo; • Menor risco de impugnação por licitantes vencidos. 	<p>for pré-qualificado, isso pode criar muita pressão sobre os preços (criando espaço para licitantes imprudentes) e desestimular a qualidade.</p>
<p>Procedimento Restrito (abordagem de lista curta)</p> <p>Normalmente, a abordagem de lista curta é exigida pelo arcabouço jurídico para alguns tipos de processo, como o diálogo competitivo.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Mais tempo para preparar a CDP; • Maximiza a concorrência em circunstâncias em que um investimento significativo é necessário para responder à CDP. Os licitantes estarão ainda mais dispostos a fazer esse 	<ul style="list-style-type: none"> • Pode resultar em concorrência reduzida, especialmente, se alguns dos licitantes pré-qualificados abandonarem ou não apresentarem proposta; • Processo de licitação mais longo e mais tempo para assinatura do contrato;

<p>A lista curta é apropriada para projetos altamente complexos - projetos que realmente precisam de uma interação formal estruturada e proativa com um pequeno número de licitantes para serem eficazes - ou onde há necessidade de estimular o interesse de licitantes altamente qualificados.</p>	<p>investimento se souberem que estão a competir com uma pequena lista de rivais;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Permite que a Autoridade Contratante esclareça quem são os efetivos potenciais licitantes. Permite melhor gestão de programas grandes e complexos. • Menor risco de impugnação por licitantes vencidos. 	<ul style="list-style-type: none"> • Maiores custos para ambas as partes (em processos de diálogo ou interativos); • Mais complexo de gerir, pois a lista curta requer avaliação e seleção.
--	--	---

Quer a CDQ seja um documento separado ou uma fase diferente e anterior à CDP, ou mesmo se a qualificação é inerente à CDP e apresentada em licitação de única etapa, a pré-seleção ou qualificação deve sempre ser feita antes da abertura da proposta.

A CDQ (que em alguns países é chamada de Convite para Manifestações de Interesse – EOI (*Expression of Interest*, no original)) conterá os critérios de qualificação (ou critérios de seleção para a lista curta) e os requisitos para apresentação das qualificações (AdQ). Inclui o prazo de apresentação, formatos e documentos e a forma de comprovação das qualificações (especialmente experiência) exigidas. Também conterá regras em relação a questões como conflito de interesses, incompatibilidades ou alterações na composição do consórcio qualificado na fase de apresentação de propostas e a descrição resumida do projeto e da futura estrutura do contrato.

É altamente recomendável (boa prática) que a estrutura e a forma geral da CDQ (assim como os demais documentos do processo licitatório) sejam padronizadas pelo respectivo governo (seja ele nacional, regional/estadual ou local), por meio de diretrizes gerais de PPP, incluindo as evidências que serão necessárias para qualificar os indicadores e fatores que comprovam capacidade financeira e assim por diante.⁶⁴

A intenção desta seção é chamar a atenção e fornecer conhecimento sobre as práticas comuns relacionadas aos problemas a seguir:

- O problema da definição do limite para os critérios de qualificação na abordagem de aprovação ou reprovação. Esse é um problema comum para ambas as situações: processo licitatório de única etapa (sem restrição ao número de licitantes) e abordagem de lista curta. Isso será explicado nas seções 6.1 a 6.3;
- Para o procedimento restrito, o problema da definição dos critérios de seleção para compor a lista curta se o número de candidatos ultrapassar o número máximo definido (seja conforme estabelecido no processo, seja pela lei, quando aplicável). Isso será explicado na seção 6.4; e
- Em todos os casos, questões especificamente relacionadas com a qualificação de empresas reunidas em consórcio.

⁶⁴ O Manual de PPP do Tesouro Nacional da África do Sul (*South African National Treasury, 2004*) apresenta, em seu Módulo 5 (Licitação de PPPs) um modelo para CDQ. O *Infrastructure Resource Center (PPPIRC)* em <http://ppp.worldbank.org> contém exemplos de documentos de PPP, incluindo CDQ e CDP para alguns setores em *PPP by Sector*

A classificação habitual dos critérios de qualificação é representada por três categorias principais.

- Administrativo/jurídico;
- Capacidade econômico-financeira; e
- Capacidade ou experiência técnica.

Apenas os dois últimos são considerados para avaliação e seleção de uma lista curta, pois o critério administrativo e legal é sempre um requisito de aprovação/reprovação.

7.1. Habilitação / Qualificação Jurídica

A qualificação jurídica se refere, fundamentalmente, às condições normativas que devem ser satisfeitas para que um licitante apresente proposta de acordo com os regulamentos locais/do mercado ou comuns do país.

Portanto, a habilitação/qualificação jurídica se refere à regularidade jurídica formal do licitante, principalmente, no que se refere a sua personalidade jurídica. A documentação necessária, geralmente, inclui o seguinte:⁶⁵

- Prova da existência do licitante (incluindo aqueles reunidos consórcio) e situação regular nos termos da legislação pertinente;
- Provas do acordo de consórcio e do comprometimento dos respectivos membros. Alguns países e processos exigem que os possíveis licitantes constituam uma SPE nesta fase do processo de licitação. Isso, geralmente, é considerado uma prática ruim, pois impõe uma condição desnecessariamente cara e demorada aos licitantes;
- Comprovação de poderes dos representantes de cada licitante consorciado para atuar em nome do consórcio; e
- Tratando-se de empresa estrangeira em funcionamento no país, comprovante de registro ou licença de funcionamento expedido por entidade competente, quando a atividade assim exigir.

Em relação às questões tributárias e trabalhistas, geralmente, ambas serão avaliadas para cada licitante, verificando se o licitante está em dia com os compromissos fiscais relevantes, bem como com as leis trabalhistas pertinentes. As evidências devem ser fornecidas até a data de apresentação da proposta.

É prática geral que as condições da CDQ proíbam possíveis licitantes de participar de mais de um consórcio (ou que qualquer uma de suas subsidiárias ou controladoras participe de outro consórcio). Também é prática geral estabelecer circunstâncias que impeçam a participação de empresas que possam gerar conflito de interesse (por exemplo, uma empresa que atue como assessora ou consultora da Autoridade Contratante no mesmo processo).

A qualificação jurídica é, essencialmente, uma questão de arcabouço jurídico local e não há muito a dizer do ponto de vista da estrutura. No entanto, o governo deve considerar cuidadosamente os requisitos para evitar a criação de barreiras para licitantes internacionais.

7.2. Critérios de capacidade/qualificação econômico-financeira

⁶⁵ Adaptado do Manual de PP da Prefeitura do Rio de Janeiro.

Os critérios de capacidade financeira ou econômica visam garantir que a empresa ou grupo de empresas (consórcio) candidatos ao projeto tenham situação financeira saudável. Os critérios fornecem evidências de que os concorrentes serão capazes de atender às necessidades financeiras do projeto, o que pode ser resumido em ter disponibilidade de recursos para atender às necessidades de investimento/capital, bem como capacidade de captar recursos de terceiros na forma de dívida de longo prazo.

Os indicadores típicos incluem índices financeiros, como dívida sobre patrimônio líquido/alavancagem, índices de liquidez, índices específicos para o projeto, tais como o patrimônio líquido em relação ao Capex do projeto e outros, bem como magnitudes, como a receita média dos "últimos três anos", nível de lucros dos "últimos três anos" (ou evidência de lucro) e assim por diante.

Estes indicadores/valores de referência são calculados com base no balanço e na demonstração de resultado do ano anterior (ou anos recentes, normalmente, não mais do que três).⁶⁶

É boa prática incluir formulários específicos para a apresentação da informação financeira solicitada, incluindo a aquela especificamente utilizada para calcular os índices financeiros que devem ser claramente explicados e definidos.

Algumas diretrizes e princípios adicionais incluem:

- A capacidade financeira pode ser facilmente confundida com a experiência em projetos semelhantes que demonstram a capacidade de negociar e levantar quantias significativas de recursos em esquemas de *project finance*. Essa capacidade específica é mais bem administrada segundo os critérios de experiência/capacidade técnica separados dos critérios financeiros ou econômicos que estabelecem a capacidade de captar dívida corporativa; e
- Qualquer critério deve ser o mais objetivo possível. Embora algum nível de julgamento possa ser inevitável na avaliação das qualificações (bem como das propostas), no caso de critérios de capacidade financeira, limites claros e uma descrição de como calcular e apresentar os valores resultantes de cada indicador são essenciais.

Em vários países, é comum solicitar "cartas de apoio" ou "cartas de conforto" dos bancos que atestem a capacidade das empresas ou consórcios de captar fundos. Isso, geralmente, é considerado boa prática. No entanto, o valor desses como prova de solvência financeira é bastante limitado e não deve substituir uma análise ativa da capacidade do potencial licitante.

7.3. Qualificação/Capacidade técnica ou experiência

A capacidade técnica ou critérios de experiência são essenciais para o sucesso do projeto. Muitos projetos falham porque o licitante vencedor não tem as habilidades e a experiência necessárias para gerenciar os desafios e complexidades do projeto de infraestrutura em específico. A falha também pode ocorrer se o

⁶⁶ Um aspecto relevante que excede o escopo deste Guia de Certificação em PPP é a desafiadora situação dos licitantes estrangeiros para apresentar sua qualificação financeira em países nos quais regras e princípios contábeis (princípios contábeis geralmente aceitos – GAAP (*generally accepted accounting principles*, no original) não adotam o *International Financial Reporting Standards (IFRS)*). O balanço do licitante estrangeiro pode ser aderente ao IFRS, mas inconsistente com os GAAP locais. Pode ser difícil avaliar de modo justo a capacidade financeira de um licitante cujo balanço segue o IFRS em comparação com outro que adota os GAAP em suas demonstrações. Países podem colher muitos benefícios, não apenas no campo das transações de PPPs, mas também nos negócios em geral, se adotarem ou adaptarem sua regulamentação contábeis aos padrões internacionais. Caso contrário, a tradução das demonstrações financeiras dos licitantes estrangeiros para os GAAP locais deve ser cuidadosamente avaliada.

licitante vencedor não tiver experiência e capacidade em todas as áreas exigidas do ciclo do contrato. Por exemplo, existe um alto risco de fracasso se o licitante vencedor for um empreiteiro experiente, mas não tiver a experiência nem o apetite para dirigir o negócio de gestão do ativo ao longo de sua vida e/ou atuar como um investidor de longo prazo. Os critérios técnicos de qualificação definem o perfil dos parceiros privados que a autoridade deseja ter como parceiro de longa data, devendo abranger todas as funções que serão por ele desempenhadas.

O projeto europeu de “ligação ferroviária do túnel do canal” é um exemplo de projeto que deu errado porque - claramente- não exigiu, dos licitantes, as habilidades e a capacidade certas (de acordo com o relatório da comissão da UE sobre PPPs)⁶⁷.

A experiência é, provavelmente, o critério ou conjunto de critérios mais desafiador em termos de decisões estratégicas e de licitação. A capacidade técnica ou experiência deve ser demonstrada/evidenciada em várias frentes:

- Experiência de construção: o candidato (individual ou consórcio) deverá fornecer provas de experiência de sucesso, anterior ou em curso,⁶⁸ na construção de projeto semelhante (ou seja, no mesmo setor e, geralmente, com características semelhantes às do projeto em termos de escala e complexidade);
- Operação e manutenção: o candidato (individual ou consórcio) deverá fornecer provas de experiência anterior ou em curso na operação e/ou manutenção de infraestrutura semelhante no mesmo setor e com características similares às do projeto em termos de escala e complexidade e/ou volume ou número de usuários; e
- Gestão de contratos de PPP, investimentos em PPP e fechamento financeiro: experiência do consórcio no desenvolvimento bem-sucedido de projetos semelhantes, incluindo fechamento financeiro e/ou desenvolvimento da Fase Operacional bem-sucedidos.

De modo geral, não há necessidade de o investidor e futuro proprietário da SPE ser um empreiteiro ou ter qualificações relacionadas à construção, operação ou manutenção. Portanto, às vezes, é considerado suficiente confiar na experiência ou capacidade técnica de terceiros dentro do consórcio.⁶⁹ Em outras palavras, o contratado subordinado que contribuirá com a experiência de construção, operação ou manutenção necessária para a qualificação não precisa ser um futuro acionista da empresa do projeto. Mas é necessário solicitar comprovação do compromisso dele com o futuro acionista de entregar o projeto. Isso é comum em muitos países com programas de PPP maduros.

No entanto, ao avaliar as qualificações em algumas jurisdições, é prática comum considerar apenas a experiência dos contratantes que se comprometem com uma participação acionária mínima na SPE (o nível mínimo exigido conforme definido nos requisitos da CDQ). Consulte a tabela 5.6.

Nesses casos (ou seja, quando há a intenção de exigir participação acionária das empreiteiras), é essencial equilibrar esse requisito pelas seguintes razões:

⁶⁷ Vide *Resource Book on Case Studies* para maiores detalhes a respeito do projeto e outras lições extraídas daquele estudo de caso.

⁶⁸ Projetos ainda não concluídos são comumente válidos como experiência, contanto que o projeto/experiência apresentado esteja materialmente avançado. Por exemplo, no caso da construção, muitas licitações exigem que ela esteja, ao menos, 50% concluída ou, no que diz respeito às operações da Fase de operações, já se tenham passado os primeiros dois anos do ciclo de vida.

⁶⁹ Nem todos os membros do Consórcio se tornarão, necessariamente, investidores de *equity* do parceiro privado (SPE).

- Empreiteiras podem ser empresas que não têm, necessariamente, apetite ou recursos disponíveis para investir. No entanto, elas estão dispostas a assumir riscos sob condições *turnkey* e esquemas *back-to-back* em seus respectivos contratos subordinados.⁷⁰ Exigir que elas invistam em patrimônio líquido significativo pode desencorajá-las de formar um consórcio e oferecer proposta para o projeto; e
- No caso de países EMDE, e, particularmente, em mercados em que as empreiteiras locais não têm experiência em PPP, limitar o investimento delas empreiteiras no capital social da SPE facilitará a formação de consórcios entre elas e investidores especializados, de modo a impulsionar o desenvolvimento da indústria de PPP nacional.

TABELA 5.6: Prós e contras em exigir que os empreiteiros que também sejam investidores de equity

	O governo exige que as empreiteiras também sejam investidoras de capital	O governo não exige que as empreiteiras também sejam investidoras de capital
Prós	<ul style="list-style-type: none"> • Dá à empreiteira (por meio de seu investimento de capital) algum interesse no sucesso geral do projeto (“participação”); • Pode facilitar o desenvolvimento da indústria de PPP ao encorajar empreiteiras locais a desenvolver a capacidade de investimento em PPP. 	<ul style="list-style-type: none"> • Permite que empreiteiras que não têm apetite ou capacidade para investimento de capital se reúnam em consórcio; • Evita que uma das partes assuma as funções às vezes conflitantes de contratado subordinado e investidor em ações; • Permite que os desenvolvedores de PPP formem consórcios com empreiteiras quando aqueles não têm disposição de co-investir com essas.
Contras	<ul style="list-style-type: none"> • Pode desencorajar as empreiteiras de reunir/formar consórcio se elas não tiverem apetite ou capacidade para investimento de capital; • Pode criar papéis conflitantes para as empreiteiras, com consequentes comportamentos indesejáveis. Por exemplo, a empreiteira de construção que é obrigada a contribuir com capital pode considerá-lo como o preço de “compra” do contrato de construção e ela pode não desempenhar o papel de 	<ul style="list-style-type: none"> • O empreiteiro só estará interessado em seu papel como tal e não terá interesse no sucesso geral do projeto (sem “participação”). • Pode emperrar o desenvolvimento da indústria de PPP ao desencorajar empreiteiras locais de adquirir capacidade de investimento em PPP.

⁷⁰ Vide capítulo 1.6 a propósito da estrutura básica típica do contrato de PPP e considerações sobre os contratos subordinados.

	<p>supervisão da SPE esperado de um investidor de capital;</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pode desencorajar os desenvolvedores de PPP de apresentar proposta quando eles não têm sua própria capacidade de contratação ou disposição para co-investir com empreiteiras. 	
--	--	--

Se for decidido incluir tal requisito, o nível de envolvimento de capital solicitado da empreiteira deve ser avaliado com prudência (por exemplo, a participação de capital entre 15% a 30% é comumente vista em muitos projetos).

Indicadores de capacidade técnica e experiência

Os campos dos indicadores de capacidade técnica e de experiência são bastante diversos a depender do setor e tipo de projeto ou da tecnologia demandada para um projeto em específico. Uma subclassificação comum ou lista de subcritérios geralmente inclui o seguinte:

- Valor total da receita relacionada ao negócio específico (construção, O&M ou titularidade/gestão de contratos de PPP);
- CAPEX geral de construção e/ou número de projetos desenvolvidos;
- Montante total da dívida captada no portfólio de PPP do consórcio;
- Número de projetos relevantes ou semelhantes dentro do portfólio de PPP (projetos qualificados). É prática comum considerar apenas projetos de determinada dimensão mínima ou que atendam a algum outro limite mínimo. Depende do setor (por exemplo, pode incluir metros cúbicos de água, demanda/volume ou população atendida, número de quilômetros ou número de leitos em um hospital e assim por diante); e
- Além do número de projetos qualificados, o número agregado (contando todos os projetos) de usuários ou população atendida nos contratos de PPP dentro do portfólio de experiência (transporte, água, educação, saúde ou número de leitos (hospitais) e assim por diante).

Algumas considerações sobre as boas práticas ao implementar as disposições para regulamentar as qualificações são as seguintes:

- Correlacionar os critérios ao perfil do parceiro que a Autoridade Contratante procura;
- Fornecer tempo suficiente para apresentação das qualificações (em qualquer processo de duas etapas). Embora preparar a CdQ não seja tão exigente quanto elaborar a proposta, encontrar parceiros e acordar os termos de um consórcio leva um tempo significativo;
- Evitar requisitos personalizados que apenas poucas empresas (e consórcios) possam atender. Isso é especificamente relevante ao lidar com questões de tecnologia. Quando a Autoridade Contratante tem um objetivo claro de usar uma tecnologia específica e o número de consórcios provavelmente será limitado porque apenas um pequeno número de empresas pode fornecê-la (por exemplo, experiência na construção e fornecimento de material rodante com certas características específicas não amplamente testadas ou usadas), a Autoridade Contratante deve considerar opções como as seguintes para fazer uso eficaz da concorrência:
 - executar um procedimento restrito;

- permitir e, até mesmo, incentivar a empresa de tecnologia a participar (como contratada subordinada) em vários consórcios; e
 - conduzir separadamente o processo para selecionar o fornecedor especializado.
- Avaliar cuidadosamente o quão realistas e alcançáveis são os valores-limite ou níveis de experiência é necessário. Usar precedentes semelhantes e bem-sucedidos é útil, mas também requer aconselhamento especializado, e pode ser necessário investigar os limites apropriados por meio de sondagem de mercado antes do processo de qualificação;
- Descrever as características a serem cumpridas para que um projeto se qualifique como evidência de experiência (ou seja, para ser contabilizado na avaliação);
- Evitar a duplicação de critérios para evitar a dupla contagem de certos tipos de experiência (o que pode resultar em uma contagem em excesso). No entanto, é preciso ter cuidado ao decidir o que é ou não duplicidade. Por exemplo, os volumes agregados (número total de passageiros transportados em PPPs de transporte) em relação ao número de projetos qualificados (incluindo uma condição de mais de “x” passageiros para cada experiência de projeto específica apresentada) não é, necessariamente, redundância porque os dois critérios demonstram formas diferentes de experiência: experiência no gerenciamento de um número específico de projetos semelhantes e experiência agregada em transporte;
- É habitual fornecer, aos licitantes, modelos para descrição de sua experiência, incluindo campos específicos a serem preenchidos com as características que atestem a validade da experiência para efeito da qualificação. Os modelos também são usados para as características que serão usadas na avaliação para formação da lista curta. Por exemplo, os modelos podem ter campos específicos para o valor do CAPEX de cada projeto (acima de um dado limite mínimo para que um projeto possa ser considerado experiência válida), o número de passageiros por ano atendidos com a experiência de infraestrutura referenciada e assim em diante;
- A CDQ deve ser clara sobre o quão recente uma experiência/projeto deve ser para ser computado no processo de qualificação (isso é estabelecido na estrutura legal em algumas jurisdições) e em que medida os projetos em construção serão considerados (por exemplo, apenas quando a construção está mais de 50% concluída);
- As provas que serão solicitadas para confirmar a existência da experiência alegada deverão ser validadas ou ser passíveis de validação. Isso pode ser feito de várias maneiras, como exigir certificados do governo/cliente para projetos anteriores ou simplesmente exigir detalhes de contato de uma pessoa chave do governo/cliente relevante para que a exatidão das informações possa ser verificada;
- Limites de nível de significância. Muitas vezes, é apropriado computar apenas a experiência se o membro relevante do consórcio se comprometer com uma certa porcentagem mínima do *equity* do projeto. Por exemplo, a experiência só contará se o membro do consórcio investiu mais do que uma porcentagem específica do *equity* nesse projeto. Isso significa que o envolvimento do consorciado naquele projeto proporcionou-lhe uma experiência substancial e relevante para o projeto atualmente em processo de licitação;
- Quando for decidido requerer participação acionária das empreiteiras como pré-requisito para avaliação de sua capacidade, deve-se ter cuidado com o patamar mínimo de *equity* que é solicitado de forma a deixar espaço suficiente para as empreiteiras se equiparem com desenvolvedores de PPP experientes;
- Os critérios devem ser os mais objetivos possível para minimizar a necessidade de julgamento e avaliação qualitativa. No entanto, isso pode ser necessário em projetos muito complexos para avaliar quão válida ou valiosa é determinada experiência em relação à necessária para o projeto a

ser licitado. O mesmo se aplica a projetos em que os licitantes serão pré-selecionados e um julgamento qualitativo é necessário para classificá-los para fins de pré-seleção. Essa margem para julgamento qualitativo deve ser limitada ao mínimo e evitada, se possível; e

- Alguns processos incluem um critério puramente qualitativo na forma de um requisito que os licitantes descrevem como eles veem o processo e o projeto (por exemplo, o que eles consideram ser os principais riscos) e como eles abordariam certos desafios. Nesses casos, também é boa prática descrever, claramente, quando a resposta a esse critério será considerada como não válida (o que deve ocorrer apenas quando houver sinal muito claro de falta de interesse e completa ausência de informações relevantes).

Cabe ressaltar que mais competição não é necessariamente uma melhor competição. Se houver muitos licitantes em um processo de licitação em duas etapas, a chance individual de sucesso de cada um é menor e, portanto, eles estarão menos dispostos a despendere recursos na elaboração de proposta para o projeto. Também significa que, quando, eventualmente, obtiverem êxito na adjudicação de um projeto, os licitantes terão que recuperar seus custos incorridos em uma quantidade maior de licitações malsucedidas. Por essas razões, ter muitos licitantes pré-qualificados pode comprometer os resultados. Portanto, em processos de duas etapas, na medida do permitido pelo arcabouço jurídico aplicável, os critérios de qualificação devem ser estruturados de forma a selecionar um número ideal de licitantes pré-qualificados em vez de um grande número.

7.4. Procedimento Restrito - Lista curta - além da aprovação/reprovação

Em alguns projetos, o processo de pré-qualificação é seguido pela seleção de uma lista curta de licitantes pré-qualificados. Os licitantes pré-qualificados são classificados com base na pontuação de sua qualificação de modo que uma quantidade limitada de licitantes com classificação mais alta é pré-selecionada para avançar para o estágio da CDP. Limitar o número de licitantes pré-qualificados geralmente é necessário em processos de duas etapas que incluem uma fase de diálogo ou interação. O número mais comum de candidatos pode variar de três a cinco.⁷¹

Obviamente, nenhuma avaliação será necessária quando candidatos que passarem nos critérios de aprovação/reprovação equivalerem ao número mínimo de candidatos procurados. No entanto, os critérios de avaliação deverão ser claramente definidos e explicados na CDQ, incluindo a ponderação de cada critério na pontuação geral e como cada critério será pontuado. Incluir uma avaliação qualitativa nos critérios é incomum, mas alguns subcritérios podem ter algum nível de julgamento (por exemplo, quão significativa uma experiência particular é em termos de similaridade com o projeto em processo de licitação).

A lista curta requer seleção. Ir além da aprovação/reprovação implica que uma ponderação entre os critérios e subcritérios é necessária e sistemas de pontuação terão que ser colocados em prática. Embora deva ser observado que, se em um sistema de pontuação alta/baixa apenas a pontuação mínima agregar valor, o sistema de aprovação/reprovação pode ser reintroduzido. Deve-se ter cuidado ao traçar o perfil do parceiro privado mais adequado para o projeto antes de decidir a ponderação, pois isso definirá qual das empresas ou consórcios selecionados se enquadrará na lista restrita.

⁷¹ Há, contudo, casos em que o objetivo é reduzir a lista a dois licitantes. O Estado de Victoria, na Austrália, adota essa posição extrema de exigir que a Autoridade Contratante admita apenas dois licitantes à lista curta nos casos em que isso for apropriado para o contexto do projeto.

A CDQ também deve descrever se mudanças serão permitidas no consórcio após sua seleção. A substituição ou remoção de membros do consórcio geralmente não deve ser permitida, exceto em circunstâncias excepcionais (por exemplo, se um membro abandonar a participação em razão de sua falência). No entanto, alguns países/jurisdições permitem que novos membros ingressem no consórcio se o novo membro não tiver envolvimento anterior em nenhum consórcio pré-selecionado e os membros do consórcio existentes mantiverem suas funções.

Permitir flexibilidade nas mudanças para consórcios, desde que os membros líderes não mudem, pode ser benéfico em projetos nos quais a combinação completa de habilidades e capacidades necessárias pode não ser óbvia até que os licitantes conheçam a CDP detalhada. Nessas circunstâncias, o consórcio pode querer trazer empresas específicas quando analisarem a CDP ou outros membros do consórcio podem não querer continuar quando tomarem conhecimento dela CDP.

Todos os pontos descritos como boas práticas na qualificação sob o título anterior são igualmente aplicáveis à lista curta. Veja Quadro 5.21.

QUADRO 5.21: Pontos principais sobre qualificação e lista curta

- A CDQ estabelece as regras para licitantes (ou candidatos ao oferecimento de proposta em processos de duas fases) serem qualificados. A qualificação é a forma de garantir um nível suficiente de capacidade dos possíveis licitantes, de modo a diminuir os riscos de falha do projeto. O objetivo é evitar falhas devido a deficiências de capacidade em decorrência de insuficiência de solidez financeira ou inexperiência em qualquer função contratada (investimento, captação de recursos, construção, O&M, planejamento e gestão integrados do ciclo de vida do ativo e assim por diante);
- Ao definir os requisitos de qualificação, a autoridade moldará o perfil do futuro parceiro privado;
- Os regulamentos de qualificação devem permitir que seja contabilizada a experiência de qualquer membro de um potencial consórcio, desde que se comprometa com determinado patamar de *equity* e/ou determinada participação na obra específica, por exemplo, construção;
- Os regulamentos de qualificação devem permitir a formação de consórcios, especialmente para encorajar empresas menos experientes a se associarem a parceiros experientes em países EMDE;
- A qualificação pode ser baseada apenas em aprovação/reprovação ou pode implicar a pré-seleção (qualificação convencional) de uma lista curta de licitantes (procedimento restrito);
- A CDQ pode ser incorporada à CDP (licitações abertas de única etapa) ou ser um estágio separado e anterior (pré-qualificação), potencialmente incluindo a seleção de uma lista curta. A lista curta é sempre utilizada em processos de licitação em que será utilizado o diálogo ou interação estruturada, bem como na maioria dos processos negociados;
- Cada tipo de processo de qualificação (incluindo lista curta com pré-qualificação) tem prós e contras e sua adequação depende da maturidade do mercado. Também é importante lembrar que mais competição não é necessariamente uma competição melhor e que a licitação aberta de única etapa (sem fase de pré-qualificação) pode desencorajar licitantes relevantes;
- Os critérios de qualificação incluem *status* jurídico (sempre passa/falha) e capacidade ou experiência técnica e financeira; e
- Clareza, objetividade e transparência são condições essenciais para que a qualificação e a lista curta sejam exercícios sólidos e valiosos. Algum grau de padronização de conteúdo e formas (por meio de diretrizes de PPP) é altamente recomendável - sempre reconhecendo que os limites para aprovação/reprovação e os critérios de avaliação para selecionar a lista curta devem ser feitos sob medida para o projeto específico.

8. Estruturação e Elaboração da Chamada de Propostas. Definindo Requisitos de Proposta e Critérios de Avaliação

A CDP rege os requisitos das propostas (como e quais documentos devem ser apresentados será detalhado na seção 8.1 abaixo), sua avaliação (regras e métodos para avaliar e selecionar - seção 8.2) e outras questões relevantes, como a proteção do governo (por exemplo, o direito de cancelar ou negociar). A CDP estabelece, detalhadamente, o processo de licitação, o processo de formulação de esclarecimentos, a realização de reuniões individuais durante as interações (em processos de diálogo e interativos), o prazo para apresentação das propostas, seu prazo de validade, pré-requisitos e condições para assinatura do contrato (e para o fechamento financeiro em projetos em que esse ocorre logo após o fechamento comercial) e assim por diante. Muito do conteúdo da CDP é entregue na forma de anexos ao seu corpo. O principal anexo é o contrato. Veja os Quadros 5.22 e 5.23, abaixo, para exemplos da estrutura do conteúdo de uma CDP.

Conforme explicado na introdução e desenvolvido extensivamente no apêndice 4A, quando uma pré-qualificação ou uma lista curta é adotado, a CDP é um documento separado emitido para os licitantes pré-qualificados. Em um processo de duas etapas com diálogo, a CDP pode ser elaborada de forma diferente (por exemplo, como um documento descritivo) e os critérios de seleção definitivos para selecionar o licitante vencedor ou o licitante preferencial podem estar sujeitos a refinamento quando o diálogo for concluído e o convite para apresentar propostas for publicado. A seção 8.3 explica algumas particularidades do diálogo competitivo e outros processos interativos.

Transparência e objetividade são essenciais ao definir as regras de avaliação. O arcabouço jurídico, geralmente, estabelece regras gerais que definem os limites dos critérios e métodos de avaliação.

Os critérios de avaliação têm impacto significativo no apetite do mercado ou na disposição para apresentar proposta. Há um debate sobre a relevância e o papel dos critérios técnicos. Alguns profissionais e partes interessadas defendem a objetividade total (ou seja, apenas os critérios não sujeitos à avaliação qualitativa deveriam ser considerados, fundamentalmente o preço), enquanto outros defendem a inclusão de alguma pontuação e ponderação com base na qualidade. Isso será discutido na seção 8.1.

A transparência deve ser um fator essencial na estruturação e definição da metodologia de avaliação que incluir a avaliação qualitativa de fatores técnicos e de qualidade.

Algumas jurisdições implementam o processo de apresentação de propostas e avaliação/adjudicação considerando mais de uma oferta (ofertas progressivas) com o objetivo de alcançar uma oferta final baseada apenas no preço. A oferta final é baseada nos mesmos conceitos e especificações do projeto. Nesse contexto, pode-se argumentar que isso transforma a licitação em uma transação muito longa e custosa.

QUADRO 5.22: Um exemplo de estrutura e de conteúdo de CDP (Austrália) 72

Volume 1	Informações gerais e instruções aos licitantes;
Volume 2	Resumo da Estrutura Comercial;
Volume 3	Critérios de avaliação e cronograma de apresentação das propostas;
Volume 4	Resumo do projeto:

⁷² Infrastructure Australia (2011), *National PPP Guidelines Volume 2: Practitioners Guide*. http://www.infrastructureaustralia.gov.au/public_private/files/Vol_2_Practitioners_Guide_Mar_2011.pdf

	<ul style="list-style-type: none"> • Parte A: Resumo Funcional; • Parte B: Princípios e especificações arquitetônicas; • Parte C: Especificação Técnica; e • Parte D: Lista de Equipamentos.
Volume 5	<p>Minutas de documentos contratuais:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Minuta do Contrato do Projeto; • • Especificações de serviço; • • Cronogramas, incluindo o mecanismo de pagamento e ações diretas; e • • Anexos.
Volume 6	Outras informações.

QUADRO 5.23: Um exemplo de conteúdo de CDP (África do Sul)⁷³

1. Informações gerais aos licitantes:

- i) Explicação do projeto;
- ii) Arcabouço externo;
- iii) Arcabouço do projeto;
- iv) Ativos do projeto;
- v) Estrutura e cronogramas da licitação;
- vi) Instruções aos licitantes;
- vii) Requisitos relativos a terceiros;
- viii) Sala de dados (*data room*);
- ix) Dados da avaliação de impacto ambiental (EIA);
- x) Providências a cargo dos licitantes;
- xi) Sistema de gestão da qualidade; e
- xii) Definições importantes.

2. Requisitos mínimos essenciais;

3. Especificações do serviço:

- i) Especificações de resultado;
- ii) Resultados específicos não diretamente relacionados ao serviço geral;
- iii) Especificações de meios e processos; e
- iv) Especificações da condição dos ativos.

4. Especificações padronizadas;

5. Mecanismo de pagamento e regime de penalidades;

6. Requisitos jurídicos e minuta do contrato de PPP

⁷³ Fonte: *National Treasury PPP Manual*, South Africa (2004). <http://www.ppp.gov.za/Legal%20Aspects/PPP%20Manual/Module%2001.pdf>

8.1. Requisitos da Proposta

Prazo. Momento de apresentação.

Devido às complexidades da PPP, é essencial conceder, aos licitantes, tempo suficiente para a devida diligência e análise/avaliação do projeto e do contrato sob diferentes pontos de vista. Também é necessário tempo para a preparação de uma oferta sólida e de alta qualidade. Os arcabouços de boas práticas preveem um piso médio ou tempo mínimo a ser concedido, normalmente, de pelo menos 30 ou 60 dias.

Em termos práticos, geralmente são concedidos pelo menos 90 dias para processos de licitação, mas mesmo esse período pode ser claramente insuficiente para preparação de propostas sólidas no contexto de projetos complexos (nos quais o período pode ser de até 120 dias). Geralmente, é necessário um período ainda mais longo para o diálogo ou processos interativos.

Este item é discutido mais ostensivamente no capítulo 6.1.

Validade

É boa prática exigir que a proposta seja válida (ou seja, vinculante para o licitante) por um prazo específico (ou seja, limitando-se sua validade), de modo que os licitantes sejam protegidos de atrasos indevidos na avaliação e na adjudicação. Após esse período (por exemplo, 180 dias), a proposta não é mais vinculante para o licitante. Se a Autoridade Contratante ainda não houver adjudicado o contrato, mas estiver a dar continuidade ao processo licitatório, os licitantes serão solicitados a renovar as suas propostas ou optar por desistir do processo a seu critério, sem perder o Garantia da Proposta (ver abaixo).

Documentos da proposta

Os documentos são, normalmente, apresentados em envelopes diferentes: um para questões jurídicas/administrativas, um para a proposta técnica e um para a proposta financeira. Veja o Quadro 5.24.

Os documentos jurídicos/administrativos são semelhantes aos solicitados em uma etapa de qualificação (ou uma reconfirmação dos mesmos), mas alguns documentos ou evidências adicionais serão solicitados, incluindo os seguintes.

- Garantia da Proposta (veja abaixo);
- Apólices de seguro - é boa prática solicitar comprovação da disponibilidade das apólices/seguros, mas não é necessário fazer seguro até a assinatura do contrato; e
- Estatuto social da futura SPE (não é padrão nem boa prática solicitar a constituição da SPE até a adjudicação do contrato).

Além de questões jurídicas/administrativas, alguns processos (por exemplo, aqueles baseados em uma abordagem de avaliação em etapas - consulte o capítulo 6.9) diferenciam entre documentos de proposta relacionados a critérios puramente objetivos (apenas sujeitos a pontuação numérica) e documentos vinculados a critérios sujeitos a julgamento (normalmente a proposta técnica)⁷⁴.

⁷⁴ Em tais contextos, a menção de qualquer valor da proposta financeira nos demais documentos da proposta técnica poder ser causa de intempestividade e desqualificação da licitação.

Os documentos de proposta exigidos devem ser consistentes com os critérios de avaliação estabelecidos na CDP. As regras de elaboração e apresentação dos documentos devem ser claras para permitir avaliação adequada.

A falta de informação sensível ou inconsistências graves podem resultar na desqualificação da proposta.

É boa prática fornecer formulários específicos com a CDP para uma série de documentos e provas, como certas declarações (por exemplo, comprometimento de investimento de *equity*) ou garantias a serem constituídas.

QUADRO 5.24: Exemplo de documentos de proposta em uma PPP (Austrália)

Na Austrália, os documentos da proposta para uma PPP, geralmente, consistem nos seguintes itens separados:

- Resumo Executivo, fornecendo uma visão geral da proposta;
- Solução das Instalações, a detalhar o projeto proposto e como a infraestrutura será construída e mantida;
- Solução de Serviços, a detalhar como a infraestrutura será operada;
- Solução Comercial e Financeira, a detalhar a estrutura comercial e financeira do licitante, incluindo contratos subordinados e acordos de financiamento e modificações solicitadas do contrato proposto;
- Proposta de Preço. As informações de preços não devem aparecer em nenhum dos outros documentos da proposta.

Garantia de Proposta

Na CDP, costuma-se solicitar a apresentação de garantia juntamente com a proposta, de forma a resguardar o poder público contra o risco de o licitante vencedor não assinar o contrato. Essa garantia é comumente conhecida como Garantia de Proposta, mesmo quando o instrumento da garantia não seja necessariamente uma caução. A Garantia de Proposta visa proporcionar um grau de comprometimento com a apresentação da proposta, ou seja, caso o licitante obtenha o contrato e decida não proceder com sua assinatura, a caução será executada/acionada. A Garantia de Proposta pode assumir diferentes formas em diferentes jurisdições. As mais comuns são as garantias bancárias (às vezes, na forma de uma carta de fiança bancária ou de carta de crédito) ou seguro garantia tais como títulos de apólices de seguro, os quais devem ser incondicionais, irrevogáveis e executáveis sob demanda ou "primeira chamada". A CDP deve deixar claro quais instrumentos ou formas de garantia serão aceitáveis. É boa prática fornecer uma amostra/modelo para que uma garantia seja considerada válida.

O valor mais típico do Garantia da Proposta é 1% do "valor do projeto", que normalmente é determinado a partir da estimativa oficial de CAPEX fornecida pela autoridade.

Problemas com o modelo financeiro, pacote financeiro e apresentação das propostas

Uma questão controversa (em EMDEs, em particular) em relação aos requisitos da proposta é se um modelo e um plano financeiros devem ou não ser apresentados pelo licitante. Este Guia de Certificação em PPP defende, claramente, que o modelo e o plano financeiros devem ser uma exigência da licitação. A sustentabilidade financeira da SPE é algo com que o governo deve se preocupar e o modelo financeiro é uma ferramenta necessária para a governança de contratos para regular ou disciplinar vários cálculos que

serão necessários durante a vigência do contrato (alterações de contrato, negociações de indenização e disputas relativas a eventos de risco).

O guia do *European PPP Expertise Centre (EPEC)* sobre gestão de contratos fornece mais informações sobre o modelo financeiro como ferramenta de gestão de contratos. O Capítulo 8 também discutirá o uso do modelo financeiro durante a vigência do contrato.

É boa prática incluir um modelo e/ou “instruções para preparar o modelo financeiro” como um apêndice/anexo da CDP de forma a padronizar os modelos financeiros a serem apresentados pelos licitantes. Isso deve incluir a definição (para efeito de apresentação da proposta financeira) de certas premissas (especialmente as de natureza macroeconômica, como a inflação) e outros índices e cálculos.

Além disso, todos os projetos devem solicitar informações sobre o pacote financeiro que estruturado pelo licitante. Em alguns processos, o financiamento ainda não precisa ser totalmente arrematado e quaisquer ofertas de empréstimos não são totalmente vinculativas, enquanto em outros processos, a CDP exige que os licitantes apresentem um pacote financeiro definitivo e totalmente estruturado. Em ambos os casos, as informações necessárias incluem a estrutura financeira e os valores da dívida (incluindo os instrumentos e *tranches* potencialmente distintos), os termos financeiros acordados ou em negociação, cartas dos mutuantes (*lenders*) a expressar seu compromisso com o projeto e os termos oferecidos ou acordados e assim por diante.

8.2. Critérios de avaliação e regulamentos do processo de avaliação

Critério de avaliação

Em termos gerais, existem dois tipos principais de processos em termos de critérios de avaliação:

- Processos baseados apenas no preço (também conhecido como seleção de menor custo), em que os fatores técnicos são avaliados em uma base de aprovação/reprovação. Isso, às vezes, é chamado de leilão; no entanto, é mais apropriado usar o termo “leilão” apenas para PPPs de monetização de ativos, ou seja, PPPs de infraestruturas que já são geradoras de receita ou projetos *greenfield* ou *yellowfield* com cobrança do usuário que são suscetíveis de gerar excesso de receita sobre os custos. Nessa circunstância, os critérios de preço se baseiam em quem oferece o preço mais vantajoso à Autoridade Contratante; e
- Processos baseados no preço em combinação com fatores qualitativos, basicamente, relacionados com a qualidade da proposta técnica (abordagem da construção e do desenho do projeto e abordagem da O&M). Esse tipo de seleção pode ser designado como Seleção Baseada em Qualidade e Custo (SBQC) (*Quality and Cost Based Selection* (QCBS) na sigla em inglês original) ou, mais frequentemente, como Proposta Economicamente Mais Vantajosa (PEMV) (*Most Economically Advantageous Tender* (MEAT) no original).

A avaliação apenas do preço, às vezes, é realizada avaliando-se a quantidade/produto oferecido por um determinado preço do orçamento total alocado pelo contrato, por exemplo, o número de casas atendido por um projeto de distribuição de água ou o número de quilômetros de estradas oferecido por um determinado preço. Essa abordagem quantitativa não é aconselhável para a maioria das PPPs, pois a solução do projeto definida pelo governo deve refletir a necessidade total avaliada na seleção do projeto e/ou o escopo deve ser claramente definido como a solução necessária (com o escopo adaptado, se necessário, para restrições de capacidade de pagamento (*affordability*))

Em todos os casos, a objetividade e a transparência devem ser um fator essencial na estruturação e definição da metodologia de avaliação, mesmo para os critérios de aprovação/reprovação, uma vez que esses são a base sobre a qual o vencedor será selecionado e convocado para a assinatura do contrato.

Os critérios geralmente refletem os requisitos estabelecidos pelo arcabouço de licitações (por exemplo, inclusão (ou não) de critérios qualitativos, pesos máximos ou mínimos para preço *versus* critérios qualitativos e assim por diante). No entanto, muitos subcritérios (especialmente aqueles de natureza qualitativa) precisarão ser adaptados ou definidos *ad hoc* para o projeto específico.

Avaliação apenas de preço (objetiva ou numérica)

Quando uma seleção é baseada apenas no preço (por exemplo, o menor valor de pagamento por disponibilidade exigido pelo licitante, o menor valor para contribuição de capital em uma PPP com cobrança do usuário que não seja comercialmente viável ou a maior outorga oferecida pelo licitante), o critério técnico será aprovado/reprovado. Isso significa que apenas as propostas que atenderem à exigência mínima dos critérios técnicos serão avaliadas em termos de preço, mas entre as propostas técnicas, o preço será o único fator considerado.

Uma avaliação apenas de preço é perigosa para a autoridade, pois pode criar uma situação de leilão com lances excessivamente agressivos que podem comprometer a qualidade ou a confiabilidade. Ao adotar a abordagem de preço em projetos *greenfield*, a Autoridade Contratante deve ter certeza sobre o que é desejado. A avaliação apenas de preço é, normalmente, adequada para projetos ou infraestrutura mais simples, sem complexidades ou desafios técnicos específicos.

Uma forma de limitar os perigos potenciais dos critérios “apenas de preço” é não apenas definir um critério geral de aprovação/reprovação, mas, também, incluir pontuação qualitativa elevada e específica para os principais subcritérios de qualidade/técnicos. Por exemplo, uma pontuação média ponderada de 6 em 10 pode ser exigida para aprovação técnica, mas uma pontuação de 7, 8 ou mais pode ser exigida para elementos-chave da proposta técnica.

No entanto, deve-se notar que, às vezes, a proposta pode incluir mais de um fator além do preço básico do contrato, ou seja, o pagamento solicitado pelo licitante (ou a outorga a ser paga pelo licitante em uma PPPs superviável com cobrança do usuário). A CDP pode solicitar que os licitantes também apresentem e ofertem outros aspectos quantitativos (por exemplo, o percentual de certas receitas a ser compartilhado com o governo acima de uma linha de base de receita e assim por diante).

Em alguns casos, os fatores quantitativos adicionais podem estar relacionados a algo diferente do preço em termos estritos. Eles também podem ser referidos como “critérios numéricos” ou “critérios avaliados por fórmulas numéricas”, mas, geralmente, referindo-se a custo ou eficiência mensuráveis em vez de qualidade. Por exemplo, os licitantes podem ser solicitados a propor o prazo de construção necessário. No entanto, uma avaliação com base na capacidade dos licitantes de abreviar o prazo de construção necessário para o projeto é indesejável, conforme discutido anteriormente. Esse é especialmente o caso se o regime de receita ou o mecanismo de pagamento já cria um incentivo para acelerar a construção - e isso, por si só, pode resultar em um preço mais competitivo.

Em cada um desses casos, com avaliação técnica do tipo “aprovação/reprovação” e vários fatores quantitativos, cada critério numérico deve ter sua ponderação específica claramente definida na CDP, bem como sua fórmula de pontuação. As redundâncias potenciais em alguns desses fatores de avaliação devem ser cuidadosamente consideradas (por exemplo, pontuar com base no pagamento mais baixo por

disponibilidade e pontuar, também, com base em prazos de construção mais curtos é redundante em alguns projetos, já que o fator de avaliação anterior também incentiva, naturalmente, o licitante a considerar um prazo de construção mais curto).

Nas PPPs com pagamento governamental, existem várias formas por meio das quais a Autoridade Contratante pode determinar que os licitantes apresentem o preço. As alternativas mais comuns são cotar um preço unitário (por exemplo, o pedágio-sombra a ser aplicado no primeiro ano, o montante do pagamento por disponibilidade a ser desembolsado durante o primeiro ano ou o pedágio máximo em um projeto rodoviário) ou exigir que os licitantes apresentem (ou possibilitem que a autoridade calcule) um VPL das receitas ou pagamentos.

Geralmente, para projetos com pagamento governamental em que todos os licitantes devem basear suas propostas no mesmo perfil de pagamento e indexação ao longo do prazo do contrato, pode ser mais apropriado apresentar um único preço para o pagamento governamental solicitado pelo licitante em vez de depender de Cálculos de VPL. Se os licitantes puderem propor diferentes perfis de pagamento ou diferentes fatores de indexação, cálculos de VPL serão necessários para fins de comparação. O caso particular das PPPs com pagamento governamental em que o governo aporta contribuição de capital já foi discutido na seção 4.2.

Uma exceção em algumas abordagens mais sofisticadas (por exemplo, a abordagem chilena para avaliar PPPs de rodovias pedagiadas PPP) é ofertar a proposta e avaliá-la com base no VPL das receitas. Este não é apenas um mecanismo de avaliação de preços, mas, também, um mecanismo de compartilhamento de riscos, uma vez que o prazo da concessão será variável para atender ao VPL proposto.⁷⁵

Preço e qualidade

A outra abordagem usada com mais frequência para avaliação (provavelmente mais comum do que apenas o preço) é avaliar com base no preço e na qualidade. Às vezes, essa abordagem é referida como “critérios sujeitos a avaliação qualitativa”, enquanto a abordagem apenas de preço é referida como “critérios não sujeitos a avaliação qualitativa” ou pontuada de acordo com fórmulas numéricas. A avaliação baseada em preços e qualidade é a abordagem mais típica na UE, onde o arcabouço de licitação permite alguma flexibilidade em relação aos critérios do conceito de “proposta economicamente mais vantajosa”.⁷⁶

Quando os critérios técnicos e econômicos coexistem, a ponderação apropriada de cada categoria (técnica/qualidade *versus* econômica) deve depender do tipo de projeto. Por exemplo, para projetos considerados muito inovadores, a abordagem proposta, os meios e os métodos envolvidos serão muito mais importantes do que em um projeto mais convencional.

As abordagens de avaliação com um peso significativo no preço ou outros fatores objetivos/numéricos são mais comuns. Em vários países/jurisdições, é comum que os critérios econômicos/objetivos ou numericamente

⁷⁵ Vide E. Engel and others (2002). *A New Approach to Private Roads*. Esse artigo descreve o critério de “Menor Valor Presente Líquido da Receita” proposto para adjudicar PPPs com cobrança do usuário (ou “concessão”) de Rodovias com pedágio no Chile.

⁷⁶ Porquanto o critério de avaliação deva ser determinado de antemão, no diálogo competitivo isso não é feito até que o diálogo se encerre e a autoridade convoque os licitantes para a apresentação de propostas (ou oferta final, às vezes). Em tais casos, a regulação sobre diálogo da UE dispensa o “documento descritivo” (a base para o início do diálogo) da definição dos critérios ou da necessidade de explicá-los em detalhe, mas eles devem ser listados em ordem decrescente de importância.

avaliáveis tenham uma ponderação de, pelo menos, 50% (por exemplo, normalmente, na Espanha e alguns países latino-americanos) para fornecer uma ponderação significativa para critérios puramente objetivos.

Em alguns países, quando o preço ou outros critérios quantitativos representam menos de 50%, é comum constituir um comitê ou painel de especialistas com freios e contrapesos robustos no processo de avaliação (por exemplo, na Austrália e na Nova Zelândia). Os critérios devem ser objetivos o máximo possível e claramente definidos ou explicados. Transparência e clareza são essenciais e são requisitos jurídicos básicos em jurisdições como a UE.

Em termos gerais, além de informar a proporção da ponderação entre “preço” e “técnica/qualidade”, cada critério (dentro desses dois grupos) deve ter uma ponderação específica que reflita a importância relativa dos diferentes objetivos e com o esclarecimento das prioridades do governo aos licitantes. No entanto, alguns projetos podem apresentar uma segunda camada de critérios (subcritérios) e, em alguns casos, não há ponderações para esta segunda camada. Quando a ponderação não é apresentada, é comum fornecer, pelo menos, uma “lista de fatores” que será considerada ao avaliar e pontuar os respectivos critérios ou subcritérios. A Figura 5.11 representa uma abordagem para definir uma longa lista de critérios com os pesos específicos. Eles são apresentados agrupados em “critérios principais” (embora alguns possam descrevê-los como uma lista de critérios e subcritérios). Não existe uma abordagem universal para a organização dos critérios e das informações sobre ponderações e fatores a serem considerados. Por exemplo, alguns projetos apresentam diretamente uma longa lista de critérios (ver exemplo QUADRO 5.26), enquanto outros criam categorias (ver exemplo em QUADRO 5.27)

Existem alguns casos/países em que o processo depende, significativamente, de critérios qualitativos, sendo, a Austrália, um dos principais casos. Lá, a CDP, normalmente, fornece os critérios de avaliação, mas não fornece informações significativas sobre a metodologia de pontuação ou os procedimentos de avaliação. A dependência significativa da avaliação qualitativa pode ser possível quando há confiança efetiva na igualdade e na justiça do processo de avaliação, o que só será possível em países/mercados com alto reconhecimento na comunidade de investidores.

FIGURA 5.11: Categorias, critérios e subcritérios

Weightings

PREÇO (50%)		• e.g. valor do pagamento	50
TÉCNICA (50%)	20.0%	CONSTRUÇÃO	<ul style="list-style-type: none"> • Qualidade e confiabilidade do projeto de engenharia 9,0 • Confiabilidade do prazo/calendário da fase de obras 5,5 • Qualidade dos métodos de conferência propostos (QC/QA) 5,5 • Etc.
	11.5%	OPERAÇÕES	<ul style="list-style-type: none"> • Qualidade e confiabilidade de procedimentos operacionais e manuais ... • Vinculação à metodologia ... • Planejamento ou Sistemas de Mensuração de Qualidade de Serviço ou de O&M (SMQ) ... • Etc.
	11.5%	MANUTENÇÃO	<ul style="list-style-type: none"> • ... • ... • ...
	7.0%	AMBIENTAL, SAÚDE E SEGURANÇA, VULNERABILIDADE E MINORITAS, OUTROS	<ul style="list-style-type: none"> • ... • ... • ...
			Σ 100

PRINCIPAIS CATEGORIAS POTENCIAIS ARGUMENTOS DE CRITÉRIOS (OU PRINCIPAIS CRITÉRIOS) CRITÉRIO ► SUBCRITÉRIO (POSSIVELMENTE) ► FATORES DE AVALIAÇÃO

Nota: QA = garantia de qualidade; QC = Controle de Qualidade; QMS = Sistema de Gestão da Qualidade.

Capacidade de resposta e pontuação mínima/qualidade mínima

A CDP deve indicar, claramente, como as propostas poderão ser rejeitadas ou desqualificadas quando não respeitarem os requisitos prescritos e claramente definidos nos documentos da CDP, ou seja, as propostas consideradas inadequadas nas questões técnicas/de qualidade. Além disso, também é costume estabelecer pontuação mínima para atingir um patamar mínimo de qualidade, ou seja, uma pontuação acima do que representaria a mera aprovação. Por exemplo, exigir uma pontuação média nos critérios técnicos gerais de 7 em 10 e/ou pontuações mínimas específicas solicitadas para alguns subcritérios específicos.

Outros critérios técnicos ou qualitativos e questões de subcritérios

É essencial desenvolver uma lista clara de critérios técnicos e/ou de qualidade.

É boa prática atribuir, a cada um dos critérios, uma ponderação específica na pontuação geral ou o número máximo de pontos que será atribuído a partir da pontuação total considerada para o critério técnico. Para alguns projetos, alguma ponderação para a segunda camada de critérios, ou “subcritérios”, pode ser estabelecida.

É costume e boa prática que, para cada critério, a CDP descreva uma definição ou explicação para fins de transparência - e até mesmo uma descrição dos principais fatores que serão considerados na avaliação dos respectivos subcritérios. No entanto, dividir a pontuação/ponderação em muitos fatores pode ser perigoso, uma vez que pode introduzir rigidez excessiva e colocar muita ênfase em subcomponentes individuais.

Os critérios qualitativos e / ou técnicos típicos incluem:⁷⁷

- Questões de construção, que podem incluir critérios como qualidade e confiabilidade da concepção do projeto proposto (geralmente, em formato de projeto preliminar), a confiabilidade do prazo de construção estimado, os métodos de garantia de qualidade propostos para supervisão da construção e assim por diante;
- Questões operacionais, que podem incluir critérios como qualidade e confiabilidade dos procedimentos e manuais operacionais, comprometimento de meios, sistemas ou planos de gestão de qualidade dos serviços da O&M e assim por diante;
- Questões de manutenção, incluindo critérios como qualidade e confiabilidade dos planos e programas de manutenção, programas de renovação/manutenções intensivas, plano específico de Reversão e assim por diante;
- Critérios de avaliação de conformidade e sustentabilidade ambientais (por exemplo, fatores paisagísticos);
- Critérios de avaliação dos planos de saúde e segurança; e
- Outros critérios qualitativos, como critérios relacionados a benefícios para minorias ou populações desfavorecidas (geralmente definido como um limite mínimo ou condição como, por exemplo, o número de membros da comunidade minoritária a ser empregado pelo projeto ou consórcio), confiabilidade do financiamento e assim por diante.

A lista de critérios e subcritérios não deve ser tão grande a ponto de criar complexidade indevida na avaliação e dificultar a concentração dos licitantes nos objetivos fundamentais do governo (ver exemplos nos Quadros 5.25 e 5.26).

O pacote financeiro, às vezes, é sujeito a avaliação em termos de confiabilidade, como o nível de compromisso demonstrado pelo investidor de *equity*, o nível de confiança na disponibilidade de dívida e o grau de robustez da estrutura de financiamento. Em processos com avaliação em etapas, pode ser difícil gerir a avaliação do pacote financeiro sem informação sobre a confiabilidade e robustez da estrutura financeira, que permitiria, ao avaliador das propostas, saber ou inferir, antecipadamente, o preço oferecido. Instruções estritas devem ser fornecidas aos licitantes, enfatizando que a documentação do pacote financeiro não deve divulgar o preço ofertado.

Outra questão polêmica é o papel potencial da experiência como fator de avaliação. Em várias jurisdições, incluir a experiência como fator de avaliação é proibido por lei porque usar a experiência como critério de seleção cria o risco de perpetuar o *status quo* em que os licitantes mais experientes, frequentemente, vencem os projetos. Caso a experiência já tenha sido utilizada para qualificar os licitantes (ou, mesmo, para a lista curta), não deve ser necessário utilizar a experiência também como critério de avaliação das propostas da licitação.

Como as PPPs se concentram no desempenho e as especificações de PPP são principalmente baseadas em resultados em vez de meios e processos, os requisitos técnicos da CDP não devem ser prescritivos. Devem fornecer, apenas, um projeto de referência na forma de anteprojeto ou um "projeto funcional", ao passo que os requisitos de serviço devem ser focados nos resultados/qualidade do serviço por meio de Indicadores-

⁷⁷ O *EPEC's Guide to Guidance* (fl. 23) apresenta discussão adicional sobre critérios de avaliação. O *World Bank toolkit for PPPs in the water and sanitation sector* apresenta exemplos de critérios de avaliação no setor PPPs com cobrança do usuário para saneamento básico (<http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sector/water-sanitation/toolkits>)

Chave de Desempenho (ICP) (*Key Performance Indicators – KPIs*, da sigla em inglês), ao invés das quantidades, de meios e processos ou atividades.

Consequentemente, a avaliação da proposta técnica não deve se basear em insumos comprometidos (por exemplo, a quantidade de trabalhadores ou profissionais para desenvolver determinadas funções), mas deve verificar se os meios e processos propostos pelo licitante atendem aos requisitos mínimos estabelecidos na CDP. Deve-se, também, avaliar (por meio de julgamento razoável) até que ponto os meios e processos propostos pelo licitante resultarão na qualidade e confiabilidade do resultado.

QUADRO 5.25: Exemplo de critérios em um projeto de rodovia

Este é um exemplo baseado em um projeto de estrada com pequenas adaptações.

A. Qualidade, robustez, aceitabilidade e clareza dos projetos

Descrição dos projetos necessários, incluindo, pelo menos, o seguinte:

- a. obras rodoviárias;
- b. túneis,
- c. questões geológicas e geotécnicas;
- d. instalações eletromecânicas;
- e. trabalhos técnicos;
- f. construções temporárias; e
- g. questões de saúde e segurança.

B. Qualidade, robustez e clareza da descrição dos métodos de construção

Descrição dos métodos de construção para cada unidade geográfica, e em particular:

- a. obras rodoviárias;
- b. túneis, pontes e paredes com mais de 5 metros;
- c. descrição dos arranjos e detalhes de tráfego necessários; e
- d. outras atividades.

C. Coerência e qualidade do projeto - cronograma do período de construção

Projeto detalhado - cronograma do prazo de construção e a respectiva projeção de fluxo de caixa, incluindo a programação de:

- a. Mão-de-obra;
- b. Materiais; e
- c. Equipamento Mecânico.

D. Clareza e robustez dos sistemas de e de controle de qualidade

Sistema de garantia de qualidade e sistema de controle de qualidade que será aplicado pelo parceiro privado.

E. Coerência da proposta do engenheiro independente - verificação do projeto - supervisão do projeto

Documentos de qualidade, com um projeto de plano de qualidade descrevendo a forma como o engenheiro independente responderá aos requisitos contratuais.

F. Qualidade, robustez, aceitabilidade e clareza da manutenção proposta e operação do projeto

Documentos que descrevem os processos de operação e manutenção que a concessionária pretende aplicar com o objetivo de garantir o cumprimento dos requisitos dos projetos.

G. Coerência e qualidade do procedimento para a observância dos regulamentos de saúde e segurança

H. Aceitabilidade e clareza da análise ambiental

A seção ambiental pode incluir:

- a. aplicação dos requisitos ambientais;
- b. descrição de quaisquer impactos ambientais negativos;
- c. definição dos projetos adicionais necessários para a implementação do projeto.

Fonte: Autores, com base em exemplo real.

QUADRO 5.26: Exemplo de critérios em um projeto de hospital

- A. Padrão e qualidade geral da proposta técnica, incluindo coerência entre seus diferentes elementos; oferecer clareza e apresentação e a maneira como o licitante trabalhou durante todo o período da licitação;
- B. Abordagem estratégica e compreensão;
- C. Qualidade, robustez e clareza dos arranjos de gestão do consórcio;
- D. Robustez e clareza do programa de construção e questões de gerenciamento dos programas;
- E. Robustez e clareza do programa de operação e manutenção e questões de gerenciamento de programa;
- F. Qualidade, robustez e clareza da proposta de sistema de gestão;
- G. Qualidade, robustez, aceitabilidade e clareza da abordagem do projeto;
- H. Qualidade, clareza e aceitabilidade do projeto;
- I. Qualidade, robustez, aceitabilidade e clareza das questões de exequibilidade do projeto;
- J. Qualidade, clareza, aceitabilidade e robustez do planejamento de saúde e questões arquitetônicas (incluindo projeto e seleção de componentes);
- K. Qualidade, clareza, aceitabilidade e robustez das propostas de engenharia civil e estrutural;
- L. Qualidade, clareza, aceitabilidade e robustez de propostas de serviços mecânicos, elétricos e de construção;
- M. Qualidade, clareza, aceitabilidade e robustez das propostas de tecnologia da informação e comunicação (TIC)/programa de comunicação;
- N. Qualidade, clareza, aceitabilidade e robustez das propostas e abordagem dos equipamentos;
- O. Robustez, aceitabilidade e clareza de abordagem da construção;
- P. Clareza, robustez e aceitabilidade das questões do programa de construção e comissionamento;
- Q. Qualidade, robustez, clareza, aceitabilidade e adequação das propostas de serviço;
- R. Conformidade com os requisitos das especificações de resultado;
- S. Proposta de prestação do serviço;
- T. Propostas de recursos;
- U. Arranjos de interface;
- V. Propostas para garantir a qualidade adequada da prestação do serviço;
- W. Problemas de gerenciamento do terreno;
- X. Propostas de mobilização de serviços;
- Y. Questões de recursos humanos; e
- Z. Medidas para garantir a melhoria contínua.

Fonte: Autores, com base em exemplo real.

Procedimentos e processo de avaliação

Normalmente, o processo e procedimento de avaliação (detalhes dos fatores que serão considerados na avaliação, composição da equipe de avaliação, sistemática de avaliação individual *versus* coletiva ou em grupos e assim por diante) não são descritos na CDP além da metodologia inerente aos critérios e fórmula

de ponderação e pontuação. No entanto, o tempo a ser dedicado pela autoridade na avaliação e publicação da decisão de adjudicação deve ser declarado na CDP.

Além disso, quando a abertura dos envelopes das propostas for feita em público (o que é obrigatório em alguns arcabouços), isso será indicado na CDP.

Finalmente, há uma característica no processo de avaliação que, às vezes (em alguns países), é descrita e sacramentada na CDP: algumas jurisdições avaliarão, consecutivamente, os critérios técnicos e financeiros. Isso significa que os critérios financeiros (preço) só serão avaliados (e o envelope da proposta financeira só será aberto) quando a avaliação técnica for concluída e as pontuações atribuídas a cada proponente. Este é o caso da UE, onde os regulamentos de licitação adotam, universalmente, essa abordagem.

O Capítulo 6 descreve mais detalhadamente o processo de avaliação, uma vez que isso é mais uma questão de gestão do que de regulamentação na CDP.

8.3. O Caso de Diálogo Competitivo, Interação e Processos de Licitação do Tipo “Melhor Oferta Final” (BAFO)

Onde e quando deve ser usado. Processos de diálogo e interativos

Os processos de licitação do tipo “de diálogo” e outros processos negociados e/ou interativos são uma opção em algumas jurisdições (por exemplo, na UE em geral) e são padrão em algumas outras (por exemplo, na Austrália, Nova Zelândia e Reino Unido). Usar o diálogo ou outros processos interativos como uma opção de rota de licitação no Arcabouço de PPP é positivo porque sempre haverá projetos que, claramente, demandam interação significativa antes da finalização das estipulações do contrato. Também garante a viabilidade comercial ou, até, otimiza o VfM.

O diálogo/interação é um forte impulsionador de resultados mais efetivos, pois garante que o governo licitará algo que pode ser entregue pelo mercado (o modelo da UE) ou que os licitantes entendam, totalmente, os requisitos do governo (o modelo da Austrália/Nova Zelândia). No entanto, essa abordagem exige muito mais tempo e recursos de todas as partes e cria riscos de que a transparência e a justiça possam ser comprometidas. Portanto, funciona melhor em mercados de PPP maduros e pode ser difícil de implementar em alguns países EMDE.

Nesse tipo de processo, os licitantes são pré-qualificados antes da fase de preparação da proposta e, geralmente, não são apenas pré-qualificados, mas, também, selecionados, ou seja, uma lista curta será definida com os candidatos qualificados que sejam mais bem classificados.

Os processos de diálogo afetam a CDP e o processo de elaboração do contrato. Quando o diálogo/interação ocorre antes da finalização da CDP, a CDP inicial (denominada “Documento Descritivo” nos regulamentos da UE)⁷⁸ deve incluir os fundamentos da CDP (avaliação), termos básicos do contrato e regras para o próprio processo de diálogo (estrutura e cronograma de reuniões, questões relacionadas ao manuseio de

⁷⁸ O diálogo competitivo somente pode ser usado, de acordo com as diretrizes da EU, em “projetos complexos”. Para isso e outros assuntos gerais a respeito do uso do diálogo competitivo por membros da EU, vide *Explanatory Note - Competitive Dialogue Classic Directive (European Commission, 2005)*. Outro artigo útil a respeito de assuntos sobre diálogo competitivo é o *Competitive Dialogue in 2008. OGC/HMT Joint Guidance on Using the Procedure (UK Office of Gov. Commerce, 2008)*.

documentos e assim por diante). Quando as disposições contratuais completas forem fornecidas no pacote, o contrato será considerado uma minuta sujeita a alterações e até mesmo os regulamentos da CDP poderão ser considerados provisórios, sujeitos a desenvolvimento posterior até o final do diálogo com os candidatos pré-selecionados (para os quais um “convite para participar no diálogo” (CPD) (*Invitation to Participate in the Dialogue* (ITPD) no original) foi emitido). Nesse ponto (fim do diálogo), os requisitos definitivos da proposta e os critérios de avaliação serão aprovados e a autoridade emitirá os convites para apresentação da proposta (CAP) (*Invitation to Propose* (ITP), no original). Isso também é, comumente, denominado “Convite para apresentar proposta final” (CAPF) (*Invitation to Submit a Final Tender* (ITSFT), no original) no diálogo competitivo regulamentado pela UE. Isso é normal no modelo da UE.

Em outros casos, o diálogo/interação ocorrerá após a finalização e emissão da CDP, e essa incluirá todo seu conteúdo usual juntamente com as regras para a interação. Este é o modelo da Austrália/Nova Zelândia. Nesse modelo, a Autoridade Contratante realiza uma série de *workshops* individuais interativos durante a fase de apresentação de proposta da CDP com os licitantes pré-selecionados. Esses terão a oportunidade de discutir o desenvolvimento de seus conceitos e projetos e poderão solicitar esclarecimentos e *feedback* relativamente às especificações de resultado produção do governo antes de apresentarem suas propostas. Os *workshops* também minimizam o risco de qualquer mal-entendido sobre tais requisitos. O objetivo é melhorar a qualidade das propostas apresentadas e, em última instância, fornecer resultados melhores para o público por meio da comunicação clara dos requisitos do governo para influenciar a qualidade geral das propostas recebidas dos licitantes pré-selecionados em lista curta.⁷⁹

QUADRO 5.27: Abordagens UE versus Austrália para Diálogo ou Interação

Na UE, após a seleção da lista curta, a CDP é publicada, incluindo a minuta de contrato para fins de diálogo ou negociação. Após esse diálogo, um arcabouço contratual definitivo é emitido e os licitantes são convidados a apresentar proposta com base nele. O diálogo é uma abordagem padrão para PPPs puras na UE. Em algumas jurisdições, as PPPs puras só podem ser licitadas na forma de diálogo.

Na Austrália (e na Nova Zelândia), a CDP e o contrato são emitidos e, em seguida, o governo conduz *workshops* interativos com os licitantes à medida que desenvolvem suas propostas. Enquanto o processo da UE se concentra no diálogo em relação aos termos da CDP e do contrato (e resulta em alterações nesses documentos para acomodar o *feedback* dos licitantes), na Austrália, o diálogo se concentra no desenvolvimento das propostas dos licitantes e de sua interpretação da CDP, garantindo que suas propostas atendam aos requisitos da CDP. Portanto, o processo na Austrália influencia as propostas e não a CDP, e, geralmente, não resulta em grandes mudanças nos termos da CDP ou do contrato.

Procedimento negociado e MOF (BAFO)

No procedimento negociado com MOF (BAFO, no original), de modo semelhante aos processos com duas etapas e uma Fase de Diálogo/Interação, os licitantes pré-selecionados (candidatos) apresentarão e discutirão soluções técnicas durante o curso da interação. No entanto, em um procedimento por negociação, isso será conduzido na forma de proposta técnica e de preço vinculantes. Dois candidatos serão selecionados a partir do processo de avaliação das propostas (geralmente aprovado/reprovado para a proposta técnica e

⁷⁹ Para obter mais detalhes sobre esta forma de interação, ver Australia's National Public Private Partnerships Guidelines – Volume 2: Practitioners' Guide, chapter 14 and appendix E.

maior desconto para o preço). Após as negociações, os dois candidatos selecionados apresentarão novas ofertas (Melhor Oferta Final – MOF (*Best and Final Offer* – BAFO, no original)) com base na alocação de risco e termos técnicos que foram desenvolvidos com os dois candidatos em paralelo (*Public-Private Infrastructure Advisory Facility* (PPIAF), *Kit de ferramentas para parcerias público-privadas em estradas e rodovias*). O critério de seleção para definir o licitante vencedor, normalmente, será apenas o preço.

A fase final de negociação com o licitante vencedor (enquanto o outro candidato permanece na reserva) deverá finalizar as ações, concluir certos aspectos de *due diligência* pelo licitante vencedor a fim de acertar a o compartilhamento final dos riscos e dar-lhe tempo para obter o fechamento financeiro. O Capítulo 6.10 descreve questões relacionadas às negociações finais com o licitante vencedor.

Processos dialogados e interativos: questões específicas de redação⁸⁰

Conforme descrito acima, o pacote documental para o processo de diálogo (que é a CDP em muitos países, mas não em outros) conterà, além dos regulamentos contratuais e questões típicas da CDP, regulamentos específicos sobre o diálogo ou sobre o próprio processo interativo. Os assuntos típicos a serem descritos e regulamentados nos documentos são os seguintes:

- Regulamentos de reuniões individuais e possíveis reuniões abertas: quantas, com que frequência, como definir quem vem primeiro, quem poderá comparecer, como controlar a agenda e assim por diante;
- Questões de confidencialidade;
- Apresentação de “soluções de negócio” (soluções de negócio é o conceito utilizado na UE para se referir à proposta de determinadas alterações ou sugestões de abordagens técnicas e comerciais à autoridade de forma a alterar ou adaptar a CDP e o contrato final);
- Processo de envio de perguntas e elaboração de respostas;
- Como lidar com mudanças na composição dos consórcios. De modo geral, não são permitidas alterações na composição de consórcios pré-selecionados (ou seja, a renúncia de um membro da associação ou grupo), exceto em algumas circunstâncias de força maior; e
- Estipêndios e cauções no diálogo - veja abaixo.

O Guia Nacional de PPP da Austrália tem 20 páginas de princípios e orientações práticas sobre processos interativos.⁸¹ É focado no modelo australiano, mas muitos dos princípios podem ser aplicados a outros processos interativos.

Remuneração e risco de abandono

Oferecer proposta no contexto de diálogo é muito mais caro para os licitantes do que em processos convencionais, portanto, tal custo pode limitar o apetite do mercado. No entanto, isso é contrabalançado pela vantagem de os licitantes estarem mais próximos do sucesso, já que a competição terá sido especificamente reduzida ao número de grupos pré-selecionados.

⁸⁰ Para mais informações sobre o diálogo competitivo, consulte *Explanatory Note - Competitive Dialogue - Classic Directive (European Commission, 2005) and Competitive Dialogue in 2008. OGC/HMT Joint Guidance on Using the Procedure (UK Office of Gov. Commerce, 2008)*. Para o processo interativo (a abordagem australiana), vide *Australia's National PPP Guidelines, Volume 2: Practitioners' Guide*.

⁸¹ Vide *Australia's National Public Private Partnerships Guidelines – Volume 2: Practitioners' Guide, chapter 14 and appendix E*.

Nesses processos, o pacote documental inicial para o diálogo deve ser, substancialmente, desenvolvido para que os licitantes em potencial possam avaliar, a partir dele, a viabilidade do projeto e considerar se ele atenderá as suas expectativas de investimento. Caso contrário, o risco de desinteresse pelo processo será significativo.

Nessas circunstâncias, o risco de receber apenas uma ou duas propostas e haver pouca tensão competitiva é significativo. Para evitar isso, muitos processos dão, a qualquer licitante que participe, o direito de receber estipêndios (restituição de parte dos custos incorridos na preparação da proposta) que nunca representarão mais do que uma certa porcentagem dos custos justificáveis e estão sempre abaixo de um limite definido.

Além disso ou, alternativamente, a autoridade poderá exigir a prestação de caução específica para garantir a participação, durante todo o processo, do candidato selecionado em lista curta. O vínculo deve ser apresentado no início do diálogo ou do processo interativo. Isso só deve ser considerado quando o número de licitantes for pequeno (por exemplo, não mais do que três licitantes) e o tempo e esforço necessários para participar de um diálogo ou processo interativo forem grandes, de modo que haja um risco significativo de os licitantes abandonarem o processo. O uso de caução deve ser considerado nos casos em que o risco de abandono seja elevado e, a consequência para o governo, significativa. Caso contrário, a caução, geralmente, deve ser considerada desnecessária e inadequada.

O Capítulo 6, que se concentra no processo de licitação e nas necessidades e abordagens de gestão para o respectivo período (ou seja, desde o lançamento da licitação até a assinatura do contrato), fornece mais informações sobre os processos de diálogo e negociação.

9. Definição e redação de outros termos comerciais e cláusulas contratuais⁸²

As Seções 4 e 5 deste capítulo descreveram, ostensivamente, questões financeiras e de estruturação de risco. A estrutura definida (ou seja, todos os aspectos relacionados à alocação e tratamento de risco) e características relacionadas à estrutura financeira (meios de compensação quando houver mais do que apenas o mecanismo de pagamento ou cobrança do usuário, considerações de tempo e outras abordagens para apoios financeiros diretos e indiretos) terão de ser incorporadas no contrato.

Em termos gerais, mas, principalmente, no que diz respeito aos riscos, a clareza é o fator essencial para uma adequada implementação da estrutura comercial. Essa é uma tarefa desafiadora, especialmente, no que diz respeito às definições de eventos de risco e à existência de direitos de pleitear indenização. Ambiguidades e interpretações errôneas devem ser evitadas tanto quanto possível. Mas os contratos também devem gerar flexibilidade (consulte o Quadro 5.28).

Para esse propósito, uma boa abordagem para o arcabouço de regras de PPP é padronizar algumas características e cláusulas do contrato.

Esta seção, além dos principais assuntos estruturantes explicados nas seções 4 e 5, apresentará o conteúdo básico do contrato e descreverá as práticas comuns com relação a seus outros termos comerciais.

⁸² PPP Infrastructure Resource Center (PPPIRC) em <http://ppp.worldbank.org> fornece exemplos de documentos PPP, incluindo CDQ e CDP para alguns setores em "PPP por setor".

QUADRO 5.28: Contratos bem elaborados de acordo com o Guia de Referência de PPP do Banco Mundial: Certeza com Flexibilidade

Um contrato bem elaborado é claro, abrangente e cria certeza para as partes contratantes. Como as PPPs são de longo prazo, arriscadas e complexas, os contratos de PPP são, necessariamente, incompletos, ou seja, não podem especificar, totalmente, o que deve ser feito em todos os estados futuros do mundo. Isso significa que o contrato de PPP precisa incorporar flexibilidade para permitir que as mudanças de circunstâncias sejam tratadas, tanto quanto possível, dentro do próprio contrato, em vez de resultar na sua renegociação ou rescisão.

O objetivo da elaboração do contrato de PPP é, portanto, criar certeza quando possível e flexibilidade limitada quando necessário – mantendo, assim, a clareza e limitando a incerteza para ambas as partes. Isso, normalmente, é feito criando um processo claro e limites para mudanças.

9.1. Conteúdo principal do contrato: direitos, obrigações e arcabouço para disciplinar mudanças e riscos

A estrutura do conteúdo do documento do contrato pode variar significativamente de país para país e até, mesmo, a depender da autoridade ou nível de governo dentro do mesmo país. É preferível que a estrutura de conteúdo, a nomenclatura e o tratamento de muitas questões comerciais sejam iguais ou semelhantes (sempre respeitando as características específicas de cada projeto e setor) dentro de um determinado mercado, com a incorporação de diretrizes ou normas contratuais (consulte o Quadro 5.29) ao Arcabouço de PPP.

QUADRO 5.29: Uso de “Contratos Padrão” e “Modelos de Contrato”

O Capítulo 2 (Quadro 2.8) explica os problemas associados ao desenvolvimento de contratos padrão e modelos de contrato como parte de um Arcabouço de PPP.

Ao redigir o contrato para uma PPP específica, as cláusulas padronizadas e modelos de contrato devem ser usados com cautela, a menos que seu uso seja obrigatório e não possa ser evitado no contexto do projeto específico. Isso ocorre porque, geralmente, eles se destinam a ser globais, portanto, não são feitos sob medida para mercados ou projetos específicos.

Certas cláusulas muito específicas devem, no entanto, ser padronizadas, desde que esteja claro que elas refletem, adequadamente, a abordagem estratégica do governo para alguma questão específica, independentemente das especificações do projeto (por exemplo, a linguagem para rescisão do contrato). No entanto, um contrato padrão formal (ou seja, obrigatório) só deve ser desenvolvido quando um elevado grau de experiência houver sido desenvolvido por meio de precedentes.

Quando contratos ou cláusulas padrão são fornecidos na forma de exemplos de outras regiões ou países, eles podem ser um recurso valioso. No entanto, eles podem precisar ser adaptados a uma jurisdição de PPP diferente e, muito provavelmente, ao projeto específico.

Portanto, não há recomendação universalmente válida quanto à estrutura do conteúdo de um contrato de PPP. Para alguns países (países de direito codificado), é até comum que certas disposições (por exemplo, sobre rescisão do contrato) sejam amplamente regulamentadas pela lei. Este Guia de Certificação em PPP considera boa prática desenvolver, também, tais disposições no contrato de modo a adaptá-las na medida

permitida pela lei para atender às especificações do projeto e para maior clareza e transparência (especialmente para investidores internacionais).

Este Guia de Certificação em PPP também considera que a adoção de arcabouços legais (publicação de arcabouço de documentos que reflitam a lei) são bons, mas devem fornecer princípios gerais e deixar espaço para o contrato ajustar os riscos e outras questões de sua estrutura.

A Figura 5.12 lista os principais tipos de cláusulas de um contrato, agrupando-as em três categorias para facilitar o entendimento, mas reconhecendo que a complexidade de um contrato requer uma estrutura mais rica e multifacetada em termos de capítulos ou títulos.

Acima de tudo, o contrato rege as obrigações e direitos das partes. Tudo parte de uma definição clara do escopo do contrato e das responsabilidades do parceiro privado por todo o seu ciclo. Isso inclui prescrições e descrições de metas de resultado (projeto, construção e financiamento, comissionamento, operação e manutenção, reversão), seguido pelos direitos econômicos do parceiro privado (o direito de receber pagamento pelo trabalho realizado). Essa última disposição implica que a principal obrigação do parceiro público (ou seja, pagar as quantias devidas no vencimento) atinge a sua complexidade máxima quando se trata de mecanismos de pagamento governamental.

Os contratos de PPP tratam, também, da delegação da entrega e gestão de um bem público (obras públicas) e/ou serviço. Portanto, os direitos, da parte pública, de supervisão e controle e as ferramentas ou meios para monitorar e remediar a falta de desempenho são conteúdos essenciais do contrato. Esses incluem a definição de violações e as penalidades ou perdas indenizáveis (*liquidated damages* – LDs, na versão em inglês) relacionadas, o processo para quaisquer deduções sobre os pagamentos de serviços, os direitos de intervenção da parte pública, o direito de inspecionar e as obrigações da parte privada de reportar e assim por diante.

Finalmente, o contrato deve reger as mudanças e os riscos que afetam o resultado bem-sucedido do projeto. Para esse propósito, o contrato preverá e prescreverá o arcabouço para as alterações permitidas no âmbito dos serviços e obrigações e as alterações devido à ocorrência de determinados eventos de risco (ver seção de estrutura de risco). Essa última característica do contrato, juntamente com o direito de monitorar e lidar com problemas de desempenho, é a estrutura principal para a gestão de contratos⁸³ (que é amplamente coberta nos capítulos 7 e 8).

⁸³ Vide *Management PPPs during their Contract Life (EPEC, 2008) page23 – The PPP Contract: The Main Operational Management Tool*. http://www.eib.org/epec/resources/epec_managing_ppp_during_their_contract_life_en.pdf

FIGURA 5.12: Principais disposições em um contrato de PPP

OBRIGAÇÕES DO PARCEIRO PRIVADO (E DIREITOS DO PARCEIRO PÚBLICO)	RISCOS, MUDANÇAS E DISPUTAS	DIREITOS DA PARTE PRIVADA (E OBRIGAÇÕES DA PARTE PÚBLICA)
<ul style="list-style-type: none"> Requisitos técnicos (incluindo requisitos construtivos) e requisitos de performance (tipicamente incluídos em um anexo) Outras obrigações: Requisitos Ambientais & Sociais, trabalhistas e de segurança, etc. Garantia de performance Requisitos de seguros Requisitos temporais Obrigações de produção de relatórios Cláusulas de monitoramento Mitigação – descumprimento de contrato e sistema de penalidades Mitigação – eventos de inadimplência, direito de step-in pela autoridade contratante, encerramento do contrato ou default. Cláusulas da estrutura financeira e regulamentações financeiras: mudanças nos limites de controle, limitação da dívida/mínimo equity, uso de fundo de reserva, compartilhamento de ganhos de refinanciamento, etc. (Compartilhamento de receitas ou de tarifa dos usuários em alguns projetos com cobrança dos usuários) Requisitos de reversibilidade e regulamentação para a reversão 	<ul style="list-style-type: none"> Definição e condições de força maior e de outros riscos excepcionais (eventos de compensação e eventos de alívio) Outras mudanças contratuais Procedimentos de resolução de disputas Confidencialidade e divulgação de informações Cláusulas de encerramento 	<ul style="list-style-type: none"> Mecanismo de receita/mecanismo de pagamento (para PPPs com pagamentos governamentais). Quando os pagamentos se iniciam e como são calculados e acertados Outros pagamentos e compensações (em projetos cofinanciados) Indenização pelo encerramento do contrato Indenização por riscos retidos ou compartilhados em eventos indenizatórios (“reequilíbrio” em alguns países) e alguns eventos e condições de força maior. Dispensa de obrigações em eventos de alívio/eventos escusáveis incluindo força maior Direito de encerrar o contrato (por força maior, por inadimplência da autoridade contratante) Direito de refinarciar ou de alienar participação acionária (em que condições e com a autorização da autoridade contratante). Direito de pleitear receitas e participações e direito dos mutuantes (lenders).

Requisitos técnicos (seção 3.3), questões de estrutura financeira (seção 4), incluindo o mecanismo de pagamento e disposições relacionadas ao risco (seção 5), já foram explicados com algum detalhe.

Esta seção fornecerá alguns detalhes e recomendações sobre uma série de aspectos adicionais e disposições com relevância comercial significativa:

- Requisitos de desempenho e questões e disposições sobre sua gestão;
- Quebras contratuais, sistema de penalidades e eventos de *default*;
- Eventos indenizáveis e regulamentos de rebalanceamento;
- Outras disposições financeiras: estrutura financeira (compromisso mínimo de *equity*/grau máximo de alavancagem), mudanças no financiamento (refinanciamento) e propriedade, requisitos de seguro e garantias de desempenho e direitos dos mutuantes (*lenders*);
- Propriedade intelectual e confidencialidade;
- Alterações de contrato;
- Questões de resolução de disputas;
- Disposições de término antecipado; e
- Provisões de reversão.

9.2 Requisitos de desempenho e gestão de desempenho

Os requisitos de desempenho podem ser considerados parte do conceito mais amplo de “requisitos técnicos” ou “especificações técnicas”, que, em termos gerais, referem-se às especificações do contrato para o que é exigido do parceiro privado em termos de qualidade e/ou quantidade. Os requisitos de desempenho também podem ser chamados de “especificações de resultado” e podem ser referidos no conceito mais amplo de “requisitos de operação e manutenção”. Os requisitos técnicos relacionados à construção também podem ser chamados de “requisitos de construção” ou “prescrições técnicas de construção”.

Os capítulos anteriores explicaram como as PPPs são orientadas a serviços, ou seja, o governo contratará o resultado em termos de serviços prestados (medido por mecanismos de disponibilidade ou em termos de volume, mas com ajustes de qualidade ou penalidades diretas com base no desempenho insuficiente).

O governo não pagará (ou concederá o direito de cobrar tarifa em PPPs com cobrança do usuário) pelo bem público, mas pela sua possibilidade ou dos usuários finais de usar esse ativo sob certas condições ou critérios descritos nos requisitos de desempenho.

Os requisitos de desempenho podem ser entendidos como padrões de qualidade que o parceiro privado deve atender. Os requisitos de desempenho representam a barra para medir o desempenho, ou seja, representam o *benchmark* para medição de serviço, geralmente definido por meio de uma descrição do "acordo de nível de serviços", com base em um regime de Indicadores de Desempenho (ID (KPIs – *Key Performance Indicators* no original)).

Quando os requisitos se baseiam mais em meios e processos (prescrições sobre como operar ou os meios a serem usados ao invés dos resultados da operação), não é apropriado falar em "requisitos de desempenho". De modo geral, as prescrições de meios ou métodos devem ser evitadas, pois os requisitos de serviço devem ser baseados em resultados ou produtos tanto quanto possível (de modo a permitir flexibilidade para inovação e eficiência do parceiro privado e para transferir o risco em termos de meios e processos).

Os requisitos de desempenho e, especialmente, os níveis acordados, devem ser "desafiadores, mas alcançáveis" para um operador bom ou de alto padrão. O governo precisa estar consciente do risco de estabelecer metas excessivamente ambiciosas que podem se tornar irrealistas e inatingíveis, de modo a colocar em risco a sustentabilidade financeira do contrato do projeto e, até mesmo, sua aceitabilidade comercial. Mas o governo também deve ser ambicioso.

Os requisitos também devem ser mensuráveis, de forma a evitar conflitos na avaliação do cumprimento das metas por meio do processo de monitoramento.

Alguns autores descrevem os recursos a serem atendidos pelos requisitos e, especificamente, as especificações de saída como SMART: **específico, mensurável, alcançável, relevante e tempestivo** (*specific, measurable, achievable, relevant and time constrained*, na versão em inglês)⁸⁴.

Monitorando e medindo o desempenho

O contrato deverá definir, claramente, como o desempenho será monitorado. Muitos guias preconizam sistemas de monitoramento que utilizem informações fornecidas pelo parceiro privado, com base no princípio da relação custo-eficácia. A razão disso é que o operador está mais próximo da informação de desempenho e deve, em qualquer caso, desenvolver e gerir um sistema de gestão da qualidade (SGQ (QMS, no original)) que, por si só, deve ser um requisito/obrigação contratual.

Sob essa abordagem, a Autoridade Contratante avaliará e analisará as informações registradas pelo sistema de gestão da qualidade, em vez de avaliá-la diretamente. A Autoridade Contratante também realizará

⁸⁴ *Attracting Investors to African PPPs (PPIAF, World Bank and ICA)* inclui um exemplo interessante do que constituem especificações de resultado SMART e não SMART em uma PPP de acomodação. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2588/461310revised017808213773070Revised.pdf?sequence=1>

verificações pontuais e auditorias para garantir que as informações registradas pelo sistema de gestão da qualidade estão corretas (o contrato deve atribuir esses direitos à parte pública).

As informações de desempenho também podem ser obtidas de outras fontes independentes do parceiro privado (por exemplo, por meio de usuários em geral, professores ou médicos em uma PPP de infraestrutura social e assim por diante).

O impacto dos níveis de desempenho na receita. Ferramentas corretivas para proteger o desempenho

Os parâmetros de desempenho e o nível de serviço prescrito estão intrinsecamente ligados ao mecanismo de pagamento por disponibilidade ou mecanismos baseados na qualidade. A falta de cumprimento dos parâmetros de desempenho terá, por consequência, as deduções de pagamento. O pagamento será ajustado para refletir o nível de serviço, a depender se o ativo for considerado disponível ou indisponível conforme descrito em “mecanismos de pagamento”.

Outra maneira de explicar é que o pagamento será recebido com base na disponibilidade (um parceiro privado que atenda a 99% da disponibilidade receberá 99% do pagamento, o que corresponde ao valor do serviço prestado), em vez de pensar em deduções (ou seja, o pagamento será considerado em 100%, mas uma penalidade de 1% será imposta).

Os parâmetros/requisitos de desempenho também podem ser um fator relevante nos mecanismos de pagamento vinculados ao volume ou uso (por exemplo, pedágios-sombra). No entanto, nesses projetos, o desempenho é mais frequentemente incentivado por meio da aplicação de penalidades explícitas ou perdas indenizáveis (PIs (LDs, no original) impostas pela falta de desempenho.

Em contratos com cobrança do usuário, como em contratos com pagamento governamental em que a receita está vinculada ao volume/capacidade, também pode haver especificações de resultado (padrões ou critérios de qualidade) que resultarão em penalidades diretas ou perdas indenizáveis (PIs ou LDs, no original) se não forem atendidos. No entanto, vincular as especificações de resultado ao pagamento é menos relevante e geralmente menos específico nesses contratos, uma vez que a falta de qualidade, frequentemente, resultará em menor demanda/volume com a consequente perda de receita para o operador. Essa consideração deve ser cuidadosamente contestada, a depender das circunstâncias do projeto. Por exemplo, se uma PPP de rodovia com pedágio fornece a única conexão rodoviária viável entre dois pontos, o tráfego pode ter que usar essa rota independentemente da qualidade. Nesse caso, o governo pode precisar incluir requisitos de qualidade mais específicos no contrato, vinculados a penalidades diretas ou perdas indenizáveis (Pis ou LDs, no original), do que seria o caso se houvesse uma rota alternativa.

A consequência imediata do não cumprimento das metas e parâmetros de desempenho exigidas pelo contrato são as deduções (ou penalidades). Portanto, os ajustes de pagamento e penalidades representam a primeira ferramenta corretiva para a Autoridade Contratante gerenciar e proteger o desempenho. Vide Quadro 5.30.

No entanto, existem outras ações corretivas e ameaças que o contrato deve reconhecer e regular. Isso inclui auditorias diretas, rescisão por *default* e intervenção (*step in*) (assunção de algumas ou todas as obrigações do parceiro privado, que podem incluir assumir o controle direto do projeto e, potencialmente, contratar um operador diferente. Isso é chamado de “sequestro” do contrato em alguns países, como na Espanha e alguns países da América Latina).

A próxima seção explicará, com mais detalhes, o conceito de quebra de contrato e a função do sistema de penalidades. Ela também explicará as outras ferramentas corretivas nas mãos da Autoridade Contratante para proteger o desempenho e garantir o cumprimento pelo parceiro privado.

QUADRO 5.30: Mecanismos de reparação para lidar com desempenhos não alcançados

As penalidades (juntamente com as deduções nos mecanismos de pagamento) constituem o primeiro elemento ou ferramenta para a autoridade contratante gerenciar o desempenho inferior ou ausente e o não cumprimento dos parâmetros de qualidade e disposições contratuais.

Existem outras ações corretivas para pressionar o parceiro privado a ser responsivo. Estes são:

- Aumento de penalidades (ou deduções) sob um mecanismo de catraca.
- Imposição de auditorias externas às custas do parceiro privado.
- Intervenção.
- Rescisão por *default*.

9.3. Quebra de contrato, sistema de penalidades e eventos de *default*

A Seção 9.2 mostrou como os pagamentos estão vinculados ao desempenho do serviço por meio de mecanismos de pagamento por disponibilidade, de modo que as deduções ou abatimentos sejam feitos nos pagamentos proporcionalmente a qualquer falha em atender aos parâmetros de serviço definidos ou níveis de serviço desejados. O preço pago é, portanto, ajustado para corresponder ao nível efetivo de serviço prestado pelo parceiro privado, de modo que esse sofra as consequências financeiras do desempenho insuficiente.

Alguns ou todos os eventos que resultam em dedução podem ser considerados como quebras de contrato (ver Quadro 5.31), mas não são as únicas quebras em potencial em que o parceiro privado pode incorrer. Além disso, há a necessidade de incentivar o desempenho em projetos por outros meios que não sejam os pagamentos por disponibilidade e, particularmente, em projetos com cobrança usuário, nos quais não há pagamento direto do governo ao parceiro privado que possa ser retido ou deduzido.

O contrato estabelecerá uma série de obrigações e condições. Essas podem ser na forma de requisitos técnicos (tais como requisitos de construção e de prazo durante a construção - por exemplo, longas datas de parada para construção ou prazos intermediários - e requisitos de qualidade de serviço durante as operações), requisitos de informação ou relatório, requisitos jurídicos (isto é, cumprir disposições legais, como leis trabalhistas), requisitos financeiros (por exemplo, aporte mínimo de *equity*) e outros requisitos formais.

Quando o parceiro privado não cumpre um requisito ou não cumpre uma disposição do contrato, está a violá-lo (as quebras de contrato têm de ser distinguidas dos eventos de *default*, visto que nem toda violação constituirá ou deverá constituir um evento de *default*). Vide Quadro 5.31.

As quebras, geralmente, resultarão em penalidade (a menos que já estejam abrangidas pelo mecanismo de pagamento), com o valor da penalidade sendo proporcional à importância e à duração da obrigação violada (por exemplo, o atraso no cumprimento de algum prazo). O esquema descrito no contrato que define as

categorias de quebra e os níveis de multas e penalidade é chamado de sistema de multas e penalidade.⁸⁵ Isso permite a imposição de uma consequência financeira pelo descumprimento de uma cláusula do contrato, incluindo, no caso de PPPs com cobrança do usuário, o descumprimento dos requisitos do serviço.

Alguns contratos adotam um sistema de duas etapas para aplicação de penalidades, usando o sistema de pontos de desempenho explicado a seguir (ver Quadro 5.31). Cada quebra resulta no acúmulo de pontos (o nível de pontos dependerá da relevância da quebra), e, uma vez que os pontos acumulados atinjam um certo limite, a penalidade será aplicada (e/ou outras medidas corretivas serão tomadas e que terão consequências financeiras para o parceiro privado, como aumento do monitoramento).

QUADRO 5.31: Quebra de contrato versus evento de default

Quebra de contrato é a não observância de uma de suas cláusulas e isso pode levar a penalidades e a eventos de *default*.

Evento de *default* (relativamente a ou no contexto do contrato PPP) é uma violação do contrato que se relaciona com uma obrigação nele definida como essencial e que dará à Autoridade Contratante, o direito de rescindir o contrato.

Portanto, algumas violações dos termos do contrato (quando forem violações materiais da obrigação em questão) serão definidas como eventos de *default*, e todas as quebras, quando se acumularem a ponto de serem consideradas como uma quebra reiterada, também poderão constituir um evento de *default*.

É típico, para um sistema de penalidade (e/ou um sistema de pontos de desempenho), estabelecer, pelo menos, duas categorias (quebras graves ou principais *versus* quebras menores). É comum que o contrato considere que qualquer infração menor que seja cometida repetidamente constituirá uma quebra grave com o objetivo de aplicar uma pena mais elevada (por exemplo, uma infração menor cometida mais de três vezes em um período de 12 meses é considerada uma quebra principal). O contrato também deverá definir o “conceito de quebra reiterada” que pode levar a consequências mais graves. A multa ou Perdas Indenizáveis (PIS ou LDs (*Liquidated Damages*), no original) será cobrada do parceiro privado, deduzida dos pagamentos governamentais ou da garantia/caução de cumprimento fiel do contrato.

O contrato deverá estipular, claramente, o sistema de penalidade (e o sistema de pontos de desempenho), ou seja, que tipo de quebra resultará em penalidade e/ou em ponto. É boa prática listar, definir (ou seja, quando uma cláusula é considerada violada) e classificar as possíveis quebras de contrato. Vide Quadro 5.32.

Outras boas práticas para violações de contratos e sistemas de penalidades são as seguintes:

- Exceto para quebras muito significativas, o governo deve ser obrigado a notificar a parte privada de que o evento de quebra ocorreu e a parte privada deve ter direito a um período de retificação para corrigir a violação;

⁸⁵ Em países de direito consuetudinário, o termo “penalidade” tem significado jurídico específico e se refere a um montante de compensação especificado em contrato que não é proporcional à perda provável sofrida pela outra parte. Em tais países, terminologia distintas, como “perdas indenizáveis” (*liquidated damages*, no original) são empregadas.

- A materialidade deve ser reconhecida na definição das quebras principais; e
- Muitos sistemas reconhecem os conceitos de “quebra reiterada” e “desempenho insuficiente reiterado”, que resultam em consequências cada vez mais graves.

Quebra reiterada significa o acúmulo de um número significativo de violações durante um período rotativo definido no contrato (por exemplo, 10 quebra menores ou 5 principais em um período de 24 meses,⁸⁶ que podem ser contadas diretamente ou por meio do sistema de pontos de desempenho conforme descrito abaixo). Essas situações podem levar ao aumento das penalidades ou a outras decisões com impactos financeiros ou operacionais para o parceiro privado. Por exemplo, pode haver um aumento nas auditorias de qualidade às custas da empresa do projeto ou o governo pode intervir e, temporariamente, assumir o controle direto da Empresa do Projeto (repassando, ao parceiro privado, os custos dessa intervenção). Quebras reiteradas também podem levar ao *default* do contrato (ver seção 8.8).

QUADRO 5.32: Sistemas de pontos de desempenho e quebras contratuais reiteradas

O objetivo de estabelecer um sistema de pontos de desempenho deve ser fornecer um incentivo para que o parceiro privado evite o inadimplemento contratual. O sistema de pontos será usado em vez de aplicar penalidades diretas (ou seja, uma imposição imediata de uma multa financeira) para buscar evitar inadimplência reiterada, rastreando cada evento de inadimplemento à medida em que ocorre e se acumula. É útil ter gatilhos de pontos de desempenho para identificar a tendência a inadimplência reiterada. Dessa forma, os riscos de inadimplência de contrato podem ser identificados e, as medidas necessárias, tomadas.

Em alguns casos, pode ser necessário aplicar direto o processo de penalidade contratual formal, mas deve-se reconhecer que tanto o inadimplemento, quanto a maneira como é tratado, podem afetar os relacionamentos e o desempenho futuro. A 'parceria' em uma PPP é importante e, se cada pequeno inadimplemento for tratado formalmente e levar, diretamente, a penalidades, o escopo para inovação e tomada de risco é reduzido. Portanto, a introdução de pontos de desempenho como uma etapa intermediária para penalidades é boa prática. A Autoridade Contratante precisa ser clara sobre a natureza do relacionamento que deseja e como isso deve ser refletido no contexto de inadimplementos e penalidades.

Além de permitir uma abordagem em dois estágios para a imposição de penalidades, os pontos de desempenho também fornecem um tratamento claro do risco de inadimplência reiterada. Elas podem indicar que o parceiro privado não é competente, mas também podem indicar que os requisitos do contrato estão errados ou que o sistema de identificação de violações é muito rigoroso. Eventos de inadimplência reiterados precisam ser investigadas para identificar as causas e qual a melhor forma de mitigar os mesmos.

A solução definitiva contra o desempenho insuficiente é rescindir o contrato com base em *default* do parceiro privado das obrigações contratuais. Um evento de *default* é uma violação de contrato que se relaciona a uma obrigação nele considerada essencial (incluindo quebras reiteradas) e que dará, à Autoridade Contratante, o direito de rescindir o contrato.

⁸⁶ Esse exemplo, tal como qualquer outro neste Guia de Certificação em PPPs, não constitui uma recomendação concreta, mas apenas serve como referência numérica.

É boa prática exigir que a violação seja significativa e fornecer ao parceiro privado um período para retificá-la antes de que o governo tenha o direito de rescindir o contrato.

Normalmente, na rescisão por *default*, o parceiro privado perderá sua garantia de fiel cumprimento do contrato e, provavelmente, sofrerá prejuízos financeiros adicionais, a depender do método e da abordagem que o contrato estipular para esse caso de término antecipado (consulte a discussão das disposições de término antecipado na seção 9.9 abaixo).

QUADRO 5.33: Resumo dos principais pontos sobre quebras de contrato, penalidades e default

- Quebra de contrato é o não cumprimento de suas cláusulas;
- Quebras de contrato e/ou falta de cumprimento podem resultar na imposição de penalidades ou consequências financeiras, essa é uma forma de incentivar e proteger o desempenho adequado;
- Falhas em cumprir os requisitos de desempenho do serviço são tratadas principalmente por meio de deduções ou abatimentos no pagamento ao parceiro privado em projetos com pagamento governamental, mas outras quebras de contrato exigem penalidades explícitas (aplicadas diretamente ou pelo acúmulo de pontos de desempenho);
- O mesmo tipo de falha ou descumprimento de requisitos de desempenho do serviço, geralmente, será tratado por meio de penalidades nas PPPs com cobrança do usuário;
- O esquema pelo qual as quebras são definidas e as penalidades identificadas é denominado “sistema de penalidades”, observando-se que uma quebra não deve ser punida duas vezes e, portanto, aquelas que resultam em deduções em projetos com pagamento governamental não devem estar sujeitos, também, a uma penalidade explícita;
- Pontos de desempenho são um mecanismo que permite, ao parceiro privado, evitar penalidades imediatas. Mas, com o aumento dos valores das penalidades para violações repetidas, ele é projetado para controlar, com antecedência, qualquer risco de uma situação de quebra reiterada.
- Diferentes gatilhos (diferentes limites de pontos de desempenho) podem ser projetados para acionar remédios escalonados: aumento das penalidades, aumento do monitoramento, “intervenção” ou “*step-in*” e, por fim, um evento de término antecipado do contrato.
- O descumprimento do contrato por parte de um parceiro privado pode resultar em término antecipado. Essa inadimplência é uma violação material do contrato que se relaciona a uma obrigação nele definida como essencial. Uma violação material pode resultar de quebras reiteradas dessa obrigação.

9.4. Eventos indenizáveis e reequilíbrio do contrato

Quando ocorre um “evento indenizável”, o parceiro privado tem o direito de pleitear indenização para compensar o prejuízo sofrido ou no todo ou parte dele, em eventos de risco compartilhado. A perda pode incluir frustração de receitas (por exemplo, receita perdida devido a um atraso na construção decorrente de um risco previsto pelo contrato como um evento indenizável).

Esse processo é comumente conhecido como “reequilíbrio do contrato” na maioria dos países de direito codificado, ou seja, o processo de restaurar a equação financeira dos fluxos de caixa do projeto como se o evento não tivesse ocorrido.

O contrato deve definir o processo para pleitear, determinar e executar a indenização, incluindo, nesse último caso, os meios potenciais para seu pagamento.

Uma vez que a perda seja determinada (ou estimada, em eventos que impactam os fluxos de caixa futuros), o governo terá que proceder à indenização do parceiro privado. Como regra, os eventos que impactam no CAPEX serão compensados por pagamento direto e os eventos que afetam receitas ou custos futuros serão compensados por pagamentos suplementares ou por meio de acordo para mudança (aumento) no preço do serviço ou na tarifa (em contratos com cobrança do usuário).

No entanto, não é incomum que as perdas relacionadas ao CAPEX sejam financiadas pelo parceiro privado. Em alguns contratos, o governo pode, a seu critério, solicitar que o parceiro privado financie a perda. Nesse contexto, é boa prática condicionar essa obrigação à disponibilidade de fundos dos acionistas e mutuantes (*lenders*) da parte privada e exigir que a parte privada (se assim solicitado pelo governo) faça o possível para levantar os fundos necessários.

Quando o parceiro privado é solicitado a financiar a perda, o custo de amortização desse financiamento e o pagamento de um retorno sobre ele reduzirão a TIR do acionista e, potencialmente, seu perfil de crédito também (devido a um ICSD mais baixo). Portanto, é boa prática que o contrato exija que o governo restaure a TIR do acionista e respeite o ICSD mínimo do parceiro privado permitindo um aumento nas receitas para amortizar e remunerar o investimento adicional. Esse aumento na receita pode assumir a forma de aumento de tarifa, aumento do preço de serviço, pagamentos diretos, extensão de contrato ou uma combinação de alguns desses.

Alguns contratos empregam o Valor Presente Líquido das receitas e custos do projeto como os indicadores a serem restaurados em vez da TIR do acionista e do ICSD da empresa do projeto. Isso não é considerado boa prática, pois pode não compensar totalmente a parte privada ou seus investidores de *equity*.

A extensão do prazo da concessão pode ser usada para restaurar o equilíbrio financeiro do contrato, mas somente quando não afetar a capacidade do parceiro privado de cumprir as obrigações relativas à dívida e quando fornecer fluxos de caixa adicionais suficientes para restaurar a TIR do acionista.

O Quadro 5.34 explica como o modelo financeiro é usado para avaliar e definir a remuneração a fim de restaurar a equação financeira.⁸⁷

A abordagem usada para calcular a indenização e restaurar o equilíbrio deve ser descrita no contrato.

⁸⁷ Embora este Guia de Certificação em PPPs prefira a metodologia e o processo descritos, pode haver outras maneiras de lidar com a questão. Vide, por exemplo, a metodologia adotada no Brasil como alternativa para restauração do equilíbrio financeiro denominada "fluxos de caixa marginais".

QUADRO 5.34: Processo de reequilíbrio e Uso do Modelo Financeiro

A forma mais comum de lidar com cálculos de indenização financiados pelo parceiro privado é usar o modelo financeiro. Quando o modelo é usado corretamente, o risco de indenização desproporcional pode ser evitado.

O processo gira em torno da TIR do acionista e do ICSD:

- O primeiro passo deve ser estimar o prejuízo gerado pelo evento indenizável, lembrando que, na ausência de acordo, as partes podem solicitar a opinião de terceiros independentes por meio dos procedimentos de resolução de conflitos ou disputas;
- Uma vez que a perda (o valor do investimento adicional e/ou receitas perdidas mais custos de operação e manutenção (O&M) potencialmente mais elevados) é estimada, ela será introduzida no modelo financeiro junto com o financiamento adicional (que geralmente - se o impacto for significativo - será financiado por uma proporção de *equity* e dívida). O restante dos fatores permanece inalterado (como na versão original do modelo financeiro, ou seja, antes do ajuste dos pagamentos ou outro mecanismo de reequilíbrio), e a nova (inferior) taxa interna de retorno econômica (TIRe) e ICSD são observados;
- As projeções de receita (por exemplo, valores do pagamento do serviço) serão alteradas, introduzindo valores incrementais de pagamentos de modo a: (i) restaurar a TIRe original e (ii) respeitar o ICSD mínimo.

9.5. Outras Provisões Financeiras

O Capítulo 1 introduziu vários tópicos que são considerações típicas para o parceiro público. Eles estão relacionados à estrutura financeira do contrato do projeto e devem ser documentados no contrato. Consulte a seção 1.7.3, especialmente o seguinte:

- O problema de alavancagem e requisitos de compromisso mínimo de *equity*;
- Potencial estabelecimento de limites às alterações de controle e à regulamentação das transferências de ações/quotas;
- A justificativa para impor a divisão dos ganhos de refinanciamento;⁸⁸ e
- A relevância das disposições dos direitos dos mutuantes (*lenders*).

Esta seção explicará outros (mas não todos) assuntos relacionados a requisitos financeiros, especificamente: a regulamentação de garantias de desempenho, fundos de reserva para renovações e reinvestimentos e pacote de seguros.

Garantias de desempenho ou fiel cumprimento do contrato

Embora todo o pacote financeiro seja considerado como sujeito a risco, pode-se dizer que a principal garantia para a Autoridade Contratante será representada pelo *equity* investido pelo parceiro privado; esse

⁸⁸ *Guidance Note: Calculation of the Authority's Share of a Refinancing Gain prepared by UK HMT* apresenta referências para calcular e implementar o compartilhamento do ganho de refinanciamento em contrato do modelo Private Finance Initiative (PFI) no Reino Unido que podem ser encontradas em: <https://www.gov.uk/government/publications/pfippfinance-guidance>.

capital é fornecido diretamente e é o primeiro nível de capital sujeito a risco de desempenho e conformidade (a dívida, geralmente, só se sujeitará a risco se o *equity* houver sido esgotado).

No entanto, é prática comum exigir que o parceiro privado forneça e mantenha uma garantia de execução que, geralmente, é irrevogável e executável sob demanda (normalmente, na forma de um título ou carta de crédito).

O uso de tal garantia é para custear qualquer penalidade acumulada pelo parceiro privado, bem como qualquer outra perda ou custo necessário para restabelecer as operações ou para corrigir uma quebra. Quando a garantia for executada (total ou parcialmente), o parceiro privado deverá renovar seu valor.

O valor garantido pode variar a depender da prática do país. Na maioria dos projetos e países, normalmente, varia de 2% a 4% do CAPEX⁸⁹ total estimado no início do contrato.

Normalmente, o valor da garantia é maior durante a construção em comparação com o período de operações (por exemplo, 4% durante a construção e 2% durante as operações). É comum que o valor da garantia seja reajustado, anualmente, pelo IPC ou outro índice geral.

Limites e regulamentos relativos aos fundos de reserva

Conforme descrito no capítulo 1, uma das características essenciais de uma PPP é transferir a responsabilidade e os riscos inerentes ao custo do ciclo de vida do projeto. O parceiro privado terá que planejar as renovações e obras de manutenção intensiva que deverão ser feitas durante a vigência do contrato. Isso requer planejamento financeiro, alocando, progressivamente, recursos em um fundo de reserva específico (a "reserva de investimento em renovação") antes de serem necessários para realizar tais investimentos. Os meios para financiar as reservas devem fazer parte do plano financeiro fornecido na apresentação da proposta e, provavelmente, serão ainda ajustados no fechamento financeiro.

É boa prática estabelecer limites e regulamentos sobre quando esses fundos de reserva podem ser usados. Normalmente, qualquer uso desses fundos que não seja para renovação ou grande investimento de manutenção requer autorização específica da Autoridade Contratante.

Pacote de seguros

Os riscos dos custos de construção e do ciclo de vida serão transferidos (potencialmente, com exceções) para o parceiro privado. Esse será, portanto, a primeira parte responsável por absorver uma perda devido a acidentes ou qualquer evento que possa afetar o ativo físico/projeto, incluindo os custos necessários para restabelece-lo ao estado especificado ou para atender aos requisitos de serviço prescritos.

No entanto, é prática comum e essencial que certos eventos de risco sejam retidos ou compartilhados, especialmente, aqueles considerados como força maior, quando a infraestrutura é danificada em decorrência de guerras, tumultos e catástrofes naturais.

Normalmente, o parceiro privado é obrigado a obter e manter apólices de seguro em relação a perdas e danos devido a acidentes e eventos de força maior. Essas apólices devem cobrir as perdas até um valor

⁸⁹ O montante da garantia de desempenho durante a Fase de Operação é também definido como um múltiplo dos custos de O&M (por exemplo, a média anual dos custos de O&M). Este Guia de Certificação em PPPs considera que, em qualquer caso, o valor deve ser proporcional ao montante total do investimento (inicial).

mínimo previsto no contrato. O governo está indiretamente protegido pelo pacote de seguro, visto que o valor recebido sob a apólice será deduzido da indenização a ser paga pelo governo em relação a tal evento.

Em termos gerais, o governo não deve depender, exclusivamente, da capacidade do parceiro privado de “autossegurar” certos riscos, portanto, a prescrição de um pacote mínimo de seguro é prática comum em todos os contratos de PPP.

O seguro deve cobrir não apenas perdas devido a danos físicos (“seguro contra todos os riscos”), mas, também, perdas decorrentes de reclamações de terceiros (seguro de responsabilidade civil) que podem resultar desses eventos e perdas devidas ao atraso no início das atividades ou interrupção do negócio.

O Guia de Orientação EPEC fornece algumas informações adicionais sobre este assunto⁹⁰.

9.6. Confidencialidade e divulgação de informações

Um Arcabouço sólido deve encorajar a divulgação proativa de informações tanto do contrato do projeto, quanto de seu desempenho. Isso deve ser feito para promover a transparência e obter a aceitação do modelo de PPP pelo público em geral, bem como para permitir a auditoria operacional do Programa de PPP. No entanto, a divulgação do contrato precisará ser limitada para proteger os interesses legítimos do parceiro privado em manter a confidencialidade das informações comerciais, bem como a necessidade de o parceiro público proteger sua posição para negociações futuras.

Os contratos devem estabelecer, claramente, os requisitos de divulgação de informações, bem como quaisquer exceções a isso.

Alguns países incluem os requisitos mínimos de divulgação de informações pelo parceiro privado em suas diretrizes e manuais de PPP. Isso inclui modelos para divulgar as informações relevantes do contrato, conteúdo sugerido do resumo do projeto que deve ser disponibilizado ao público e disposições padrão para o contrato a esse respeito.⁹¹ Nesse sentido, a publicação do contrato completo não é universal e geralmente é feita com alterações. No entanto, publicar um resumo do projeto ou do contrato é bastante comum e boa prática. Outra abordagem recomendada é exigir que o parceiro privado estabeleça um *site* sobre o projeto e sua evolução, principalmente, durante a Fase de Construção.

9.7. Alterações contratuais

Conforme observado, o contrato deve incorporar flexibilidade para permitir que as mudanças nas circunstâncias sejam tratadas, tanto quanto possível, dentro do próprio contrato. Nesse sentido, o contrato deve considerar e permitir certas alterações potenciais (que podem estar sujeitas a limites de quantidade ou cujo limite pode estar definido em lei) e estabelecer processos para implementar essas alterações.

⁹⁰ Veja o Guia de Orientação: *How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects* (EPEC), página 33.

⁹¹ *Guide (2015)* apresenta cláusulas contratuais sugeridas a propósito de confidencialidade e transparência na seção 7. *A Guide to Disclosure in PPP Projects* (World Bank 2015) (<https://g20.org/wpcontent/uploads/2015/09/PPP-Guidelines-Framework-for-Disclosure-for-PPP-Projects.pdf>). *Disclosure in PPPs: Jurisdictional Studies* (World Bank, 2015) apresenta uma análise da abordagem a respeito da divulgação de informações (tanto na fase anterior quanto na posterior ao processo de licitação), incluindo como alguns países abordam a divulgação do contrato.

Existem vários tipos de alterações que podem ocorrer em uma PPP:

- Alterações unilaterais determinadas pela Autoridade Contratante: mudanças no escopo do serviço⁹² ou requisitos de desempenho (por exemplo, como o reconhecimento de que o acordo de nível de serviço é muito oneroso ou irrealistas), ou determinações de alterações na concepção do projeto ou mudanças decorrentes de melhorias tecnológicas obrigatórias;
- Mudanças no projeto ou serviço propostos pelo parceiro privado e aceitas ou negociadas com a Autoridade Contratante;
- Mudanças na propriedade e na estrutura de financiamento; e
- Outras alterações no contrato devido à ocorrência de eventos indenizáveis (incluindo alterações na lei) ou casos de força maior (que, normalmente, estão apenas relacionados com uma alteração no valor dos pagamentos de forma a repor o equilíbrio financeiro).

Mudanças no projeto e nos requisitos de serviço devem ser especificamente previstas no contrato sempre que possível. Elas devem ser permitidas com cautela e devem ser delimitadas com clareza, caso contrário, a licitação pode ser distorcida e a tensão competitiva pode ser perdida (EPEC). Consulte os capítulos 7 e 8 do Guia de Certificação em PPP para obter mais informações sobre boas práticas no gerenciamento de tais mudanças.

Um exemplo de possíveis alterações especificamente previstas em contratos pode ser visto em PPPs de transporte urbano (por exemplo, na Espanha): o plano de serviço (frequência e até rotas para transporte por ônibus) será, necessariamente, alterado periodicamente e podem ser necessários serviços para acomodar eventos não planejados. O contrato concederá à autoridade contratante a capacidade de solicitar um incremento do serviço (em termos de quilômetros/veículos) até um determinado nível (por exemplo, 5%) em um determinado ano. O preço por km/veículo é oferecido pelo licitante vencedor e evita a necessidade de negociações, desde que o incremento no serviço esteja abaixo do limite definido.

Conforme observado, eventos indenizáveis e de força maior também podem levar a alterações contratuais. Normalmente, os eventos indenizáveis afetam, apenas, a equação financeira do contrato do projeto. No entanto, em outros casos, eles também podem exigir uma alteração nos requisitos técnicos ou de serviço (por exemplo, um imprevisto, contemplado no contrato, que aumente o custo das operações pode ser indenizado em decorrência de acordo entre as partes para padrão de desempenho menos exigente, em vez de aumentar o preço do serviço).

9.8. Resolução de Conflitos

Como em qualquer contrato complexo, principalmente os de longo prazo, não é possível prever todos os eventos que podem ocorrer e afetar um contrato de PPP. Portanto, alterações acontecerão e isso, muitas vezes, pode levar a disputas.

⁹² Geralmente, alterações durante o ciclo de vida da PPP devem ser feitas por meio de processos contratuais. No entanto, em algumas ocasiões, pode ser do interesse de ambas as partes negociar modificações significativas no próprio contrato. Como discutido nas seções 6 e 7 do capítulo 1, negociações devem ser conduzidas com cautela para evitar resultados indesejáveis para o governo.

Além disso, é lógico que algumas disposições do contrato podem exigir interpretação em alguns de seus aspectos e é natural que diferenças e discrepâncias surjam em questões que requerem avaliação de custos ou valoração (vide Quadro 5.35 para alguns exemplos de disputas típicas).

Os governos, geralmente, reservam-se o direito de interpretação do contrato, e o parceiro privado tem, em tais casos, apenas o direito de apelar a um tribunal (tribunais administrativos em países de direito codificado). Isso implica em processos onerosos e põe em risco a continuidade da prestação do serviço.

Nesse contexto, tornou-se prática comum regulamentar "procedimentos de resolução de disputas" no contrato ou criar um "comitê de resolução de disputas" que será discutido a seguir.

Os principais mecanismos usados mundialmente para resolver disputas (nem todos disponíveis em um determinado país)⁹³ são os seguintes:

- Regulador do setor;
- Sistema judicial;
- Mediação (que pode ser considerada uma opção para negociações diretas sob um sistema de Contrato de Resolução de Disputas);
- Comitê de Resolução de Disputas (composto por um especialista independente ou, melhor e mais frequentemente, um painel de especialistas); e
- Arbitragem: arbitragem nacional ou internacional (por exemplo, por meio da Câmara de Comércio Internacional (CCI ou ICC – *International Chamber of Commerce*, no original) ou do Centro Internacional para Resolução de Disputas sobre Investimentos (CIRDI ou ICID – *International Center for Investment Dispute Resolution*, no original)).⁹⁴ Um exemplo do papel da arbitragem em um projeto relevante pode ser visto na rodovia pedagiada *Ontario 407*.⁹⁵

Em alguns casos (especialmente, em países de direito codificado), o resultado de um processo de resolução de disputas fora do sistema judicial não será vinculante para nenhuma das partes. Portanto, se as partes desejam evitar a escalada do conflito para os tribunais, elas devem negociar um acordo com base no resultado do processo de resolução de disputas.

Alguns países de direito codificado, no entanto, abriram as portas para painéis de arbitragem ou de resolução de disputas compostos por especialistas independentes, cuja opinião será vinculante para ambas as partes (por exemplo, no Uruguai).

Em alguns países e para alguns setores, as disputas são resolvidas por um órgão regulador independente. O parceiro privado pode estar preocupado com a independência do regulador.

Este Guia de Certificação em PPP considera boa prática incluir disposições específicas no contrato relativas à solução de controvérsias. Isso deve incluir um processo de resolução de disputas (PRD ou DRP – *Dispute Resolution Process*, no original) e um conselho de resolução de disputas (CRD ou DRB – *Dispute Resolution Board*, no original) - mesmo se a decisão de tal comitê não for vinculante e só seja implementada se e

⁹³ Vide *Dispute Resolution Systems Available in PPPs*, at http://ppp.worldbank.org/publicprivate-partnership/legislation-regulation/framework-assessment/legal-environment/disputeresolution#ifc_dispute_resolution

⁹⁴ O ICSID é uma instituição autônoma que integra o World Bank Group, constituída sob a "Convenção sobre resolução de investimentos em disputa entre Governos e nacionais de outros Estados". <http://icsid.worldbank.org/ICSID>.

⁹⁵ Vide estudo de caso 04 em *Paving the Way* (WEF, 2010), página 98.

quando ambas as partes aceitarem o resultado. Isso porque sua inclusão pode economizar muito tempo e é inerente ao espírito de uma PPP.

Um CRD adequado encorajará e facilitará, primeiro, a busca por um acordo negociado diretamente (por meio de negociações de alto nível entre as partes). Se as negociações iniciais não resolverem a disputa, a mediação pode estar disponível como uma opção. *“A mediação envolve negociação com a ajuda de um terceiro neutro. O papel do mediador é facilitar as negociações sem expressar uma opinião sobre a posição de nenhuma das partes”* (PPPIRC).

Normalmente, um CRD incluirá, pelo menos, dois especialistas independentes, um designado por cada parte e, outro, designado por acordo mútuo entre elas ou pelo acordo dos dois especialistas originais. Em alguns processos, o terceiro especialista só é chamado em caso de desacordo entre os dois especialistas nomeados.

QUADRO 5.35: Exemplos de áreas de conflito

- Disputa sobre o cálculo da indenização por riscos retidos ou compartilhados (ou discordância sobre o cálculo da perda ou impacto a ser indenizado);
- Disputas no cálculo de ajustes no pagamento;
- Disputas legais sobre se um evento é qualificado para indenização ou isenção;
- Disputa sobre penalidades ao considerar que determinada quebra não ocorreu ou sobre a natureza dessa quebra (por exemplo, o parceiro privado considera que não atende aos critérios de materialidade);
- Disputa quanto à indexação do pagamento do serviço (por exemplo, com base na alegação do parceiro privado de que o índice utilizado pelo governo não é o índice definido no contrato);
- Disputa sobre o cálculo dos custos de um investimento adicional devido a uma mudança nos requisitos de serviço.

Ao redigir os processos de resolução de disputas no contrato de PPP, é importante garantir que as disposições sejam apropriadas e aplicáveis na jurisdição em questão com o uso de especialistas jurídicos. O *PPP Infrastructure Resource Center* fornece uma lista de verificação útil para essa análise.⁹⁶ O processo de resolução de disputas no contrato também pode ter que ser consistente com os requisitos dos tratados celebrados pelo governo em questão (por exemplo, processos de resolução de disputas investidor-estado). Esses requisitos deverão haver sido ter sido identificados durante a *due diligence* jurídica do projeto.

Alguns mercados sofisticados incluem a possibilidade, no PRD, de o público em geral (usuários) acionar uma resolução de disputa com o governo ou com o parceiro privado por meio do governo ou de um *ombudsman*.

Além de conter um processo apropriado de resolução de disputas, as seguintes questões também devem ser consideradas para garantir que os licitantes em potencial possam ter confiança na eficácia desse processo:

⁹⁶ Vide *Dispute Resolution Checklist and Sample Wording* em <http://ppp.worldbank.org/public-privatepartnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-risk-matrices/dispute-resolution-checklist>

- A menos que tal renúncia já exista de acordo com a lei PPP aplicável, o contrato deve incluir a renúncia, pelo governo, de qualquer imunidade em relação a reclamações/processos nos termos do contrato. Na ausência de tal renúncia, os licitantes em potencial não apresentarão propostas, uma vez que não poderão ter certeza de que o governo cumprirá suas obrigações nos termos do contrato; e
- O local da resolução da disputa pode ser um problema para os investidores internacionais, que podem estar preocupados em não obter uma audiência justa no país anfitrião (especialmente em EMDs), independentemente da forma de resolução de disputa usada. No entanto, para os governos, fazer com que a resolução da disputa ocorra em outro país pode ser uma diluição inaceitável de sua soberania nacional. É necessária uma abordagem realista para esta questão, uma vez que potenciais licitantes não apresentarão propostas se não estiverem confiantes na integridade e justiça do processo de resolução de disputas.

9.9. Disposições de término antecipado⁹⁷

Qualquer contrato pode ser rescindido antecipadamente por uma série de razões em vez de continuar por sua vida útil esperada. A classificação típica dos motivos para término antecipado está listada abaixo:

Rescisão por conveniência (ou "rescisão unilateral").

O governo sempre se reservará o direito de rescindir o contrato antecipadamente com base no interesse público.

Rescisão por *default* ou quebra contratual do parceiro público.

Alguns contratos regulam, especificamente, o direito do parceiro privado de rescindir o contrato por *default* do parceiro público e de reivindicar todos os custos incorridos, incluindo os custos de oportunidade. Esse direito pode ser acionado se a Autoridade Contratante violar materialmente suas obrigações (por exemplo, houver um atraso incomum e significativo nos pagamentos),

Rescisão por força maior.

Pode abranger tanto a definição jurídica estrita de força maior (se houver alguma na respectiva legislação), ou outros eventos ou situações próximas do conceito geral de força maior, ou seja, eventos de impacto extraordinário e/ou claramente de natureza imprevisível.

Quando o impacto de um evento de força maior for significativo e durar por um período determinado (normalmente, 6 ou 12 meses), qualquer das partes pode rescindir o contrato, a menos que um acordo específico seja alcançado.

⁹⁷ Informações úteis específicas a respeito de cláusulas de rescisão podem ser encontradas em: *Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts* (EPEC, 2013).

Rescisão por *default*/quebra contratual do parceiro privado.⁹⁸

Conforme observado, a autoridade contratante terá o direito de rescindir o contrato quando o parceiro privado estiver em *default*. Por exemplo, violar, gravemente, suas obrigações essenciais, incluindo quebras reiteradas – geralmente, somente após conceder ao parceiro privado a oportunidade de remediar e retificar a situação (isso é considerado boa prática).

Quando o *default* se deve à falta de capacidade de resposta à insolvência de um subcontratado é boa prática permitir que o parceiro privado o substitua.

O *default* também pode ser decorrente da insolvência do parceiro privado. Quando a empresa do projeto não consegue pagar o serviço da dívida, os mutuantes (*lenders*) podem declarar o vencimento antecipado do empréstimo e a empresa entrará em falência. Nesses casos, ao invés de rescindir o contrato, pode ser possível para o governo deixar os mutuantes (*lenders*) e a empresa renegociarem a dívida ou deixar os mutuantes (*lenders*) intervirem (*step-in*) (ou seja, assumir o controle do projeto, permitindo-lhes tentar regularizar o *default*, potencialmente, por meio de um contratado diferente para restaurar o desempenho normal).

Definição de como calcular a compensação por término antecipado do contrato

Deve-se notar que, em cenários de rescisão, não é incomum em países de direito codificado que a lei preveja o direito à indenização por rescisão e que o contrato se refira à respectiva lei. Nesse contexto, a indenização por rescisão deve ser descrita em termos claros no contrato.

Não é apenas boa prática, mas essencial que o contrato forneça, ao parceiro privado, proteção significativa (senão proteção total) em caso de rescisão por conveniência (rescisão unilateral), *default* do parceiro público e por força maior. Além disso, no caso de rescisão por *default* do parceiro privado, embora os acionistas devam arcar com um ônus substancial por isso, o contrato ainda deve prever o direito de receber indenização. Isso evita que o parceiro público obtenha um benefício além do custo implícito ou explícito (danos e perdas) sofrido em decorrência do *default*, o que também (perversamente) incentivaria o parceiro público a rescindir o contrato. Além disso, deve ser lembrado que um alto grau de clareza e certa proteção é fundamental para a bancabilidade do projeto (Gide 2015).

O seguinte descreve as questões e considerações mais relevantes na definição da abordagem para calcular as somas de indenização em cada cenário:

1) **Rescisão por conveniência (ou "rescisão unilateral"):** o contrato deve conferir, ao parceiro privado, o direito de ser indenizado integralmente. Deve recuperar todos os fundos investidos (saldo de *equity*, que é o *equity* investido menos todas as distribuições recebidas até a data de rescisão) e ser coberto contra os custos de quebra de seus contratos com terceiros (ou seja, o valor deve compensar o saldo da dívida, custos de quebra de do contrato de empréstimo, outros custos de quebra de contratos e contratos subordinados e custos de desmobilização). Também deve incluir uma quantia para compensar os custos de oportunidade do investimento de *equity*.

⁹⁸ Algumas jurisdições definem término por fraude como uma categoria específica. Em outros casos, ela é incluída como uma subcategoria de término por quebra contratual do parceiro privado.

A incorporação dos custos de oportunidade ou do custo de *equity* para os investidores privados pode ser tratada por diferentes métodos:⁹⁹

- Incluir um pagamento adicional aos pagamentos por todos os fatores descritos anteriormente. Isso permite que o parceiro privado recupere todo o *equity* investido mais um retorno que forneça a TIR do acionista originalmente esperada (a ser calculada com base no modelo financeiro do caso de base acordado originalmente pelas partes). Isso dá, ao parceiro privado, proteção contra penalidades por desempenho insatisfatório no passado por meio da rescisão por conveniência.¹⁰⁰ No entanto, isso também envolve um risco para o parceiro privado porque o desempenho bom ou excelente não é recompensado; e
- O descrito acima, mas fornecendo um retorno (isto é, obtenção da TIR do acionista) igual à TIR esperada considerando o desempenho atual e projetado do projeto (calculado com base em um caso base atualizado). Alternativamente, pode envolver basear os cálculos em uma estimativa do valor de mercado do *equity* (sendo um cálculo mais complicado) por meio do desconto dos fluxos de caixa projetados ou por meio de outros métodos, por exemplo, aplicando múltiplos de transações semelhantes. Isso minimizaria o risco de o parceiro privado ser mal recompensado em situações de desempenho superior, mas cria o mesmo risco de desvantagem injusta identificada acima em relação ao desempenho inferior no passado.

O pagamento na rescisão por *default* do parceiro público é, frequentemente, calculado na mesma base.

2) **Rescisão por força maior:** em geral, considera-se que o risco de força maior deve ser compartilhado, em certa medida, entre as partes. É considerado boa prática que o contrato conceda, ao parceiro privado, o direito de recuperar todo o investimento na íntegra (ou seja, saldo da dívida, todos os custos de rescisão do contrato e saldo do *equity* de modo a resultar em uma TIR igual a zero). Alguns países/contratos também reconhecem o direito a uma TIR do acionista positiva a uma taxa pré-acordada, geralmente, para obter uma TIR do acionista próxima a 0% em termos reais (por exemplo, uma TIR do acionista de 2%).

Existem outros métodos para calcular a indenização.¹⁰¹ A consideração mais importante é que o contrato deve estabelecer, claramente e desde o início, qual método será usado para calcular a indenização de rescisão e como esse valor será pago.

3) **Rescisão por *default* /quebra contratual do parceiro privado:**

O contrato deve conceder, ao parceiro privado (ou, pelo menos, aos mutuantes (*lenders*)), o direito de receber uma quantia de indenização pela rescisão por *default* (a razão é que o governo receberá o ativo em troca da rescisão, e isso não deve resultar em benefício indevido para o governo).

⁹⁹ *EPEC Guide to Guidance* também explica os métodos para determinar o montante da indenização nesse cenário (página 41).

¹⁰⁰ Quando o contrato é rescindido por conveniência, é injusto que o parceiro privado seja penalizado com o pagamento pelo término antecipado com base no desempenho pretérito do projeto, dado que a rescisão o impede de retificar seu desempenho no prazo contratual que restaria.

¹⁰¹ Vide *Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts* (EPEC, 2013) página 21.

O cálculo da indenização por rescisão por *default* do parceiro privado é mais polêmico. Abordagens bastante diferentes podem ser encontradas em diferentes países:

- Valor contábil: em países de direito codificado, a aproximação mais comum é calcular a soma da compensação com base no valor contábil líquido dos ativos (vide Quadro 5.36);
- Compensação com base na dívida: consiste em um pagamento igual ao saldo da dívida sênior, o que pode ser necessário, em países EMDE, para garantir a viabilidade do projeto. Esse método pode reduzir o incentivo para que os mutuantes (*lenders*) supervisionem e garantam o bom desempenho do projeto.¹⁰² Isso pode ser corrigido incluindo uma redução na dívida (estabelecendo uma porcentagem da dívida a ser recuperada ao invés de conceder sua recuperação total) (Gide 2015). Em qualquer caso, essa abordagem pode ser injusta para o parceiro privado, pois a perda de todo o *equity* pode exceder o valor potencial dos danos e perdas sofridos pelo parceiro público. Mais uma vez, isso cria um potencial ganho indevido para o governo e um incentivo perverso para rescindir mais cedo. Uma abordagem alternativa, especialmente para países EMDE que desejam garantir a bancabilidade, é uma combinação desses dois métodos (valor contábil e compensação baseada em dívida com uma “redução”); e
- Valor de mercado/venda de mercado: Em outros países (normalmente países de direito consuetudinário), o governo pode decidir reliciar o contrato, ou seja, licitar a posição do acionista e substituir o parceiro privado. Nesse caso, o valor da indenização é o valor do ativo do projeto que o melhor proponente de valor pagará e que (após deduções dos valores devidos ao governo) estará disponível para pagar os mutuantes (*lenders*), com qualquer excedente disponível para os investidores de *equity* (“Venda no mercado aberto”).¹⁰³ Este Guia de Certificação em PPP considera isso boa prática: ela introduz a possibilidade de evitar o cancelamento do contrato por meio da licitação apenas do seu saldo e fornece um arcabouço para uma indenização justa, em vez de uma metodologia fixa alheia à realidade do desempenho do projeto. Também permite que o parceiro público evite o problema de fluxo de caixa que surge caso seja obrigado a pagar uma indenização com seus próprios recursos. No entanto, em algumas circunstâncias de *default*, pode não haver licitantes para o projeto relicitado, portanto, o contrato também deve incluir um processo alternativo por meio do qual o governo fará o pagamento da rescisão e pelo qual o contrato será encerrado. Além disso, no caso de mercados de PPP imaturos em países EMDE, pode ser melhor confiar em métodos mais simples e diretos, como os descritos.

Alternativamente, a Autoridade Contratante pode acordar com os mutuantes (*lenders*) sobre quem substituirá o parceiro em *default* (isso é proibido em algumas jurisdições).

¹⁰² A “redução” pode limitar o efeito positivo na bancabilidade ou, então (se os mutuantes (*lenders*) exigirem garantias corporativas para preencher a lacuna da indenização) ser oneroso demais para o investidor de *equity*.

¹⁰³ Quando não há liquidez ou interesse suficiente no mercado para aquisição do saldo do contrato, a Autoridade Contratante, em algumas ocasiões (típico na Austrália e no Reino Unido) pagará aos mutuantes (*lenders*) o valor de mercado estimado do contrato após dedução dos custos de remediação. Isso é conhecido como “compensação pelo valor justo” (EPEC). Uma descrição aprofundada desses processos pode ser encontrada em “*Termination for Default by the PPP Company*” no *EPEC PPP Guide*.

QUADRO 5.36: O Método de Compensação Usual em Países de direito codificado em Casos de Rescisão por inadimplência ou quebra de contrato

Na rescisão por *default* do parceiro privado (como em qualquer outro cenário), o governo receberá de volta o ativo e pagará um preço (o valor da indenização).

A abordagem comum em países de direito codificado para calcular a indenização é usar o valor econômico do ativo (custos de construção mais investimentos em renovação e manutenção intensiva) menos sua depreciação (geralmente, considerando a depreciação linear/constante durante a vigência do contrato de PPP). Isso, às vezes, é chamado de "valor contábil líquido dos ativos". No entanto, isso não é necessariamente coincidente com o valor refletido nas contas do parceiro privado, pois pode variar, significativamente, a depender das características específicas do respectivo contrato de projeto.

Em outros casos, o valor pode ser calculado com base no investimento total, isto é, incluindo aqueles investimentos não estritamente associados ao valor da construção, mas outras aplicações de fundos, como juros e custos de desenvolvimento incorridos durante a construção (IDC (*Interest During Construction*, no original)).

De acordo com a abordagem do valor contábil líquido, o parceiro privado arcará com os custos de "danos e perdas" sofridos pelo governo, que serão deduzidos do montante de indenização.

Neste sentido, é boa prática estabelecer, no contrato, os conceitos com base nos quais os danos e perdas serão calculados, normalmente, incluindo custos diretos incorridos pela Autoridade Contratante para reparar o ativo (custos de retificação), custos de nova licitação e contingências relacionadas a reclamações de terceiros (por exemplo, usuários) e assim por diante.

O governo também poderá executar a garantia de desempenho, que pode ser considerada como um adiantamento por danos e perdas ou como uma penalidade adicional a eles.

As disposições relativas à rescisão por *default* devem ser tão claras e objetivas quanto possível.

O contrato deve indicar, claramente, o seguinte:

- O que constitui um evento de *default* que pode autorizar a Autoridade Contratante a rescindir o contrato. A materialidade das quebras de contrato que podem constituir *default* é fundamental;
- Como e quando (qual prazo é permitido para o cálculo) o valor da indenização será calculado. É fundamental definir, em termos precisos, todos os termos e conceitos utilizados no cálculo como "distribuição", "TIR", "Perdas" e "Dívida Sênior" dentre outros;¹⁰⁴
- Qual o prazo de vencimento do pagamento e juros sobre o pagamento da indenização em caso de atraso ou pagamento parcelado;
- O direito de compensar ou deduzir qualquer montante do valor da indenização e como esse valor será calculado (danos e perdas);

¹⁰⁴ Gide 2015 (comissionado pelo World Bank) apresenta sugestões de definições em suas cláusulas propostas para rescisão (página 31). Outros padrões recomendados podem ser encontrados nos manuais e guias de PPP mencionados ao longo deste Guia de Certificação em PPPs, tendo-se em mente que qualquer cláusula padronizada ou recomendada deve ser customizada para a jurisdição específica, e daí pode ser necessária alguma adaptação para projetos específicos.

- Como lidar com a senioridade entre os mutuantes (*lenders*) e mutuantes (*lenders*) subordinados; e
- Tratamento de saldos de caixa, receitas de seguro e/ou direitos de reclamação contra contratados subordinados.

9.10. Processo de Reversão

Os ativos serão “devolvidos” (revertidos) à Autoridade Contratante no vencimento do contrato. É boa prática estabelecer critérios mínimos a serem cumpridos pelos ativos, de modo a garantir que esses sejam transferidos de volta para a Autoridade Contratante em condições aceitáveis. Também é boa prática observar que requisitos ou condições exigentes serão precificados no contrato de PPP, resultando em tarifas de usuário ou pagamentos governamentais mais altos. O contrato deve exigir que o ativo tenha uma vida útil restante razoável na data de vencimento, caso contrário, pode haver um incentivo perverso para o parceiro privado evitar fazer investimentos desejáveis para manter a condição do ativo, uma vez que o ele não arcará com as consequências da má manutenção ou da necessidade de renovações.

Os requisitos de reversão devem ser claramente definidos no contrato desde o início (ou seja, no lançamento da licitação) de forma a permitir e incentivar o licitante vencedor a incorporar, em seu modelo financeiro, os recursos a serem investidos para atender a tais requisitos.

Algumas boas disposições comuns para regular o processo incluem o seguinte:

- Inspeções de terceiros sobre o estado do ativo com antecedência suficiente da data de vencimento (por exemplo, 3 anos) e inspeções anuais para acompanhar a necessidade de e os investimentos feitos nos ativos para atender aos critérios;
- Retenção igual a um percentual das receitas anuais (ou dos pagamentos) para custear uma reserva com esse propósito (por exemplo, 2% dos pagamentos pelos serviços). Assim que as inspeções detectarem que a reserva está superdimensionada, o percentual de retenção deve ser reduzido; e
- Ao final do contrato (que efetivamente terminará com o processo de reversão) e observado o cumprimento dos requisitos de reversão, qualquer valor remanescente desse fundo deverá ser liberado para o parceiro privado.

10. Verificação de controle e aprovações antes do lançamento da licitação e planejamento antecipado

As últimas tarefas do processo na Fase de Estruturação e Elaboração de Minutas e pré-lançamento incluirão as seguintes.

- Levantar, formalmente, as aprovações necessárias, empacotar todos os documentos do processo licitatório e executar uma verificação de controle. Isso é explicado abaixo; e
- Planejamento da fase de licitação/processo licitatório. O processo de licitação deve ser cuidadosamente planejado. Isso envolve a programação das tarefas a serem executadas e o planejamento dos recursos que serão necessários (incluindo a função dos assessores e a tecnologia da informação (TI) necessária para lidar com o processo de licitação). Também envolve a determinação das funções e responsabilidades necessárias da equipe do projeto para gerenciar o processo desde o lançamento do projeto até a assinatura do contrato (que é o objeto do capítulo 6).

Antes de lançar o processo licitatório, a Autoridade Contratante deve se certificar de que todas as análises e exercícios foram concluídos de forma satisfatória. É boa prática desenvolver uma lista de verificação e confirmar/verificar se todas as condições relevantes de Preparação e Estruturação foram atendidas. O Quadro 5.37 fornece um exemplo de lista de verificação. Os processos de cada país e da Autoridade Contratante serão, até certo ponto, distintos. Obviamente, a lista de verificação terá que corresponder aos requisitos do arcabouço de PPP, do projeto e da análise realizada durante os ciclos de Preparação e Estruturação da PPP.

Alguns ou todos os relatórios e o próprio pacote documental da licitação podem estar sujeitos à aprovação de diferentes áreas ou departamentos do governo (por exemplo, procuradoria geral, secretário de finanças, controladoria e assim por diante), o que dependerá do respectivo arcabouço (as prescrições legais ou regulamentares integradas na lei de contratos públicos e/ou o arcabouço institucional do respectivo mercado de PPP).

Para garantir que as autorizações sejam recebidas em tempo hábil, a equipe do projeto deve considerar o fornecimento de relatórios de progresso (mesmo informalmente) aos respectivos tomadores de decisão ao longo do processo de estruturação, a fim de evitar rejeições de última hora nos documentos do projeto ou nos testes de capacidade de pagamento (*affordability*).

Em alguns processos de licitação sob a abordagem de duas etapas, o pacote final da licitação e as aprovações finais podem não ocorrer em uma única etapa. No entanto, a CDQ pode ser emitida primeiro e, a CDP, publicada após a seleção dos licitantes (com ou sem uma lista curta). Além disso, certos aspectos dos regulamentos do processo licitatório podem estar sujeitos a refinamento durante a fase de diálogo (processos de diálogo competitivo), incluindo o contrato (ver apêndice A do capítulo 4).

QUADRO 5.37: Exemplo de lista de verificação antes do lançamento do processo licitatório ¹⁰⁵

Verificação de viabilidade técnica e due diligence

- O projeto foi aprovado em consulta pública (quando solicitado pelo arcabouço), e as sugestões ou reclamações foram devidamente consideradas;
- A viabilidade técnica foi testada por um processo de concepção sólido e incluiu uma revisão de terceiros ou auditoria de qualidade. A Autoridade Contratante endossou a concepção do projeto e os requisitos técnicos;
- Os riscos técnicos e jurídicos foram analisados e esclarecidos ou devidamente tratados na estrutura de alocação de riscos, quando necessário. Alguns exemplos são os seguintes:
 - Realocação de serviços públicos: Quando o risco for significativo, a documentação adequada deve ter sido entregue aos licitantes; caso contrário, o risco será totalmente retido pelo público ou compartilhado dentro do contrato.
 - Descobertas arqueológicas: quando há risco significativo, um mapa de locais arqueológicos em potencial é fornecido aos licitantes e as provisões de mitigação de risco potencial são implementadas no contrato;

¹⁰⁵ Este *checklist* é um exemplo e se baseia no que consta das Diretrizes de PPP da Prefeitura do Rio de Janeiro, patrocinadas pelo Banco Mundial. Além disso, a EPEC fornece uma lista de verificação antes do lançamento (página 25) em seu Guia de Orientação. Como se envolver com o setor privado (PPPIAF, 2011) e sugere uma lista de verificação (páginas 109-110).

- Riscos geotécnicos: quando estruturas significativas estão na concepção e escopo do projeto, um estudo de condições geotécnicas foi realizado e/ou um esquema de compartilhamento de risco está em vigor no contrato com base nas “condições de linha de base”;
- Considerações tributárias específicas: na medida do possível, elas são esclarecidas para os licitantes;
- O terreno está disponível e/ou a servidão de passagem (RoW – right of way, no original) está liberada ou há um cronograma claro para obtê-la: Quando as desapropriações não devem ser tratadas pelo governo, os riscos foram equilibrados com o nível de incerteza em termos de custos e prazos (retidos ou compartilhados conforme apropriado); e
- Qualquer outra incerteza que possa ter surgido durante a Fase de Avaliação e Preparação ou Fase de Estruturação e Elaboração de Minutas foi resolvida ou considerada adequadamente na estrutura de alocação de risco.

Verificação de resultado de custo-benefício positivo/sólido

- Se mudanças significativas foram feitas no escopo do projeto ou novas e significativas incertezas surgiram, uma atualização do relatório econômico foi feita e, os resultados originais, confirmados.

Verificação de Viabilidade Comercial

- A análise e o modelo financeiros foram atualizados para incluir novos dados e considerações finais sobre a estrutura financeira do projeto e o projeto permanece viável (em termos de requisitos de retorno de capital e bancabilidade) dentro das mesmas estimativas originais feitas na Fase de Avaliação e Preparação do projeto. Um limite de preço definitivo é proposto para aprovação sob considerações de capacidade de pagamento (*affordability*) a serem feitas pelo tesouro;
- A partir dessa análise e do conseqüente relatório de viabilidade financeira, é claramente verificável que o investidor recuperará o investimento de *equity* e usufruirá de um retorno razoável e um TIR do acionista calculados de acordo com as condições de mercado prevalentes. Também é considerado razoável que os mutuantes (*lenders*) estejam interessados em fornecer dívida em condições (valor, prazo, preço e proporções) que provavelmente se encaixarão nos fundamentos do projeto.

Verificação do limite de capacidade de pagamento (*affordability*)

- Os compromissos derivados do projeto são considerados assumidos de acordo com uma projeção moderada das receitas ordinárias da Autoridade Contratante ou sob um cenário conservador (por exemplo, crescimento zero em termos reais);
- Contingências oriundas da retenção de risco pelo concedente foram descritas e consideradas;
- Todas essas informações e resultados foram revisados pelo secretário do tesouro e pela controladoria;

Verificação de VfM positivo (se exigido) ou aceitável;

- Quando o VfM foi feito na etapa de Avaliação e Preparação: não houve mudança relevante na estrutura e nas projeções que exijam uma reavaliação do VfM ou essa análise foi concluída com resultados satisfatórios.

Viabilidade jurídica da estrutura do contrato e documentos do processo licitatório

- Os contratos e documentos do processo licitatório estão em vigor e concluídos, incluindo as disposições mínimas de acordo com a lei. Todas as disposições são consistentes com o arcabouço jurídico e estão prontas para aprovação pela procuradoria-geral;
- O mecanismo de pagamento e as especificações de resultado estão prontos e determinados de forma clara, eficiente e objetiva para serem validados pelo chefe de gabinete responsável e pela tesouraria; e

Pacote dos documentos e relatórios: Após todos os requisitos anteriores haverem sido cumpridos e verificados pela equipe do projeto, o pacote/arquivo com as versões finais dos documentos e relatórios deve ser distribuído às entidades governamentais responsáveis pela avaliação do projeto antes da aprovação final do governo.

11. Resumo dos resultados desta fase

Os resultados do trabalho realizado durante esta fase são:

- O pacote completo do processo licitatório está completo e pronto para ser publicado. (Conforme descrito nesse capítulo, os termos da CDP e especialmente os termos do contrato final podem estar sujeitos a refinamentos ou mesmo alterações durante o processo de licitação. Isso é particularmente o caso em alguns tipos de processos de licitação de duas fases, como o diálogo competitivo); e
- Foi concedida a autorização e a aprovação final para o lançamento do processo licitatório e para a Autoridade Contratante celebrar o contrato se algum licitante cumprir os critérios e requisitos da proposta. O pacote da licitação é baseado em uma avaliação completa e exaustiva e na preparação que começou na Fase de Avaliação e Preparação e agora foi concluída de forma satisfatória.

Referências

Nome do Documento	Autores/Editores e ano	Descrição	Link http (quando disponível)
Referências chaves para Estruturação e Elaboração de Minutas			
Infrastructure Australia National PPP Guidelines Volume 2: Practitioners' Guide	Commonwealth of Australia (2011).	Inclui diretrizes para estruturar contratos de PPP e processos licitatórios, e gerenciar processos licitatórios do "tipo interativo".	http://infrastructureaustralia.gov.au/policy-publications/public-private-partnerships/files/Vol_2_Practitioners_Guide_Mar_2011.pdf
Standardization of PFI Contracts (version 4)	HM Tesouro, UK (2007).	Diretrizes detalhadas para estruturar um contrato PFI (PPP com cobrança do usuário).	
Standardization of PF2 Contracts	HM Tesouro, UK (2012).	Desenvolve os padrões anteriores para adaptá-los ao PF2	https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/221556/infrastructure_standardisation_of_contracts_051212.pdf
A New Approach to Public-Private Partnerships (PF2)	HM Tesouro, UK (2012).	Revisão da abordagem PFI que incorpora uma série de novos recursos ao modelo PFI/UK, incluindo capital público, uso de garantias públicas para a dívida e outros.	https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/205112/pf2_infrastructure_new_approach_to_public_private_partnerships_051212.pdf
Risk Allocation and Contractual Issues	Partnerships Victoria (June 2001).	Extensa análise sobre alocação de risco e padrões contratuais relacionados ao risco.	www.dtf.vic.gov.au/.../Risk-Allocation-and-Contractual-Issues1-Entire.pdf
Online Toolkit for Public Private Partnerships in Roads and Highways World Bank	Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF) (2009).	Descrição dos processos de licitação e reflexão sobre as diferentes estruturas de receita, incluindo documento que analisa os mecanismos de pagamento em estradas	http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/highwaytoolkit/index.html
Public-Private Partnerships Reference Guide V 2.0	World Bank Group, PPIAF (2014).	Bom resumo das principais questões relacionadas à estruturação de PPPs.	http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/public-private-partnerships-reference-guide-version-20
The Guide to Guidance - How to Prepare, Procure and Deliver PPP Projects	European PPP Expertise Centre (EPEC) (2012).	De particular interesse para este capítulo é a descrição de questões de rescisão de contrato e métodos para calcular a indenização por término.	http://www.eib.org/epec/g2g/ii-procurement/31/314/index.htm
National Treasury PPP Manual, South Africa (Module 5: Procurement).	National Treasury PPP Unit, South Africa (2004).	Módulo 5 descreve procedimentos e abordagens padrão para a concepção do contrato e documentos da licitação da PPP.	http://www.ppp.gov.za/Legal%20Aspects/PPP%20Manual/Module%2005.pdf
Outras referências e leituras citadas neste capítulo			
A Guide to Disclosure in PPP Projects	World Bank (2015).	Apresenta o conteúdo relevante e principal do que deve constituir uma estrutura de divulgação de informações do contrato. Fornece exemplos de jurisdições que fornecem modelos em suas diretrizes de política e sugere seu próprio modelo para divulgação proativa na seção 11 "Modelos" (páginas 37-41).	

Disclosure in PPPs: Jurisdictional Studies	World Bank (2015).	Uma extensão do Guia mencionado anteriormente. Fornece uma análise das abordagens para a divulgação de informações (para as fases de pré-aquisição e pós-aquisição), incluindo como alguns países lidam com a divulgação do contrato.	
The Orange Book. Management of Risk – Principles and Concepts.	HM Tesouro UK (2004).	Para obter informações sobre a gestão de riscos do processo de PPP.	https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/220647/orange_book.pdf
PPP Infrastructure Resource Center (PPPIRC)		O Grupo Banco Mundial fornece inteligência sobre contratos, precedentes reais e regulamentos de licitações no PPPIRC.	http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/about-pppirc
Risk Identification and Risk Allocation in Project Finance Transactions	Chris Furnell (May 2000).		
PPP: Principles of Policy and Finance	E. R. Yescombe (2007).	O Capítulo 14 trata da avaliação e transferência de risco (incluindo um foco na bancabilidade e na percepção dos mutuantes (<i>lenders</i>)) e é pertinente à parte de estruturação de risco deste capítulo do Guia de Certificação em PPP.	
A New Approach to Private Roads.	E. Engel and others (2002).	Este artigo descreve o critério “Valor atual da receita” usado para outorgar de PPP de rodovias pedagiadas no Chile.	http://object.cato.org/sites/cato.org/files/serials/files/regulation/2002/10/v25n3-6.pdf
Competitive Dialogue in 2008. OGC/HMT Joint Guidance on Using the Procedure	UK Office of Gov. Commerce (2008).	Descreve o processo e as principais características a considerar na estruturação e tratamento de um diálogo competitivo conforme regulamentado pela União Europeia.	http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20110601212617/http://ogc.gov.uk/documents/OGC_HMT_2008_Guidance_on_Competitive_Dialogue.pdf
Attracting Investors to African PPP	PPIAF (2009).	Inclui exemplo interessante do que constituem especificações resultado inteligentes e não inteligentes em uma PPP de acomodação.	https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2588/461310revised017808213773070Revised.pdf?sequence=1
PPP Guidelines of the Rio de Janeiro Municipal Government	Sponsored by World Bank (2013).	Inclui normas recomendadas para cláusulas de contratos de PPP no contexto brasileiro.	
Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts	EPEC (2013).	Debate as diferentes abordagens e fornece dicas e reflexões sobre as cláusulas de rescisão recomendadas.	http://www.eib.org/epec/resources/Termination_Report_public_version.pdf
How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets	PPIAF, World Bank – Farquharson, Torres de Mästle, and Yescombe, with Encinas (2011).	Descreve e orienta todo o processo de PPP, destacando a experiência dos países em desenvolvimento. Abrange brevemente a seleção de projetos; o foco é preparar e levar o projeto ao mercado e engajar o setor privado.	https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2262/594610PUB01D1710Quadro358282B01PUBLIC1.pdf?sequence=1
La Experiencia Española en carreteras	Andrés Rebollo, commissioned by the Inter-American Development Bank (IDB) (2009).	Também inclui uma série de estudos de caso representativos.	http://publications.iadb.org/handle/11319/4890

Public-Private Partnerships: In the Pursuit of Risk-Sharing and Value for Money	OECD (2008)	Descreve a experiência espanhola em PPPs rodoviárias. O Anexo 2 apresenta um estudo de caso de uma PPP baseada em faixas de pedágio-sombra.	
Guidebook for Risk Assessment in Public Private Partnerships.	FHWA, Department of Transportation, US (2013).	Fornecer diretrizes para avaliação de risco em PPPs.	https://www.fhwa.dot.gov/ipd/pdfs/p3/p3_guidebook_risk_assessment_030314.pdf
Explanatory Note-Competitive Dialogue-Classic Directive	European Commission (2005).	Explica como usar o Diálogo Competitivo na Europa.	
Recommended PPP contractual provisions (draft)	Gide, commissioned by WB (2015)	Recomenda as disposições padrão para os principais aspectos do contrato de PPP, como término antecipado, confidencialidade e divulgação, direitos dos mutuantes (<i>lenders</i>) e outros.	
Dispute Resolution Checklist and Sample Wording	PPPRIC web site	Fornecer consultoria em relação ao design de sistemas e processos de resolução de disputas.	http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-risk-matrices/dispute-resolution-checklist
Estudos de caso			
Paving the Way: Maximizing the Value of Private Finance in Infrastructure	World Economic Forum (2010).	Inclui vários estudos de caso sobre contratos de PPP relevantes.	http://www3.weforum.org/docs/WEF_IV_PavingTheWay_Report_2010.pdf
Disclosure in Public-Private Partnerships: Good Practice Cases	World Bank Group and PPIAF (2015).	Inclui uma série de exemplos de como a divulgação proativa é relevante para gerenciar com sucesso o interesse da indústria e aceitação e apoio público.	
Resource Book on PPP Case Studies	EU Commission (2004).	Analisa os desenvolvimentos de PPP na Europa nos setores de água, gestão de resíduos e transporte, fornecendo e explicando vários casos de PPP em mercados emergentes na UE.	http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/guides/pppresourcebook.pdf
Success Stories and Lessons Learned: Country, Sector and Project Examples of Overcoming Constraints to the Financing of Infrastructure	World Bank Group (2014).	Explica os desafios atuais dos EMDEs no acesso ao financiamento privado, explicando uma série de casos de sucesso relevantes e lições aprendidas.	https://g20.org/wp-content/uploads/2014/12/WBG%20IWG%20Success%20Stories%20Overcoming%20Constraints%20to%20the%20Financing%20of%20Infrastructure.pdf

Apêndice A do Capítulo 5: Descrevendo os principais riscos em PPPs e potenciais abordagens para alocação

1.1. Descrição dos principais riscos durante a fase de construção e sua alocação potencial

1.1.1. Disponibilidade e Aquisição de terreno.

O terreno ou local para a construção da infraestrutura pode já estar disponível ou pertencer à autoridade e estar disponível para uso.

No entanto, na maioria dos casos, não há essa disponibilidade. Nesses casos, o terreno deve ser adquirido. Isso é especialmente complexo em infraestruturas lineares, como estradas e trilhos, onde pode haver vários proprietários.

O terreno pode ser o local onde uma instalação social ou uma usina de processamento (por exemplo, uma estação de tratamento de águas residuais) será construída ou pode ser para instalações relacionadas à infraestrutura de transporte (por exemplo, estações em um projeto ferroviário, depósitos ferroviários). Alternativamente, pode se tratar de "servidão de passagem", ou seja, o corredor onde uma nova estrada ou rodovia, ou linha férrea, ficará localizada.

Normalmente, o título de propriedade do terreno permanecerá nas mãos da autoridade que concederá ao parceiro privado, por meio do contrato, o direito legal de usar o terreno para construir e administrar a infraestrutura (por exemplo, por meio de um arrendamento ou concessão). A autoridade é geralmente a única parte com poderes para expropriar o terreno dos proprietários existentes, embora em alguns países esse poder possa ser delegado ao parceiro privado (dando-lhe o título de "beneficiário da desapropriação"). Veja abaixo.

Se o terreno não estiver disponível no momento do fechamento comercial, o que é comum em projetos de infraestrutura linear, existe um risco tanto em termos de custo quanto de tempo, pois, obviamente, a construção só pode progredir quando o terreno estiver disponível. Estimar o custo de aquisição (especialmente quando há vários proprietários) é muito complexo e incerto e é comum em muitos países que o preço final seja definido por um tribunal (principalmente em países de direito codificado).

Este Guia de Certificação de PPP considera melhor prática que a Autoridade Contratante retenha os riscos relacionados ao custo e à disponibilidade do terreno, incluindo quaisquer custos de realocação dos ocupantes atuais (legais e ilegais). Isso ocorre porque o parceiro privado, normalmente, provisionará contingências significativas para cobrir o risco de custos mais altos, incluindo a incerteza sobre o tempo que levará antes que o terreno esteja disponível para construção.

Nesse sentido, é boa prática que a autoridade administre diretamente a aquisição dos terrenos, mas, em alguns países, o parceiro privado pode fazê-lo sob delegação. Nesses casos, é fundamental que a autoridade retenha o risco (e o retorno), ou seja, assuma diretamente o custo final da aquisição e as consequências de potenciais atrasos.

Pode, no entanto, haver circunstâncias e práticas estabelecidas em que o parceiro privado não apenas administrará e financiará a aquisição, mas também assumirá algum nível de risco. Nesses casos, se a experiência anterior foi satisfatória e o nível de incerteza é considerado moderado, é boa prática limitar a exposição ao risco do parceiro privado e/ou compartilhar o risco por meio de um mecanismo específico. Por

exemplo, isso poderia ser feito definindo uma linha de base de custos baseada em estimativas da autoridade, bem como concedendo uma indenização igual a uma certa porcentagem dos custos excedentes, incluindo um limite no custo total a ser suportado pelo parceiro privado. Quando tais disposições estão em vigor, elas também devem cobrir a situação inversa, de modo a também compartilhar uma parte de qualquer economia de custo sobre a estimativa de custo definida no contrato.

Quando a autoridade é responsável pelos riscos e pela gestão direta do processo de desapropriação (por exemplo, projetos de estradas no México ou na Nigéria), é comum e boa prática apenas licitar o contrato quando uma parte significativa do terreno já estiver adquirida e disponível porque, independentemente da suposição direta dos custos (e, portanto, do risco dos custos) pela autoridade, a probabilidade de atrasos no plano de aquisição é significativa. Portanto, existe o risco de atraso no prazo de construção. Quer o risco de atraso devido à indisponibilidade de terreno esteja claramente estabelecido nos contratos como um evento de isenção ou de indenização, conflitos e problemas surgirão em tais situações. Isso pode ser evitado se o programa de aquisição estiver significativamente avançado quando o contrato for assinado (ou mesmo ainda durante a licitação)¹⁰⁶.

Os riscos de aquisição de terrenos serão exacerbados se houver direitos indígenas ou nativos sobre a terra, o que é uma questão relevante em vários países. Nesses casos, fica ainda mais claro que assumir o risco, e até mesmo gerenciá-lo diretamente, oferece uma melhor relação custo-benefício para a autoridade. O governo está mais bem posicionado do que as empresas privadas para resolver esse risco, pois, no final das contas, sempre pode aprovar uma nova legislação.

1.1.2. Ambiental

A maioria dos projetos será obrigada a passar por um **Estudo e Avaliação de Impacto Ambiental (EAIA)**.

As questões ambientais podem estar relacionadas a uma série de aspectos diferentes, que podem ser agrupados em duas categorias.

- O impacto potencial do projeto em termos de contaminação ou poluição pode ser (emissão de gases, poluição sonora durante a construção, contaminação da água); e
- Impacto no ambiente natural, como impactos na biodiversidade, impacto visual na paisagem e assim por diante.

O **Estudo e Avaliação de Impacto Ambiental (EAIA)** é produzido por autoridades ambientais (ou produzido pelo governo e depois revisado pela autoridade ambiental), e o resultado pode causar impactos severos no projeto, tanto em termos de custos como de atrasos. O EAIA pode exigir uma mudança na localização do projeto ou outras mudanças concretas na sua concepção, incluindo a redefinição do traçado em um projeto de infraestrutura linear. Outro impacto no custo do projeto pode ser a necessidade de incluir medidas específicas para mitigar impactos ou proteger os valores ambientais.

¹⁰⁶ De fato, em alguns países (por exemplo, no México), é prática comum no financiamento de projetos de estradas que os mutuantes (*lenders*) solicitem, como condição para o empréstimo, que uma parte muito significativa da “servidão de passagem” esteja disponível no fechamento financeiro.

A Autoridade Contratante não pode controlar a EAIA, pois é comumente emitida por uma agência independente ou separada dentro do governo, ou a agência pode pertencer a outro nível de governo (por exemplo, um governo regional ou estadual).

Os impactos ambientais devem ser antecipados tanto quanto possível pela autoridade, a fim de limitar ou mitigar este risco para o benefício de ambas as partes.

As especificações do projeto definidas no momento do lançamento da licitação têm de cumprir os regulamentos e os impactos ambientais devem ser contemplados num plano de manejo ambiental. O desenho preliminar do projeto ou seu esboço também deve ter sido validado com a agência ambiental competente. Em alguns países, é comum solicitar a emissão de uma avaliação ambiental preliminar (por exemplo, na Nigéria, a autoridade faz a EAIA preliminar e, o licitante vencedor, a mais detalhada).

O risco de um EAIA negativo ou de um EAIA com impacto na concepção do projeto é, geralmente, suportado pelo setor privado. Isso pode ser causado por quaisquer alterações ou modificações das especificações do projeto ou quando tais modificações estão fora dos limites ou diretrizes fornecidos pela EAIA. Além disso, o parceiro privado permanecerá afetado pelo passivo ambiental durante a fase de Gestão do Contrato – Construção e Operações (até a conclusão e reversão).

1.1.3. Alvarás e Licenças

Tal como acontece com os impactos ambientais e seu licenciamento, o governo deve tentar se antecipar e obter licenças e alvarás com base nos planos gerais para as obras (ou um projeto de referência, se houver sido preparado). Isso é feito com o objetivo de mitigar riscos e preparar o projeto. Deve, também, responder aos riscos associados a essas licenças na medida em que possam estar relacionados com as especificações técnicas.

No entanto, é prática comum em todo o mundo que o risco geral associado às licenças recaia sobre o parceiro privado (que, por sua vez, o transferirá para o empreiteiro no contrato de construção). Isso ocorre porque o parceiro privado desenvolve o projeto e porque a Autoridade Contratante não pode se comprometer a emitir licenças de responsabilidade de outros departamentos.

1.1.4. Risco de projeto

Em termos gerais, o risco de projeto pode se referir aos dois tipos de eventos sendo:

- Defeitos no projeto que resultem na construção de um ativo que não atende às especificações técnicas, requisitos legais e quaisquer condições impostas por estipulações ambientais ou outras. Tais circunstâncias significam que o projeto tem que ser alterado, causando atrasos e, principalmente, aumento de custos; e
- Defeitos ou falhas no projeto que resultem no não atendimento dos níveis de serviço especificados no contrato ou que resultem em um aumento nos custos de operação e manutenção (O&M), a fim de atender aos níveis de serviço requeridos.

Embora o projeto em PPPs seja comumente desenvolvido pela parte privada, é a parte privada que geralmente deve arcar com o risco do projeto. O parceiro privado geralmente realoca esse risco para a construção ou empreiteiro de Engenharia, Aquisição, Construção (EPC) sob um contrato privado de Projeto e Construção (D&B).

Este risco, como um risco geral relacionado ao escopo do contrato, pode se sobrepor a alguns outros que afetem a fase de concepção e desenvolvimento do projeto, alguns dos quais podem consistir em eventos isenção e/ou indenização para a parte privada se ocorrerem.

1.1.5. Risco de Construção

Risco de construção é a possibilidade de que, durante a fase de construção, os custos reais do projeto ou o cronograma de construção excedam os projetados.

O atraso na conclusão ou comissionamento também representará uma perda de receita. Isso é avaliado e categorizado como uma categoria de risco separada ou *ad hoc* em vários manuais e diretrizes, incluindo este Guia de Certificação em PPP. (Veja abaixo).

Em termos gerais, os riscos de construção podem ser causados por defeitos ou erros no projeto, falta de planejamento adequado, falta de gestão adequada do projeto e do cronograma de construção, defeitos nos métodos usados ou outras causas relacionadas ao desempenho insuficiente ou mesmo negligência do parceiro privado (ou de seus contratados subordinados). Isso inclui fatores externos que deveriam ter sido previstos, mas não foram.

Este risco é, geralmente, suportado pelo parceiro privado, que o transferirá aos empreiteiros de construção. Nesse ponto, o risco de construção, na perspectiva do parceiro privado, é o risco envolvido no desempenho do empreiteiro, incluindo não só a capacidade técnica e capacidade de cumprir os requisitos de construção no prazo e dentro do orçamento, mas, também, sua capacidade financeira. Como em qualquer subcontrato ou contratos celebrados pela Sociedade de Propósito Específico (SPE) com seus empreiteiros, a SPE permanecerá como a única entidade responsável perante a autoridade por esses riscos.

Como no caso dos riscos de projeto, esse é um risco geral relacionado ao escopo do contato. Como tal, pode se sobrepor a alguns outros eventos de risco que afetam o projeto e o desenvolvimento, com alguns deles proporcionando isenção ou indenização.

1.1.6. Conclusão da obra e Comissionamento

O risco de conclusão ou o risco de comissionamento se referem ao risco de não se alcançar o resultado da construção conforme projetado, e/ou o projeto construído não atender aos requisitos técnicos para aceitação, causando, assim, um atraso no afluxo de receita. É, na sua essência, um risco de construção ou de projeto e construção que tem de ser suportado pelo parceiro privado como regra geral - sujeito às exceções que o contrato possa prever, com base na concretização de alguns eventos de risco específicos abrangidos nesta seção.

O impacto desse risco é o atraso na entrega do serviço (embora raramente um impacto direto sobre os custos, uma vez que as obras devem ser monitoradas progressivamente por ambas as partes e pelos mutuantes (*lenders*)). O risco será transferido, naturalmente, para o privado por meio de frustração de receita e de penalidades (até potencial término antecipado por quebra de contrato).

Esses riscos, assim como os de projeto e construção, são, geralmente, transferidos para os empreiteiros pela SPE.

Deve-se observar que "conclusão" se refere à finalização das obras de construção, enquanto "comissionamento" é o termo frequentemente utilizado para se referir a uma autorização para iniciar as operações.

O comissionamento (ou qualquer outro nome usado para significar que as obras estão finalizadas de acordo com os requisitos de construção e estão prontas para serem abertas para serviço) geralmente acionará os pagamentos.

Não é incomum conceder uma espécie de "aceitação provisória das obras" ou aprovação de conclusão provisória para que a instalação seja posta em uso. Isso pode ser feito desde que a lista potencial de defeitos ou problemas pendentes não seja relevante para o serviço (geralmente chamada de "lista de pendências"). É concedido um prazo limitado para solucionar esses problemas e receber a autorização definitiva para operar.

A transição da conclusão das obras para o comissionamento é muito importante e pode ser exigente em alguns projetos. Um bom exemplo são os projetos de transporte, especialmente em áreas urbanas (como um sistema de metrô ou metrô). Haverá um período de teste para verificar se o serviço funciona conforme o esperado antes de conceder a aceitação final.

1.1.7. Outros eventos potenciais de interrupção durante a construção

Condições do local e do solo/riscos geotécnicos

O risco de condições geológicas ou geotécnicas inesperadas no terreno também será comumente alocado no parceiro privado em projetos convencionais, ou seja, naqueles projetos onde as condições geotécnicas não representam um desafio significativo e/ou informações no terreno as condições podem ser verificadas com eficácia (por exemplo, para um edifício).

No entanto, existem projetos onde os riscos geotécnicos são muito significativos. Isso pode ocorrer quando uma mudança nas condições geotécnicas previstas, ou a incapacidade de prever essas condições, produz um sério aumento de custo. Um exemplo comum, embora bastante extremo, é quando uma máquina de tunelamento precisa ser substituída porque não pode perfurar o túnel, pois não foi projetada para uso em condições inesperadas.

O caso mais comum de projetos com perfis de risco geotécnico substanciais são projetos de infraestrutura linear com quantidades ou extensões significativas de túneis ou pontes.

Em tais projetos, a autoridade deve realizar uma avaliação significativa e produzir pesquisas detalhadas para investigar e coletar informações sobre as prováveis condições geotécnicas (no processo de preparação do projeto). Também é boa prática compartilhar o risco e/ou limitar a exposição do parceiro privado a ele. Desde que as informações sobre as condições geotécnicas permitam que a autoridade crie uma estimativa razoável das condições, este é o tipo de evento em que a probabilidade do inesperado pode ser baixa, mas o impacto potencial pode ser extraordinário. Portanto, a parte privada não oferecerá proposta ou provisionará contingências extraordinárias em relação ao preço, o que não representará *Value for Money*. A melhor prática inclui a definição de uma linha de base das condições geotécnicas que será usada para avaliar a materialidade das condições adversas que dão direito à parte privada a isenção ou indenização.

Outro risco que pode estar incluído nesta categoria é a remoção de contaminação e/ou materiais perigosos. Em alguns projetos, o local pode ser afetado por contaminação e/ou materiais perigosos que se encontram sobre ou sob o local do projeto como resultado do uso pretérito. O risco de contaminação ou material perigoso (ou risco de descontaminação do terreno) é geralmente tratado da mesma forma que riscos semelhantes (por exemplo, arqueológico, ambiental), sendo sujeito a avaliações e sondagens anteriores. O risco de ter que remover a contaminação do solo ou o terreno e lidar com o descarte de materiais perigosos

é geralmente suportado pelo parceiro privado, mas pode ser uma exceção sensata em projetos onde esse risco pode ser significativo.

Vícios ocultos

Existem projetos onde o terreno já está disponível para construção do ativo. Em outros casos, o ativo pode já estar construído e o objetivo da PPP é expandi-lo ou atualizá-lo (por exemplo, a extensão de uma estrada existente, a melhoria de uma estrada para ter mais faixas, a reforma de um hospital existente, e assim por diante).

O risco de vícios ocultos (ou seja, defeitos no local ou na própria infraestrutura conforme construída e mantida anteriormente) deve ser assumido pelo parceiro privado apenas quando informações significativas estiverem disponíveis para permitir que licitantes em potencial investiguem e avaliem a condição do ativo antes de apresentar proposta.

Deve-se notar que, em alguns setores/tipos de projetos onde esse risco pode ser altamente significativo por suas implicações ambientais (por exemplo, para a reabilitação de usinas de energia ou expansão do tratamento de resíduos perigosos), o governo geralmente decidirá retê-lo.

A justificativa dessa alocação de risco é que os riscos do ciclo de vida são um elemento essencial da transferência de risco e do escopo gerais de uma PPP.

No entanto, quando há informações inadequadas ou insuficientes, é boa prática compartilhar esse risco até certo ponto, limitando ou estabelecendo um teto para a exposição do parceiro privado. Isso se baseia no princípio de eventos imprevistos sua materialidade ou relevância. Se um vício surgir e não for razoavelmente previsível de acordo com as boas práticas profissionais e desde que tenha um impacto adverso significativo, será compartilhado ou parcialmente indenizado pela autoridade. Será tratado como um evento de indenização no contrato.

Quando este risco é inteiramente atribuído ao privado, a autoridade deve transferir os direitos de reclamação contra os contratados anteriores (quando disponível), ou deve, de outra forma, comprometer-se a tomar as medidas necessárias para reclamar contra os contratantes anteriores e transferir a compensação potencial recebida ao parceiro privado.

Achados Arqueológicos¹⁰⁷

Descobertas arqueológicas podem causar impactos significativos em termos de custo e prazo do projeto.

- Podem afetar gravemente o projeto se, por exemplo, for necessária uma mudança no traçado;
- Podem exigir obras para preservar, proteger ou realocar as descobertas; e
- As obras ficarão paralisadas até que seja feita uma avaliação detalhada, o que pode causar grandes atrasos (desde que a descoberta impacte o caminho crítico de construção).

Quando os achados arqueológicos são um risco significativo no terreno do projeto em particular, é essencial que a autoridade desenvolva estudos do sítio arqueológico (mapas arqueológicos), incluindo testes de escavação, no curso de suas atividades preparatórias (ver capítulo 4), de modo a antecipar até o ponto possível a ocorrência de achados adversos à construção.

¹⁰⁷ Outros nomes usados para o mesmo risco ou incluídos no mesmo conceito são patrimônio cultural e fósseis.

A alocação do risco real de tal ocorrência, isto é, descobertas que não foram antecipadas ou impactos imprevistos de tais descobertas (por exemplo, necessidade de desviar o traçado de uma estrada), varia significativamente a depender da tradição jurídica e do arcabouço jurídico de cada país.

- É comum e boa prática que o parceiro privado esteja exposto até certo ponto, mesmo que de modo limitado, a esses riscos. O risco é, acima de tudo, relacionado ao prazo (ou seja, potenciais atrasos na construção) e pode ser significativamente mitigado por meio de uma gestão adequada do cronograma de construção; e
- Também é boa prática que os riscos com impactos graves no projeto - desde que não tenham sido mapeados em pesquisas ou outras informações disponíveis - sejam retidos pela parte pública, pelo menos sob um mecanismo de risco compartilhado. Por exemplo, conceder isenção com relação a atrasos além de um certo intervalo. Isso deve ser feito a partir de uma linha de base das condições ou vinculado, até certo ponto, a informações objetivas, de modo a avaliar se o risco era, ou não, um evento previsível de acordo com a boa diligência e as boas práticas.

Isso também pode se aplicar a descobertas relacionadas a algumas preocupações ambientais (por exemplo, espécies ameaçadas).

Este risco é, geralmente, transferido para o empreiteiro, mas não é raro que esse não aceite a transferência *back-to-back* do risco para descobertas imprevíveis.

Realocação de serviços públicos

Refere-se ao risco de que os serviços públicos estejam em local diferente ou exijam mais obras do que o previsto.

Este risco é, geralmente, suportado pelo parceiro privado. No entanto, como no caso dos riscos ambientais e arqueológicos, é essencial que o parceiro público mitigue-os investigando e avaliando as localizações dos serviços públicos antes da licitação.

Em alguns contextos, especialmente para projetos de transporte em áreas urbanas, esse risco pode ser significativo se as informações sobre a localização dos serviços públicos e sobre seu estado físico não forem obtidas ou acessíveis. Nestes casos, não é incomum compartilhar ou limitar a exposição ao risco do parceiro privado.

Existem, também, outros riscos potenciais que podem surgir durante a Fase de Construção: força maior, mudanças na lei, mudanças nos serviços e rescisão são explicados em um título específico abaixo, pois podem afetar ou surgir em ambas as fases do contrato.

1.2. Descrição dos principais riscos durante a fase de Operações e alocação potencial

1.2.1. Risco de receita - Risco de demanda ou volume¹⁰⁸

A transferência de risco de demanda deve ser sempre considerada com cautela. A transferência significativa do risco, sem mecanismos de mitigação ou compartilhamento, só deve ser considerada quando o incremento da demanda for essencial para o sucesso do projeto do ponto de vista do governo (ver seção 4.9). Outra regra geral para decidir a alocação de demanda/volume é o escopo do projeto. Se a essência da PPP é instituir tarifas ou cobrar pedágios, alguma exposição ao risco deve naturalmente estar incluída no

¹⁰⁸ Isso também pode fazer referência a risco de uso.

contrato. Porém, se o contrato não fornece as ferramentas necessárias para o gerenciamento do risco da demanda (basicamente, a capacidade de influenciar a gestão da prestação do serviço ao usuário), o risco não deve ser transferido.

Em projetos de infraestrutura social, o incremento do uso da instalação, geralmente, não é um objetivo de política natural e o risco de demanda/volume deve ser removido do contrato.

Em projetos de transporte, se o serviço de transporte para o usuário não está incluído no escopo do contrato e o contrato diz respeito apenas à infraestrutura, a transferência do risco de demanda não proporciona *Value for Money* (VfM).

Quando o contrato é elaborado com base em cobrança dos usuários, entende-se que há uma intenção explícita do governo de cobrar dos usuários, portanto, quanto maior o uso (a demanda pelo serviço), melhor será o resultado.¹⁰⁹ Um exemplo é uma estrada concebida para atrair usuários de alternativas gratuitas para diminuir o congestionamento. Nessas situações e em geral, quando a maior utilização do ativo é um objetivo estratégico do governo, o risco de demanda deve ser transferido. Mas é preciso cautela se a avaliação de risco evidenciar que a incerteza é altamente significativa. Em tais contextos, é boa prática estabelecer mecanismos de compartilhamento de risco, como garantias de tráfego mínimo (ou receita mínima) em projetos com cobrança do usuário ou um sistema de bandas em mecanismos de pagamento vinculados ao volume (ver seção 4).

Em projetos de transporte público, a partir de uma abordagem vertical integrada (ou seja, o serviço ao usuário está incluído no escopo da infraestrutura DBFOM), é claro que a maior utilização é um sucesso em termos de estratégia pública. No entanto, fornecer, à população, uma opção de mobilidade segura é essencial. A maioria das melhores estruturas de PPP para projetos de infraestrutura de transporte integrado de grande porte são baseadas em um regime de receita mista. Parte dos pagamentos está ligada à demanda/volume real, mas com a atenuação do risco de demanda com uma parte dos pagamentos com base na qualidade ou disponibilidade.¹¹⁰

O risco de demanda pode ocorrer de forma contraditória: quanto maior a demanda, maior o risco. Isso acontece em projetos onde a receita é baseada na disponibilidade. Em tais contextos, um volume de uso superior ao previsto pelo governo, em termos de projeto da instalação, pode impactar seriamente a qualidade do serviço ou mesmo a disponibilidade. Nestes casos, deve ser estabelecido um mecanismo de compensação de modo a restabelecer a equação econômica do contrato do projeto. Isso pode ser feito incluindo no mecanismo de pagamento uma parcela vinculada à utilização do serviço ou outras medidas.

Ao limitar a exposição do parceiro privado ao risco de volume, o contrato deve fornecer acesso para a autoridade se a demanda for maior do que o esperado.

¹⁰⁹ No entanto, pode haver situações nas quais a cobrança dos usuários seja uma fonte de receitas do projeto, mas que a maximização do uso não seja a prioridade principal da autoridade (por exemplo, tarifa dinâmica para gestão de congestionamento). Portanto, a autoridade pode decidir reter o risco de demanda e estruturar um regime de receita baseado no modelo de pagamento por disponibilidade.

¹¹⁰ Em alguns modelos de veículo leve sobre trilhos baseados em demanda, o risco também é compartilhado por um sistema de bandas como ocorre em alguns casos de pedágio-sombra. Por exemplo, esse é o caso de diversas PPPs de veículo leve sobre trilhos na Espanha.

Subconjuntos de demanda ou risco de volume: serviços concorrentes e riscos de rede

A causa comum da baixa demanda é uma desaceleração econômica que, como um risco geral do negócio, deve ser assumido pelo parceiro privado. No entanto, a demanda mais baixa também pode resultar de serviços concorrentes, riscos de rede ou outros eventos sutis de risco.

Se um serviço concorrente disponibilizado pela autoridade (ou pelo governo em geral), que não foi anunciada ou planejada no momento da licitação, causar queda no tráfego em comparação com as projeções anteriores, isso é comumente (ou deveria ser) considerado um evento de risco retido. Serviços concorrentes são o caso mais claro de riscos de rede¹¹¹ que devem ser retidos pela autoridade.

Um exemplo sutil de risco de rede é aquele relacionado à prioridade de semáforos em projetos de transporte leve sobre trilhos (VLT). Normalmente, o governo concederá prioridade em cruzamentos e semáforos para os veículos VLT para manter os níveis de velocidade comercial conforme prescrito. Portanto, quando a autoridade de mobilidade não assegura prioridade de semáforo para o metrô de superfície e isso afeta a velocidade comercial, o parceiro privado deve ser dispensado das obrigações de pontualidade e liberado de deduções de pagamento.

1.2.2. Risco de demanda - Níveis tarifários (somente em PPPs com cobrança do usuário)

No contexto de projetos pagos pelo usuário (por exemplo, uma rodovia com pedágio, um projeto ferroviário incluindo operações de serviço ou uma PPP de água incluindo abastecimento de água ao público), o risco de receita inclui o risco de as cobranças aos usuários não estarem dentro do esperado nível em cada ano específico. Isso pode causar frustração ou excesso de receita.

Ao avaliar o risco, deve-se observar que a volatilidade do preço também afetará o risco de volume, portanto, tarifas mais baixas não necessariamente resultam em frustração de receita ou vice-versa.

A tarifa ou preço cobrado em projetos com cobrança do usuário pode ser fixada unilateralmente pela autoridade ou pelo parceiro privado, geralmente sob certos limites e regras predeterminadas de indexação.

No primeiro caso, o risco de variações inesperadas de preço, em todos os casos, ser assumido pelo governo. Uma abordagem comum é definir uma linha de base para os níveis das tarifas no contrato, incluindo um perfil definido da tarifa com um método de indexação "na sombra" (por exemplo, o índice de preços ao consumidor - IPC). Isso é feito para calcular a perda ou o lucro extra, comparando a curva da linha de base e da tarifa real. Isso tem a complexidade (especialmente em projetos de transporte) de considerar a elasticidade da demanda, já que a atualização da tarifa abaixo do esperado produzirá frustração de receitas. No entanto, isso pode ser parcialmente corrigido por um aumento potencial no volume/demanda em função ao preço mais baixo.

O princípio é que independentemente da tarifa real fixada em cada ano para cobrança dos usuários, o parceiro privado recebe o mesmo valor por usuário. Isso é feito por meio de um mecanismo de liquidação em que o governo paga a diferença entre a receita real e a receita presumida (calculada pela aplicação da

¹¹¹ Para uma definição mais profunda de "riscos de rede", vide: *Partnerships Victoria (Risk allocation and contractual issues, 2007)*. Outros exemplos de risco de rede, de acordo com o *Partnerships Victoria*, ocorrem quando a entidade governamental responsável pela distribuição de água no atacado pode não ter condições ou disposição para fornecer água bruta para a PPP de tratamento de água nas condições e quantidade necessárias. Um exemplo mais abstrato de risco de rede ocorre quando o governo celebra outros acordos para serviços de acomodação que compitam com aqueles providos com fundamento no contrato.

tarifa sombra). Por outro lado, o governo pode receber um pagamento do parceiro privado quando a tarifa real estiver acima da curva tarifária da linha de base.

Este mecanismo funciona bem em projetos onde a demanda é alta ou totalmente cativa, especialmente quando os níveis de tarifas são subsidiados ou claramente abaixo do nível de maximização de receita (por exemplo, para transporte público ou abastecimento de água).

Quando o parceiro privado tem a condição de definir a tarifa, mesmo que este seja limitado (por exemplo, geralmente em projetos rodoviários e sempre em projetos ferroviários), a certeza do nível da tarifa é alta, e a parte privada deve assumir o risco de diferentes níveis tarifários que impactem a receita projetada.

O fundamental, nesses casos, é deixar clara, no contrato, a metodologia de aumento/revisão da tarifa no decorrer de sua vigência, que se refere às questões de indexação descritas a seguir.

1.2.3. Risco de demanda- riscos de fraude e de cobrança (somente em PPPs com cobrança do usuário)

A fraude pode ser considerada um subconjunto do risco de demanda em PPPs com cobrança do usuário quando se considera o volume como o nível de demanda que efetivamente paga pelo serviço. A fraude é o termo comumente empregado para se definir a intenção de evitar o pagamento, enquanto os riscos de cobrança incluem o não pagamento, quando o pagamento pode ser ou se tornar não acessível para o usuário.

O risco de fraude é muito relevante em projetos de transporte público. Quando uma PPP de transporte inclui operações de trânsito, a parte privada deve arcar com o risco até certo ponto, pois é a parte que está mais bem posicionada para gerenciá-lo. Nesse contexto, pode mitigar o risco por meio de controles de acesso e emissão de bilhetes. O parceiro privado terá um incentivo natural nesses projetos para diminuir a fraude em função de receber a receita do usuário. No entanto, muitos projetos de metrô e VLT são estruturados em torno da disponibilidade e/ou pagamentos por qualidade. Nestes casos, o governo deve incluir, nos critérios de disponibilidade, um relacionado à gestão de fraudes, de forma a incentivar, explicitamente, o parceiro privado a controlar a fraude.

Quando a natureza do risco é mais significativa porque o projeto dos veículos (se a concepção básica ou completa for prescrita - por exemplo, veículos abertos), não é incomum limitar o risco de modo a compartilhá-lo por meio de um *benchmark* (por exemplo, fraude acima de 5 por cento será compartilhada em um nível de 50 por cento, enquanto fraude acima de 10 por cento será considerada extraordinária e fornecerá indenização total acima desse limite).

Em projetos de rodovias com pedágio, o uso fraudulento da rodovia (não pagamento pelo uso) é mais raro. No entanto, recentemente, isso se tornou mais um problema com as tecnologias de pedágio eletrônico, em que o pagamento é feito *ex post*. Nesse caso, os usuários podem se recusar a pagar, alegando insolvência ou simplesmente decidir não pagar.

Nesses contextos, e também em geral para qualquer esquema de pagamento de usuário, deve haver instrumentos claros para aplicar multas ao usuário fraudador ou outros métodos de execução (retirada da carteira de habilitação, cancelamento do serviço de abastecimento de água e assim por diante). Esses são assuntos muito delicados e pode haver uma vontade política limitada de promulgar certas medidas. Quando isso não for prático, a declaração geral de transferência de risco de fraude para o parceiro privado deve ser cuidadosamente revisada.

1.2.4. Perspectiva privada apenas - Risco de receita - Risco de contraparte do pagamento governamental

Nas PPPs com pagamentos governamentais, o risco de inadimplência por parte da autoridade é, obviamente, um risco do lado privado inerente à decisão estratégica de investir em um determinado mercado de outro país ou em projetos promovidos por uma determinada autoridade. Basicamente, nos referimos aqui ao risco de crédito.

Esse é mais um problema em PPPs sub-nacionais.

Como uma declaração geral, especialmente em regiões de mercados emergentes e economias em desenvolvimento (EMDE), para PPPs subnacionais, especialmente aquelas com pagamentos governamentais, é boa prática fornecer algum mecanismo de "securitização" (isto é, um melhoramento de crédito) do governo central para garantir o acesso ao mercado por parte dos investidores (por exemplo, cartas de crédito, garantia do tesouro e assim por diante).

O parceiro privado também terá a chance de contratar garantias de risco político (como a Agência Multilateral de Garantia de Investimentos (MIGA) ou seguradoras privadas) e outros mecanismos de Bancos Multilaterais de Desenvolvimento (BMDs), como garantias parciais de risco para assegurar a alavancagem.

Em termos gerais, a autoridade só deve licitar e celebrar um contrato de PPP quando a avaliação da capacidade de pagamento (*affordability*) houver sido aprovada de forma satisfatória. Além disso, o arcabouço deve prover regras claras para provisionar e contabilizar os compromissos com PPPs.

O contrato deve descrever claramente a forma como o parceiro privado exercerá o direito de rescindir, unilateral e antecipadamente, o contrato quando o governo não pagar conforme acordado. Isso deve desencadear o direito de reclamar o valor total do saldo do valor investido, mais perdas e danos, para compensar quaisquer custos impostos pela rescisão (por exemplo, custos de quebra de acordos de *hedge*, custos de desmobilização, reclamações de empreiteiros e contratados subordinados e assim por diante) mais o custo de oportunidade (consulte a seção 9).

1.2.5. Risco de receita - inflação e indexação

A inflação, ao considerar não apenas as receitas, mas também os custos, é um risco bilateral: o aumento da inflação, ao afetar os custos, resultará em margens operacionais menores. No entanto, desde que neutralizado por um mecanismo de indexação da receita, pode resultar em maiores fluxos de caixa nominais para o serviço da dívida e para os acionistas, aumentando a taxa interna de retorno (TIR) do acionista em termos nominais.

O risco de inflação se refere à possibilidade de o valor dos pagamentos recebidos pelo parceiro privado ser corroído pela inflação. Se a inflação não for capturada nos pagamentos, o valor real das receitas sofrerá uma erosão significativa quando a inflação for maior do que o previsto, o que pode ser exacerbado pela inflação de custos, resultando em menor margem operacional.

O risco de inflação deve ser compartilhado, com a autoridade fornecendo proteção ao parceiro privado por meio da indexação (até certo ponto) dos pagamentos ao IPC (ou outro *benchmark* de preço).

O parceiro privado assumirá o risco de que o mecanismo de indexação estabelecido no contrato não proteja, de modo eficaz, seu fluxo de caixa. Isso pode ser porque a inflação é maior do que o esperado e, portanto, não é neutralizada pelo mecanismo de indexação, ou, simplesmente, porque a flutuação do IPC (conforme

capturado pela indexação) difere do que foi previsto – o que também corrói o valor nominal esperado dos fluxos de caixa operacionais.

Este risco é geralmente suportado pelo parceiro privado, uma vez que o ele pode gerir o risco de inflação transferindo-o para os contratados subordinados, fixando ou limitando o preço das tarefas de O&M ou indexando-o a um índice relacionado ao aplicado pela autoridade no contrato de PPP. O impacto potencial da inflação (menor do que o esperado) nos fluxos de caixa disponíveis para o serviço da dívida também é administrável pela definição da porcentagem da dívida que será precificada a juros fixos (por exemplo, por *Swaps* de Taxa de Juros). Também é possível contratar *swaps* de inflação por certo preço.

Essa regra geral pode ter algumas exceções descritas abaixo ("riscos de custo de O&M").

Quando o projeto é com cobrança do usuário, o risco de inflação pode ser transferido para o usuário (considerando questões de capacidade de pagamento (*affordability*) e disposição a pagar), desde que o parceiro privado tenha alguma capacidade de revisar o pedágio (ou tarifa). Quando a inflação ultrapassa os limites previstos no contrato para indexação dos níveis tarifários, o risco é do parceiro privado.

Estritamente do ponto de vista da autoridade, o risco de inflação existe quando o pagamento (PPPs com pagamentos governamentais) está vinculado à inflação e na medida em que o esteja - inflação mais alta significa pagamentos mais altos em termos nominais.

Como definir o mecanismo de indexação

Qualquer PPP requer um conjunto claro de regras para indexar os pagamentos para capturar o movimento natural da inflação em termos de custo e preço dos serviços.

Desde que esteja claro como a indexação ao IPC (ou referência de preço semelhante) gera *Value for Money* (*VfM*), a questão é até que ponto os pagamentos devem ser indexados à inflação para evitar a proteção excessiva desse risco. Seção 4.10 fornece informações adicionais sobre este assunto.

1.2.6. Receitas de terceiros e receitas suplementares.

Quando a cesta de receitas futuras inclui receitas provenientes de terceiros ou produzidas por negócios ancilares, o risco dessas receitas serem menores do que o previsto é geralmente alocado no parceiro privado.

1.2.7. Disponibilidade e Risco de Qualidade (e risco de receita da perspectiva privada)

Este risco se refere na possibilidade (especialmente do ponto de vista público) de a infraestrutura não estar disponível para uso e/ou não atender aos níveis de qualidade ou desempenho esperados. Esse risco é assumido pelo parceiro privado, pois é a essência dos objetivos das PPP. O meio para transferir o risco é o mecanismo de pagamento (PPPs com pagamentos governamentais) que permite deduções nos pagamentos na medida em que o parceiro privado não cumprir os requisitos, incluindo a capacidade de intervir ou rescindir por inadimplência (vide seções 8.2 e 8.3). Nas PPPs com cobrança do usuário, o risco é transferido por meio de penalidades explícitas (ou perdas indenizáveis (*LDs*)).

Do ponto de vista do parceiro privado, esse é, portanto, um risco de receita que é distribuído a um ou vários contratados subordinados (transferindo-se riscos e recompensas por meio da estrutura contratual – vide apêndice 6A).

Da perspectiva pública, não há risco de receita/pagamento, pois o mecanismo de pagamento é construído para que o pagamento seja feito desde que os requisitos do serviço sejam atendidos. Os pagamentos serão

reduzidos na medida que os requisitos do serviço não forem cumpridos, a fim de manter a equação do *Value for Money (VfM)* devidamente equilibrada.

No entanto, o parceiro público também deve se preocupar com o risco de as receitas serem afetadas por indisponibilidade ou quebra contratual. Isso não ocorre apenas porque o objetivo é evitar que isso ocorra, mas também porque grandes deduções nos pagamentos podem levar o parceiro privado à insolvência e, finalmente, à falência.

O governo não deve mitigar explicitamente o risco de dedução nos pagamentos devido à falta de desempenho, mas deve ser cauteloso ao estabelecer critérios de desempenho realistas e viáveis (embora desafiadores) (ver seção 8.2 e 4.10).

1.2.8. Riscos de manutenção e renovação

O risco de manutenção pode se referir à possibilidade de manutenção inadequada que resulte em falta de desempenho e está implícito e coberto pelas análises de risco de disponibilidade de desempenho.

Mas o risco de manutenção também se refere à possibilidade de custos operacionais e de planejamento (incluindo manutenção atual e custos de ciclo de vida) mais altos. Esse é o foco do risco nesta seção.

Esse é também um risco geral e natural a ser imputado ao privado, uma vez que a obrigação de manutenção é um elemento central do escopo de qualquer contrato de PPP.

O risco pode estar correlacionado ao de projeto, pois um projeto inadequado pode resultar em custos de manutenção mais elevados, especialmente grandes manutenções e renovações (custos de ciclo de vida), e é um risco geralmente transferido por padrão para o parceiro privado.

O risco também se refere à gestão do ciclo de vida, característica específica das PPPs. Nesse sentido, não só o projeto pode influenciar o ciclo de vida da infraestrutura, mas também as renovações e manutenções intensivas. Esses devem ser tratados com antecedência por meio de um planejamento adequado (programação dos ciclos de renovações de forma a evitar, tanto quanto possível, a interrupção ou disponibilização do serviço), incluindo o planejamento financeiro. O planejamento financeiro de manutenções intensivas é um fator primordial para o gerenciamento adequado das PPPs para evitar a indisponibilidade inesperada de recursos. A propósito disso, é boa prática incentivar, contratualmente, o custeio antecipado das obras de manutenção por meio da criação de reservas específicas. Essa também é uma preocupação para os mutuantes (*lenders*) que normalmente irão solicitar um plano financeiro de obras de manutenção e criação de fundos de contingência para necessidades imprevistas.

Por último, o risco se refere aos custos normais de manutenção (pequenos reparos *ad hoc*, restauração da pintura, limpeza periódica e assim por diante). Algumas tarefas de manutenção comuns são confundidas ou se sobrepõem a certos serviços e outros conceitos de custo que podem não ser considerados como manutenção, mas que também podem ser incluídos no conceito de manutenção.

Essas obras relacionadas com "serviços administrativos", especialmente no contexto de infraestruturas sociais, mas também em alguns projetos de transporte (por exemplo, alimentação), são explicadas abaixo (vide "outros custos operacionais"), bem como alguns itens de custo que podem requer tratamento específico de alocação de risco a depender da relevância e incerteza em torno desse item de custo em específico. Tais itens custos de seguro e de serviços públicos.

A manutenção ordinária ou corrente é administrada pelo parceiro privado por meio da transferência do risco de variação de custos ao contratado subordinado de manutenção (que pode ser a mesma empresa ou grupo de empresas que executa as operações). A manutenção intensiva, no sentido de manutenções e renovações significativas, é um risco que também pode ser transferido ao contratado subordinado de manutenção ou pode ser retido ou compartilhado pela/com a SPE a depender do perfil de risco do projeto.

1.2.9. Outros custos operacionais

Custos gerais da empresa do projeto

Os custos gerais da empresa incluem seu pessoal permanente, que geralmente é mais um centro administrativo com pessoal limitado. Por exemplo, pode incluir funcionários para gerenciar o financiamento do projeto e interagir com a Autoridade Contratante e os mutuantes (lenders).

Esses custos incluem os correntes da sede e os custos administrativos da SPE, como contabilidade, financeiros, de auditoria etc. Os custos correntes mais relevantes são alocados na estrutura do contrato e repassados aos empreiteiros ou SPE subordinadas que lidam com as operações e/ou manutenção.

O custo das garantias de desempenho também pode ser considerado aqui.

O risco associado a esses custos é sempre suportado pelo parceiro privado.

Custos com serviços públicos

Os custos de serviços públicos, especialmente eletricidade/energia tal como custos do projeto (ou seja, custos necessários e diretamente ligados ao serviço) são muito significativos, especialmente em projetos ferroviários e hídricos, mas também em PPPs de construção de instalações.

Esse risco pode ser difícil para o parceiro privado controlar e gerenciar, mas, por padrão, a regra geral é alocar o risco no parceiro privado como um incentivo para que ele o gerencie por meio da negociação de acordos apropriados com prestadores de serviços públicos.

Uma abordagem compartilhada pode ser considerada em projetos e contextos específicos, basicamente, quando o item de custo do serviço público tem peso significativo na composição do O&M e nos locais em que a volatilidade do mercado de energia é muito significativa. Isso evita que o setor privado provisione contingências exageradas no preço do serviço que não proporcionarão *Value for Money* (VfM).

Nesses casos, não é incomum mitigar o risco por meio de uma abordagem de compartilhamento que pode limitar o custo total a ser suportado pelo parceiro privado, compartilhar custos excedentes a um dado limite (e compartilhar vantagens devido a reduções de custos) ou uma combinação dos dois.

O parceiro público também deve analisar se pode garantir melhores termos negociando diretamente com os fornecedores de serviços públicos. Por exemplo, o governo pode ser capaz de garantir preços mais baixos do que o parceiro privado devido a sua capacidade de negociar com todo o setor ou coordenando todos os departamentos do governo.

Em algumas PPPs de projeto, construção, financiamento e manutenção (DBFM) em que a infraestrutura é operada pelo setor público (por exemplo, um sistema ferroviário de alta velocidade (HSR) onde o governo permanece como o administrador do sistema de tráfego e/ou os trens são operados por uma empresa estatal (SOE)), o consumo da concessionária é amplamente determinado pelas atividades operacionais do

setor público. Portanto, pode ser apropriado para o parceiro público arcar com todo o risco do custo do fornecimento de energia ou o risco de tal consumo a partir de níveis predeterminados.

Serviços administrativos

O conceito desse custo é geralmente relevante em projetos de infraestrutura social e se refere a serviços como alimentação, limpeza, destinação de resíduos dentre outros. Para esses serviços, o risco de que a variação dos custos que não seja corrigida ou compensada naturalmente pela indexação adotada para o pagamento do serviço é superior ao dos custos de manutenção convencionais.

Isso se deve ao perfil mais especializado dos prestadores de serviço e à maior volatilidade deste mercado à variação dos custos laborais, bem como à volatilidade de alguns insumos (por exemplo, insumos na alimentação, que pode ser significativa num hospital PPP ou um PPP escolar).

Tal como acontece com qualquer item básico de custo relacionado com obras e manutenção, esse risco pode ser administrado pela SPE por meio de sua alocação em um operador juntamente com a obrigação de prestação do serviço. No entanto, os prestadores de serviços administrativos são mais relutantes em aceitar compromissos de longo prazo em termos de preço do que operadores mais convencionais.

Quando houver forte evidência, no mercado específico, da incapacidade do parceiro privado gerenciar este risco por meio da transferência da variação de custo no longo prazo para um contratado subordinado, a autoridade pode considerar o seu compartilhamento risco por meio de sondagens de mercado ou benchmarking (ver seção 4.10)¹¹²

Custos com seguro

Este risco se refere à possibilidade de o preço do seguro evoluir de forma diferente da prevista, de maneira que não seja compensado pela indexação do pagamento do serviço.

A abordagem global mais ampla é transferir o risco para o parceiro privado. Porém, quando o item de custo tem um peso significativo (que dependerá, também, das condições dos seguros definidas no contrato do projeto), esse risco pode ser compartilhado pelo parceiro público. Isso pode acontecer quando e na medida em que os custos de seguro se tornem significativamente diferentes do que era razoavelmente esperado. Isso é feito sob por meio de abordagem de benchmark.

A curva de referência ou curva de linha de base de prêmios contra a qual a divergência do custo real é avaliada é construída com base no custo real do prêmio contratado no início do projeto, juntamente com a assistência de consultores, de modo a determinar o benchmark final. O benchmark será geralmente indexado pelo IPC geral e, quando o custo real do prêmio de seguro divergir em mais do que uma certa porcentagem (geralmente em uma faixa de 50 a 100 por cento), o parceiro privado terá o direito de reivindicar uma compensação igual ao custo suportado acima do limite. Por outro lado, quando o custo real estiver simetricamente abaixo do limite, o parceiro público terá o crédito pelo benefício inesperado.

Essas provisões são complexas de implementar e requerem aconselhamento por especialistas em seguros. Os prêmios de seguro podem sofrer desvios relacionados ao desempenho e/ou à qualidade de crédito da

¹¹² Além disso, *Standardization of PFI contracts, Version 4 (HMT 2007)* apresenta explicação detalhada sobre sondagens de mercado e *benchmarking* como ferramentas alternativas para lidar com variações de custos/preços dos serviços.

empresa do projeto, de seus acionistas ou dos contratados subordinados. Portanto, esse efeito deve ser excluído do mecanismo de compartilhamento de risco, na medida do possível.

1.2.10. Obsolescência Tecnológica e Aprimoramentos Técnicos

O risco de obsolescência tecnológica se refere à possibilidade de certos equipamentos se tornarem inadequados para o propósito do serviço - ou o serviço se tornar mais deficiente em comparação com serviços mais recentes disponibilizados no decorrer do projeto. Quando o parceiro privado está exposto ao risco de mercado (competição pelo serviço), esse risco será geralmente por ele suportado, sendo que haverá um incentivo natural para implementar mudanças na tecnologia.

Um exemplo disso pode ser encontrado em um sistema HSR (trem de alta velocidade, no original) em que o governo permanece como administrador do sistema de tráfego e/ou os trens são operados por uma empresa estatal. O parceiro privado teria a obrigação de implementar novas tecnologias mesmo quando o aprimoramento não estivesse previsto em lei ou regulamento setorial. Isso deve ocorrer no momento em que as novas tecnologias se tornem prática comum e sejam testadas em outros projetos. Isso não deve alterar a natureza do serviço a ser prestado, mas, sim, ser uma opção nova e melhor para fornecer o mesmo serviço com resultados mais confiáveis ou com maior eficácia e qualidade de serviço.

Esta noção geral de transferência desse risco para o parceiro privado deve estar sujeita a um exame cauteloso ao estruturar e elaborar o contrato. Isso permite a consideração de exceções ou limites na exposição ao risco quando o impacto financeiro é significativo, especialmente se o prazo do contrato estiver avançado e próximo do vencimento.

Quando não está claro como definir se o avanço tecnológico é, ou não, uma prática comum ou novo padrão "de fato" e quando há dúvidas sobre o valor agregado pela melhoria, bem como a percepção de que os custos serão consideravelmente maiores, a abordagem mais apropriada será tratar essas situações como uma alteração unilateral nos requisitos de serviço ou nas obras. É prática comum solicitar a melhoria apenas quando o respectivo ativo ou componente do ativo deve ser substituído ou renovado conforme programado no plano de ciclo de duração de tais equipamentos.

Quando a reposição/substituição do equipamento é uma obrigação legal que não foi possível prever no momento da celebração do contrato e isso impacta adversa e significativamente a equação financeira do projeto, é boa prática estabelecer um mecanismo de alívio financeiro no contrato de forma a compartilhar e limitar o impacto dos custos (vide "mudanças na legislação" abaixo). Os padrões regulatórios podem variar ao longo do tempo e o risco percebido pelo investidor privado de tais mudanças não deve impedir o governo de mudar e melhorar tais padrões em sua busca por maior eficiência e/ou segurança e interesse público em geral e aplicá-los a projetos existentes.

No entanto, pode ser apropriado limitar ou compartilhar o risco de reposição, renovação ou substituição de equipamentos e qualquer outro custo devido a um requisito regulatório de aprimoramento técnico - a menos que tal aprimoramento seja um assunto mais amplo que afete qualquer tipo de negócio bem como a economia geral.

Uma última consideração é que os requisitos do serviço (incluindo requisitos para substituir o equipamento de modo a se adaptar às novas tecnologias) não devem ser alterados ao bel-prazer durante o curso do contrato. Quando não for especificamente regulado no contrato, qualquer alteração nos requisitos solicitados pelo parceiro público deve ser geralmente considerada como uma alteração unilateral no serviço ou no escopo das obras (vide 1.4.2, abaixo).

1.2.11. Outros custos – Impostos

O risco de alteração do quadro tributário no decurso de um contrato é geralmente suportado pelo parceiro privado quando se refere a impostos que fazem parte do ambiente comum de negócios, mas com algumas exceções.

Em alguns contextos, o imposto sobre valor agregado (IVA) pode ser uma exceção à regra geral e os pagamentos no âmbito do contrato de PPP poderão ser ajustados para refletir o impacto de uma alteração nesse tributo. O parceiro privado na PPP pode, de outra forma, ser incapaz de repassar o impacto de uma mudança no imposto para seu cliente (o governo), ao contrário de outras empresas que podem (e se espera que) repassem o impacto de uma mudança no imposto para seus clientes.¹¹³

Uma área específica de preocupação é quando há incerteza material sobre qual é o tratamento fiscal para um projeto específico em relação a alguns eventos tributáveis potenciais e a exigência ou demanda de muitos investidores e mutuantes (*lenders*) por uma decisão fiscal vinculativa. Conforme declarado em alguns guias internacionais (por exemplo, *Victoria Partnerships*), é incomum que as autoridades fiscais estabeleçam uma decisão fiscal vinculativa antes da execução do contrato do projeto. Este risco pode ser mitigado pela Autoridade Contratante por meio da solicitação uma decisão não vinculativa ou encorajando e apoiando os licitantes a fazê-lo.

Em alguns projetos ao redor do mundo, pode-se perceber que as autoridades assumem o risco de mudança na legislação tributária. Esta é uma área em que, como em várias outras, não há consenso sobre qual é a alocação correta, pois a autoridade não está no controle do órgão tributário e mesmo este pode não pertencer ao mesmo governo (por exemplo, impostos municipais em um projeto do governo central ou regras tributárias supranacionais que afetam alguns países, tais como certos regulamentos da União Europeia (UE) sobre seus membros).

1.2.12. Valor residual/condição do ativo no vencimento do contrato - Requisitos de reversão

Quando, como é comum o caso na maioria das PPPs, o ativo for "devolvido" à autoridade no final do contrato, isso deve ser feito em condição física adequada. A autoridade não deve estar exposta ao risco de o ativo ter vida útil curta, valor residual baixo ou estar em estado técnico impróprio. O contrato deve definir, claramente, qual o estado técnico que o ativo deve atender na data de vencimento do contrato como parte dos requisitos/especificações de reversão.

Esse risco é assumido pelo parceiro privado, mas, tendo em conta que a reversão ocorrerá no final do contrato (a menos que seja rescindido antecipadamente, caso em que as disposições serão nesse especificamente previstas), o parceiro pode ter menos incentivo para gerenciar adequadamente o risco do valor residual de forma a atender ao padrão especificado. Os mecanismos para lidar com este risco no próprio contrato são explicados no capítulo 5.9.10.

¹¹³ Vide *Risk allocation and contractual issues (Victoria Partnerships, 2001)*, section 15.10 "Particular areas of law".

1.3. Riscos financeiros e alocação potencial

1.3.1. Custos Financeiros

Financiar o ativo é uma obrigação essencial em uma PPP e os riscos de disponibilidade e custo do financiamento devem geralmente ser assumidos pelo parceiro privado (com exceção e até o limite estabelecido no contrato para aqueles projetos sob um esquema de cofinanciamento - consulte o capítulo 5.4).

Mudanças nas taxas de juros podem afetar os custos (aumentando os custos de investimento em decorrência de juros mais elevados durante a construção (IDC – “Interest During Construction”, no original) ou do incremento dos custos durante a amortização). A volatilidade das taxas de juros pode ser administrada pelo parceiro privado por intermédio da contratação de produtos de hedge, como os *Swaps* de Taxa de Juros (IIRs) e, portanto, deve ser suportada pelo parceiro privado.

No entanto, pode não ser possível controlar ou gerenciar o risco de variações nas taxas de juros entre a apresentação da proposta e o fechamento financeiro por qualquer meio (contratar um seguro para cobrir esse risco seria um custo não recuperável significativo para um licitante vencido). Por esse motivo, é boa prática para a Autoridade Contratante reter esse risco, compartilhá-lo ou limitá-lo, especialmente em projetos com pagamento governamental em que o pagamento do serviço é recalculado no fechamento financeiro para neutralizar o movimento positivo ou negativo do risco de juros (o risco de juros básicos, ou seja, o custo dos fundos para o mutuante (*lender*), ao invés da margem a ser aplicada).

Outra questão está relacionada ao refinanciamento. Quando o refinanciamento é uma opção (por exemplo, uma estratégia de *miniperm* - consulte o capítulo 1.7.2), o risco de refinanciamento é comumente assumido pelo parceiro privado, mas também não é incomum (ou mesmo pode ser o padrão em alguns países, por exemplo, no Reino Unido [UK]) que o governo participe dos ganhos. No entanto, em alguns países EMDE em que a estratégia de refinanciamento pode ser uma necessidade (dado que o prazo máximo da dívida disponível desde o início pode ser muito curto), os governos devem considerar a opção de compartilhar o risco de refinanciamento para fomentar a viabilidade comercial e bancabilidade.

1.3.2. Disponibilidade de Financiamento

Existe o risco de o financiamento não estar disponível no fechamento financeiro ou apenas estar disponível a um preço (margem e taxas) e condições (incluindo índice de cobertura do serviço da dívida [ICSD] ou prazo máximo) significativamente piores do que o previsto. Este risco é, geralmente, assumido pelo parceiro privado.

No entanto, os governos devem trabalhar de maneira proativa para mitigar esse risco com antecedência, fazendo uma avaliação adequada (incluindo testes de mercado, conforme descrito no capítulo 4).

Em alguns países e circunstâncias, isso pode ser resolvido exigindo-se que o financiamento seja totalmente estruturado antes da apresentação da proposta. Isso não é realista em países EMDE, e se deve notar que, geralmente, isso também tem o perigo de diminuir a concorrência se a disponibilidade existente for limitada. Isso ocorre porque os mutuantes (*lenders*), provavelmente, trabalharão em regime de exclusividade com um licitante ou o governo pode considerar isso necessário para preservar a integridade do processo de licitação.¹¹⁴

¹¹⁴ O capítulo 01 apresenta um tópico a propósito dessa questão em “Exigência Prévia do Pacote de Financiamento ou

Outra maneira pela qual os governos, especialmente nos países EMDE, podem mitigar esse risco é prover acesso ao financiamento fornecido por agências financeiras públicas e/ou negociar previamente com os MDBs para que esses concedam ou assegurem a disponibilidade de financiamento multilateral para o licitante vencedor.

Em alguns países e em projetos específicos, os governos assumem todo o risco do financiamento por meio de uma competição pelo serviço da dívida gerenciada diretamente.

1.3.3. Necessidades inesperadas de financiamento

De modo geral, a empresa do projeto deve planejar adequadamente suas necessidades financeiras, provisionando, em seu planejamento financeiro, os recursos contingentes necessários. Já foram mencionadas as reservas para renovações e manutenções intensivas. Outra reserva comum, conforme solicitado pelos mutuantes (*lenders*), é a reserva do serviço da dívida para atender a deficiências inesperadas nos fluxos de caixa.

Uma área em que o risco de disponibilidade de financiamento adicional deve ser cuidadosamente considerado de modo a mitigar o risco em benefício do parceiro privado está relacionado às necessidades potenciais de financiamento para eventos inesperados que são eventos de compensação. Eventos como força maior ou mudança no escopo das obras provavelmente exigirão um investimento adicional. É prática comum que o contrato estabeleça a obrigação do parceiro privado de financiar um prejuízo mesmo em caso de indenização, recebendo a indenização por meio de um reequilíbrio (por exemplo, aumentando o valor do pagamento do serviço). Consulte a seção 8.4.

Os mutuantes (*lenders*) não estão em posição de conceder acesso a financiamento adicional com antecedência. No entanto, existem exceções em circunstâncias limitadas e em períodos limitados (por exemplo, durante a construção, a abertura de uma linha de financiamento de contingência), mas sempre a um custo que pode não fornecer *Value for Money (VfM)*. Os investidores financeiros também são afetados por severas restrições que podem impedi-los de dispor de fundos para necessidades potenciais que podem ou não se materializar.

Em tais casos, é boa prática que o contrato preveja flexibilidade para que o parceiro privado demonstre potencialmente que os fundos não estão disponíveis ou que a obrigação de levantar os fundos adicionais é apenas com base no emprego de melhores esforços.

1.3.4. Refinanciamento

Geralmente, o refinanciamento não é considerado um risco negativo, mas, sim, um benefício. Quando o projeto tiver um bom desempenho, o parceiro privado terá a possibilidade de renegociar a dívida em melhores condições ou refinanciá-la, inclusive, com aumento do grau de alavancagem de forma a amortizar antecipadamente o *equity* ("recapitalização"). Mesmo que o projeto simplesmente desempenhe conforme o previsto, é provável que haja opção de refinanciamento, uma vez que o perfil de risco melhorará no início da Fase de Operações.

Embora não seja comum em todo o mundo, vários países, especialmente países desenvolvidos, introduzem cláusulas em seus contratos para que a autoridade tenha acesso a uma parte dos ganhos de refinanciamento.

Aceitação de Negociações Após a Adjudicação. O Risco do fechamento financeiro."

Quando um governo deseja reservar para si o acesso aos ganhos de refinanciamento (geralmente por uma redução nos pagamentos do serviço, embora às vezes por meio de um pagamento à vista), não é prática comum solicitar mais de 50 por cento do valor positivo. Os Capítulos 7 e 8 fornecem informações adicionais sobre este assunto.

Refinanciamento também pode ser um risco adverso quando a estratégia do financiamento do parceiro privado depender, inteiramente, de refinanciamento: em vez de obter empréstimo de longo prazo desde o início, a empresa do projeto contrai dívida de curto prazo (normalmente, um *miniperm*) com a intenção de substituir esse financiamento por um contrato de empréstimo de longo prazo (possivelmente na forma de debêntures do projeto quando a maturidade do mercado/país o permitir). Nessas situações, existe o risco de o refinanciamento ocorrer em condições piores (ou muito piores) do que o previsto no planejamento financeiro.

Esse risco deve ser, geralmente, suportado pelo parceiro privado, na medida em que é livre para decidir a sua estratégia financeira.

Apenas em casos excepcionais os governos também devem assumir o risco (consequências adversas) do refinanciamento. Isso só deve ser considerado quando houver uma perspectiva clara de haver *Value for Money (VfM)*, e for estabelecido de antemão que não haverá acesso imediato a financiamento de longo prazo para o projeto em específico (o que deveria haver sido devidamente avaliado durante a preparação do projeto). Esse pode ser o caso de alguns EMDEs, conforme observado.

Nesse ponto, o governo pode estar interessado em compartilhar o risco de falha no refinanciamento (por exemplo, fornecendo garantias aos mutuantes (*lenders*) caso o refinanciamento não seja bem-sucedido).

Essa prática implica um alto risco para o setor público e cria incentivos à especulação por parte do setor privado. Portanto, deve ser cuidadosamente considerada em países desenvolvidos ou em países onde o mercado financeiro fornece acesso a empréstimo de longo prazo.

1.3.5. Transferência de ações/quotas e Alterações do controle

Este risco se refere à possibilidade, para o parceiro público, de piora no desempenho do projeto se o novo acionista (quando há alteração do controle) não for tão competente quanto ou não dispuser da mesma capacidade do parceiro original.

É prática comum exigir que o parceiro privado obtenha autorização prévia do governo para uma alteração do controle, enquanto as mudanças nas participações que não afetam o controle da empresa do projeto às vezes são (em alguns países) apenas sujeitas a comunicação prévia, o que é boa prática.¹¹⁵

Esse risco é percebido pelo parceiro privado (o patrocinador/empreendedor, nesse caso, ou os acionistas originais) de uma maneira diferente: os desenvolvedores industriais e os investidores financeiros exigem algum nível de flexibilidade para acesso à receita. Portanto, eles esperam ter uma capacidade razoável para vender sua posição acionária a um terceiro. Isso, geralmente, é buscado após a construção e algum período de operação (de forma a consolidar o valor do empreendimento).

¹¹⁵ Vide capítulo 0.7.3 para mais informações a propósito do tema.

É boa prática que o contrato preveja flexibilidade controlável para alienação e venda de ações/quotas para um novo investidor (pelo menos após o período de construção), buscando-se o equilíbrio entre a preocupação com o serviço público e a viabilidade comercial da transação por meio de PPP.

1.4. Riscos que afetam ou podem ocorrer em ambas as fases do contrato e sua alocação potencial

1.4.1. Alteração da Lei – Alterações Específicas e Discriminatórias da Lei

O risco de alteração da lei se refere à possibilidade de mudanças que possam afetar o resultado do projeto, impactando nos custos (custos de capital em função de novos investimentos) ou nos custos operacionais (custos mais elevados de manutenção ou de operação).

Lei é amplamente definida, para esse fim, como leis, regulamentos e políticas governamentais.

Na medida que a alteração da lei afetar qualquer negócio, os riscos devem ser geralmente assumidos pelo parceiro privado.¹¹⁶

No entanto, pode haver alterações de leis específicas que não afetam o curso geral de qualquer negócio, mas apenas o setor específico em que a empresa do projeto opera (por exemplo, transporte público, estradas e assim por diante). Geralmente, essas mudanças são conhecidas como alterações específicas da lei. Quando uma alteração da lei é considerada uma alteração específica da lei,¹¹⁷ há uma grande divergência de práticas.¹¹⁸

Além disso, pode haver alterações “discriminatórias” da lei especificamente dirigidas à empresa do projeto. Quando uma alteração da lei é considerada discriminatória, deve ser assegurada indenização total ao parceiro privado.

Este Guia de Certificação em PPP considera boa prática a retenção dos riscos de alterações específicas da lei, desde que sejam significativas em termos de consequências ou impacto. Uma boa abordagem é compartilhar o risco - mas sempre estabelecer um limite na exposição geral do parceiro privado, de forma que o risco seja quantificável.

Por exemplo, o primeiro “x” por cento do impacto do risco de um único evento pode ser suportado pelo parceiro privado. Além desse limite, o contrato pode estabelecer que as partes assumirão, cada uma, 50 por

¹¹⁶ Em alguns países (incluindo os desenvolvidos como, por exemplo, o Reino Unido), em determinadas circunstâncias, também há compartilhamento do risco com o parceiro público por meio da mesma estrutura apresentada para mudanças discriminatórias quando elas forem imprevisíveis e relacionadas ou potencialmente impactantes sobre as despesas de capital (CAPEX). Em países EMDE em estágio inicial ou imaturo no desenvolvimento de PPPs, pode ser razoável que o risco de alteração geral da lei também seja retido ou compartilhado durante o estágio inicial de desenvolvimento do Programa de PPP.

¹¹⁷ Aprimoramentos tecnológicos obrigatórios são um subconjunto da alteração da lei e comumente se enquadrarão como alteração específica da lei.

¹¹⁸ Mesmo alterações discriminatórias da lei são tratadas de maneiras distintas em determinados países. Por exemplo, os contratos padrão do tipo *Private Finance Initiative (PFI)* (versão 04, 2007) no Reino Unido consideram alterações discriminatórias como sujeitas ao compartilhamento do risco ao invés de prover direito à indenização.

cento do impacto até o limite superior do risco, que pode ser definido em um desvio de custo de “y” por cento.

Além disso, é comum e boa prática estabelecer um limite geral da soma do impacto de todos os eventos potenciais e estipulá-lo como um percentual do investimento original ou um valor absoluto.

Deve-se ter cautela para evitar o pagamento em dobro pelo serviço. Por exemplo, se uma alteração da lei exigir a reposição de um ativo (por exemplo, sistemas de medição no abastecimento de água), o custo deve ser calculado como a diferença do custo estimado de qualquer renovação planejada desse ativo.

1.4.2. Alterações unilaterais no Serviço/Esopo das Obras

Deixando de lado os limites potencialmente estabelecidos pelos regulamentos de compras em vários países, as alterações unilaterais no escopo das obras (alteração das especificações do projeto) e nos requisitos de serviço são sempre um evento de risco a ser alocado claramente ao parceiro público.

Esta é uma das áreas de risco em que é claro que o contrato não deve apenas indicar qual é sua alocação, mas também deve conter disposições claras e transparentes que regem como o processo será tratado no caso de ocorrer uma alteração, incluindo como o preço ou custo será calculado e como a compensação será paga.

Os capítulos 7 e 8 explicarão esse assunto com mais detalhes.

1.4.3. Força Maior

Força maior foi apresentada neste capítulo (consulte a seção 5.6).

Conforme descrito na seção referida, força maior pode ter significados diferentes (e, portanto, um escopo diferente em termos de eventos incluídos na categoria ou conceito geral) em diferentes jurisdições e pode, até ser um termo legalmente definido de aplicação direta a contratos de PPP (especialmente em países de direito codificado nos quais um código administrativo regula as licitações e os contratos públicos).¹¹⁹

Baseando-se no código e na tradição franceses, que, a esse respeito, é bastante consistente com as regulamentações internacionais, para ser considerado um evento de força maior (e, portanto, fornecer isenção às obrigações contratuais), o evento deve ter as seguintes características:

- Externalidade.
- Imprevisibilidade.
- Irresistibilidade.

Todas as definições em todo o mundo (definições legais ou definições específicas de contrato) incluem caos fortuitos como eventos de força maior e muitas delas incluem uma série de eventos de origem humana

¹¹⁹ *Public Private Partnerships in Infrastructure Resource Center (PPP IRC)* proporciona uma descrição interessante das várias abordagens a respeito da definição de “força maior” e aconselha como incorporar seu conceito em contratos de PPP. <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/ppp-overview/practical-tools/checklists-and-riskmatrices/force-majeure-checklist>. Vide, também: *Termination and Force Majeure Provisions in PPP Contracts* produced by Allan and Overy and EPEC (2014), describing the approach in a number of European countries.

(guerra, atividades terroristas, disputas/greves trabalhistas em geral e assim por diante). Este subconjunto posterior, às vezes, é classificado como risco político.

Independentemente de como o termo seja definido (caso o seja) na respectiva legislação, os eventos de risco considerados de força maior devem ser cuidadosamente considerados e definidos em todos os países quando se tratar de PPPs. Uma definição concreta, incluindo o escopo dos eventos a serem cobertos pelo termo, deve ser claramente definida no contrato (ou melhor, provida por uma norma contratual) ou a autoridade deve considerar certos eventos (a depender do projeto) a serem retidos explicitamente no contrato (sob uma abordagem compartilhada conforme explicado abaixo), mesmo que estejam fora do escopo da definição legal geral (se houver).

Este Guia de Certificação PPP considera que atos de Força Maior são sempre eventos indenizáveis (asseguram tempo e dinheiro), assim como guerras e terrorismo. Outros eventos de força maior em potencial são discutidos explicitamente neste apêndice: motins, vandalismo, greves gerais (mas não aquelas que ocorram na SPE ou em seus contratados subordinados).

Tais eventos, na medida em que são definidos na categoria de força maior, são claros casos de retenção pela autoridade.

Em termos técnicos, esses riscos são compartilhados (eventos potenciais categorizados como força maior pelo contrato ou por lei), pois o contrato imporá a obrigação do parceiro privado de contratar certas apólices de seguro que, geralmente, cobrirão alguns eventos potencialmente considerados como de força maior. Assim, a primeira perda nesses eventos será suportada pelo parceiro privado que, por sua vez (e conforme previsto no contrato), será ressarcido pela indenização reclamada na apólice de seguro. O risco de a indenização estar disponível é um risco do parceiro privado, a menos que o risco se tenha tornado um risco não segurável no decurso do contrato (ver abaixo “eventos não seguráveis”).

O contrato (e, na medida do possível, as políticas) deve estabelecer que o valor da indenização deve ser aplicado sobre a perda ou qualquer impacto sofrido pelo bem ou serviço.

Os riscos de força maior não devem ser tratados apenas em termos de indenização, definindo quem deve suportar o prejuízo e quando. O contrato também deve dispor sobre como lidar com o risco de o serviço não estar disponível durante um determinado período devido a um evento de força maior, incluindo a possibilidade de qualquer das partes denunciar o contrato e solicitar o término antecipado.

Quando o contrato é rescindido por um evento de força maior, uma quantia de indenização pela rescisão deve ser claramente concedida pelo contrato (consulte as cláusulas de rescisão na seção 8.8).

Eventos de força maior não devem ser confundidos com eventos imprevistos. Um evento de força maior pode ser considerado um evento imprevisto, mas nem todo evento imprevisto será um evento de força maior. A natureza imprevista de um evento de risco não é uma categoria de risco em si, mas está implícita na maioria dos riscos e, como tal, pode ou não resultar em isenção ou indenização, a depender do evento de risco específico, conforme descrito ou predefinido no contrato (por exemplo, achados arqueológicos em algumas circunstâncias, condições geotécnicas ou alteração da lei, em outras).

Um aspecto relevante ao se considerar um evento de força maior, também aplicável à maioria dos eventos indenizáveis definidos no contrato, é que o evento não deve fornecer proteção indevida se o parceiro privado deixar de se comportar conforme o esperado. Por exemplo, se os requisitos técnicos especificam que a infraestrutura deve ser projetada para resistir a uma enchente de um em cem anos, a parte privada deve

arcar com todos os custos resultantes de uma enchente de um em cinquenta anos, mas pode ter direito a compensação se ocorre uma inundação de um em quinhentos anos.

O contrato deve estabelecer, claramente, que o parceiro privado, como proprietário econômico do bem, deve exercer toda a diligência para evitar um risco e mitigar suas consequências.

1.4.4. Vandalismo e Greves

Vandalismo é o risco de atos intencionais contra o ativo ou suas partes. Geralmente, o vandalismo é um risco a ser alocado no parceiro privado, pois é o proprietário econômico do ativo e, como tal, tem a responsabilidade primária de proteger seu estado físico e operacional.

No entanto, em alguns projetos específicos, esse risco é compartilhado. Esta pode ser uma abordagem sensata quando a probabilidade e as consequências são elevadas e onde a vigilância e proteção do ativo contra possíveis atos de vandalismo são muito difíceis ou muito caras.

Em relação às greves, quando não são greves gerais, mas afetam apenas o projeto específico, o risco geralmente é assumido pelo parceiro privado. Em alguns países, é prática comum também transferir o risco de greve geral da mesma forma.

1.4.5. Pacote de seguros e riscos não seguráveis

Um risco originalmente segurável (no início do contrato), e para o qual a exigência de contratação de seguro foi incluída no contrato, pode se tornar não segurável durante a vida do contrato. A menos que seja especificamente imputável ao parceiro privado, esse risco (de se tornar *insegurável*) não deve ser por esse suportado. Em vez disso, é boa prática que o contrato preveja a possibilidade de alterar a exigência de um seguro em específico ou de renúncia automática dessa obrigação específica.

Um risco ainda pode ser segurável, mas com prêmio proibitivo. Isso geralmente é tratado sob a abordagem de *benchmarking* para custos de seguro, de modo que, quando o prêmio total exceder o limite de exposição (por exemplo, 100% de custo adicional acima de sua linha de base), a autoridade pode decidir, a seu critério, remover a exigência específica. Nesse caso, deve-se exigir do parceiro privado o pagamento ao governo do valor economizado (ou uma dedução desse valor dos pagamentos).

Quando um sistema de *benchmarking* para compartilhar o risco do prêmio de seguro não estiver disponível, o contrato deve estabelecer, pelo menos, uma provisão para riscos específicos que podem ser considerados como não seguráveis quando o prêmio pelo risco atingir algum limite extraordinário predefinido.

1.4.6. Perspectiva Privada - Risco de Término Antecipado

Do ponto de vista do parceiro público, o risco de término antecipado é, principalmente, um risco orçamentário (para além da preocupação de como o serviço será prestado após a rescisão, pelo menos até que o parceiro privado seja substituído por um novo contratado) que se relaciona com a capacidade de cumprir a obrigação de pagar indenização por término antecipado quando devida. A gestão adequada de risco pelo setor público consiste em avaliá-lo e incluí-lo na análise de capacidade de pagamento (*affordability*), antes de aprovar a licitação do projeto. Abordagens boas ou ruins neste sentido estão relacionadas ao arcabouço (gestão fiscal) levando em consideração a conveniência de ter regulamentos adequados em vigor para contabilizar e relatar passivos (incluindo, como nesse caso, passivos contingentes).

Na perspectiva do parceiro privado, esse risco se refere à potencial insuficiência da indenização por término antecipado para cumprir as obrigações financeiras com terceiros e investidores - lembrando que a expectativa não será a mesma a depender da causa da rescisão.

Em última análise, esse risco é assumido pelo parceiro privado no âmbito da sua avaliação da viabilidade comercial segundo os seus próprios parâmetros.

No entanto, isso não deve impedir a autoridade de mitigar o risco tal como percebido do parceiro privado, por meio da descrição e definição claras sobre como será calculado e quando será pago o valor da indenização em cada cenário de rescisão.

O risco da disponibilidade de recursos para pagar a indenização é um risco claramente atribuído ao parceiro público. Isso implica a necessidade de o contrato ou o arcabouço jurídico permitir que o parceiro privado processe o governo em caso de não pagamento no vencimento, bem como a clara provisão de proteção contra os custos do atraso no pagamento. Nesse último caso, é prática incorreta calcular os juros acumulados (em caso de atraso) com base nas "taxas de juro oficiais" ou num referencial da dívida pública. Em vez disso, o cálculo deve levar em consideração os custos financeiros a serem suportados pela empresa do projeto em sua totalidade.

A seção 9.9 deste capítulo trata mais detalhes.