

LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTES NO BRASIL

José Ricardo Marar

Agência Nacional de Transportes Terrestres - UniCEUB

Joaquim José Guilherme de Aragão

Universidade de Brasília

Enilson Medeiros dos Santos

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Resumo

A presente contribuição analisa o novo modelo de contratação de parcerias público-privadas e sua aplicação à brasileira nas novas licitações de infra-estrutura de transportes. Para tanto, analisa-se a literatura internacional, comparando as respectivas recomendações e práticas ao caso brasileiro. Em seguida, estudam-se as inovações introduzidas pelo novo projeto de lei em tramitação, sobre as PPPs (parcerias público-privadas). Subseqüentemente, avaliam-se ainda algumas lacunas legislativas que terão de ser tratadas em reformas próximas.

Abstract

The present contribution analyses the new model for contracting public-private partnerships and its application in transport infrastructure tendering procedures in Brazil. Initially, the international literature is discussed as well the current tendering practice in the Brazilian road sector. Further, the most recent Brazilian bill proposal on PPP (public-private partnership) contracts is introduced. Subsequently, the current and the foreseen legal frameworks are evaluated, and needs for further legislative reform are pointed out.

1. INTRODUÇÃO

A carência de infra-estrutura de transportes para o desenvolvimento nacional e a ausência de recursos para seu financiamento têm levado o Estado a redefinir sua posição de provedor e financiador único, passando à procura de parceiros para atingir os seus fins. Este processo tem se dado em diversos países, a partir dos anos 80 com as privatizações e concessões, até mais recentemente com a instituição de uma nova modalidade de contratação administrativa: as parcerias público-privadas (PPP).

Modelo importado de países de base legal do *Common Law* (sistema jurídico de países anglo-saxônicos), as PPPs, quando desembarcadas em países de direito românico-germânico, como o caso do Brasil, necessitam de adaptações e um esforço de harmonização espacial: nem os conceitos de serviço e de domínio público, tais como concebidos no Direito Administrativo românico-germânico (ao qual nos filiamos), têm correspondência biunívoca no Direito anglo-saxão, nem a noção do contrato completo, comum neste Direito, tem uma aceção automática no nosso, consagrado que está aqui o princípio do Poder Exorbitante. Isso não significa que a implantação deste novo modelo de contratação no Brasil não seja juridicamente viável. Contudo, é necessária uma tradução equifuncional, pragmática, dos institutos do Direito anglo-saxônico para o nosso.

Uma das questões mais críticas que surgem na implantação do marco regulatório das PPP é o procedimento licitatório. É a esse que se dedica a presente contribuição. Inicialmente, o trabalho analisa as implicações das PPP para o regime das licitações. Para tanto, analisa-se como as licitações de PPP são tratadas na literatura internacional. Em uma segunda etapa, estuda-se o atual regime jurídico das licitações, concentrando-se em um caso específico de

interesse do setor de transportes, que são as rodovias. Subseqüentemente, analisam-se as adaptações nesse regime que já estão previstas no projeto de lei em tramitação sobre as PPP.. A seção de conclusões é dedicada à comparação entre o regime atual e o proposto pelo projeto de Lei e as necessidades de adaptação ainda abertas, conforme a experiência internacional.

2. PROCEDIMENTO LICITATORIO EM PPP: PRÁTICA INTERNACIONAL

2.1 – Pontos mais críticos

A licitação de projetos de parceria público-privada constituirá um momento crucial do processo de contratação, e exigirá não apenas uma reforma profunda da nossa legislação, mas também toda uma nova cultura jurídica, que alia a garantia da transparência à adequação do procedimento à natureza, complexa, do projeto.

Em princípio, como mostra a experiência internacional, uma licitação de PPP é longa, exige consultas e negociações permanentes entre as partes contratante e contratada, o que requererá um grande esforço de capacitação de quadros para realiza-la, assim como de construção de consenso com a justiça e os órgãos controladores da legalidade (Tribunais de Conta, controladorias, Ministério Público). Vale ressaltar que estes possuem via de regra uma cultura por demais formalista e chegam a perder muitas vezes o foco do interesse público, ao paralisarem ou colocarem em causa os procedimentos por irregularidades de menor monta, independentemente do prejuízo que as interrupções possam provocar.

Nessa seção, dar-se-á prioridade às seguintes questões: modalidades e estruturas de licitação; estruturas de edital; composição de consórcios; avaliação e seleção das propostas; possibilidade de adaptação das propostas ao longo do processo; possibilidade de se apresentarem propostas de contrato não solicitadas pelo Poder Público; e a negociação final do contrato.

2.2 – Modalidades de licitação

A literatura internacional (Department of the Environment and Local Government, 2000d; Irigoyen, 2002; Institute for Public Policy Research, s.d. e Klein, 1998b) diferencia o procedimento licitatório em *abertos*, *restritos* e *negociados*. O primeiro reflete a legislação brasileira, onde o edital geral é único especifica o ante-projeto, as condições de habilitação e os critérios objetivos de seleção, sendo a licitação processada em duas fases, a saber, habilitação e seleção. Já no procedimento restrito, existe uma descrição preliminar do projeto e as condições de habilitação. Os habilitados recebem, para a segunda fase, informações mais detalhadas, elaboram e submetem suas propostas à seleção final. Essa modalidade não é prevista na legislação brasileira e poderia suscitar dúvidas quanto ao respeito ao princípio de isonomia, se esse for interpretado de forma muito estrita.

Mais complexa à vista da cultura brasileira de licitação é a modalidade negociada, onde, após a fase de habilitação nos moldes da modalidade restrita, o objeto do projeto e o contrato são negociados entre os selecionados, para só então elaborarem propostas. Uma vez selecionado o parceiro, ainda há negociação com o vencedor, até à feitura e assinatura do contrato. Essa modalidade provocaria muitas dúvidas dentro de uma leitura estrita dos princípios de moralidade pública.

As licitações nas modalidades restrita e negociada são geralmente recomendadas para projetos

de PPP que versam sobre objetos complexos ou pioneiros, ou exijam um alto nível de capacitação, não podendo o objeto ser confiado a empresas sem a devida experiência e qualificação.

2.3 - Editais

Dependendo da modalidade pode haver um ou dois tipos de edital. Na modalidade aberta, um edital único contém todos os elementos necessários para a habilitação dos candidatos e a feita das propostas. Já na restrita e negociada, um edital sumário denominado “Aviso de Interesse” descreve sumariamente o projeto e detalha os requisitos de habilitação. Já um segundo edital “Requerimento Final de Proposições”, geralmente elaborado em função do perfil dos habilitados na modalidade restrita e/ou das sugestões externadas pelos mesmos na modalidade negociada, detalha mais os diversos elementos do projeto e do contrato. Nesta modalidade não de ser definidos o escopo de negociação, com vistas a salvaguardar os princípios de isonomia, publicidade e moralidade. Isso vale sobretudo para as negociações finais com o vencedor, antes da elaboração do contrato definitivo.

Quando o certame ocorrer em fase única, essa antecedência aumentará, pois incluirá ainda o prazo de preparação das propostas. Em casos de projetos complexos que envolvem a análise detalhada de propostas díspares no que tange a concepção, a técnica e a estratégia de financiamento, alguns países introduziram um limite quantitativo de concorrentes a serem admitidos para a próxima fase, com base na respectiva habilitação e/ou no mérito qualitativo da proposta preliminar.

2.4 – Composição dos consórcios

A literatura internacional (Klein, 1998a; UNCITRAL, 2001; Partnerships Victoria, 2001; Department of Treasury and Finance, 2002; 4Ps, 2000) discute a possibilidade de modificação da composição dos consórcios uma vez habilitados, abrindo a porta a empresas que terão pertencido a consórcios desclassificados. Como argumento favorável a esse tipo de liberdade prega-se que tal flexibilidade permite a integração de experientes sócios aos consórcios vencedores, que poderiam agregar mais valor às suas propostas com o apoio desses atores individualmente qualificados.

2.5 – Avaliação e seleção das propostas

Depois da habilitação, a questão que se coloca é a análise e seleção das propostas dos habilitados. No processo de fase única, a avaliação e a seleção das propostas dar-se-ão sem solução de continuidade, ressalvados os recursos contra os resultados da habilitação. Já nos procedimentos em duas fases, a licitação é interrompida para que: a) o ante-projeto seja aperfeiçoado tendo em vistas o perfil dos habilitados e de suas propostas preliminares; b) os próprios habilitados possam contribuir para o seu aperfeiçoamento, negociado; e c) os mesmos habilitados possam finalizar suas propostas em virtude do ante-projeto aperfeiçoado e negociado.

De uma forma geral, o critério de seleção deverá levar em conta as finalidades (alcance das metas e diretrizes do desenvolvimento nacional) e as características técnicas e econômicas básicas do projeto, procurando, por outro lado, atingir o máximo de vantagem financeira para o setor público e a sociedade.

Via de regra, os critérios utilizados em projetos de PPP complexos se classificam em:

- (a) viabilidade técnica;
- (b) viabilidade operacional;
- (c) qualidade dos serviços e garantia de sua continuidade;
- (d) inovações técnicas e elementos adicionais que agreguem valor e qualidade, introduzidas a critério de cada proponente;
- (e) proteção ao meio-ambiente;
- (f) efeitos positivos potenciais para o desenvolvimento econômico e social; e
- (g) vantagem financeira para o setor público e a sociedade.

Essa última categoria pode se decompor nos seguintes indicadores:

- (a) valor presente das tarifas ou preços unitários ou outros encargos cobrados no período da concessão;
- (b) valor presente dos pagamentos a serem efetuados pelo Poder Público;
- (c) custos totais para a concepção e construção, custos anuais para a operação e manutenção anual, valor presente dos custos de capital e de operação e manutenção;
- (d) A extensão do apoio financeiro, material e regulatório esperado pelo Governo;
- (e) viabilidade de Engenharia Financeira proposta;
- (f) grau de aceitabilidade dos termos contratuais propostos com relação a cláusulas onde o edital final abre espaço para proposições discricionárias pelo concorrente..

O método de ponderação dos critérios técnicos e financeiros pela Comissão deve estar estabelecido, em princípio, desde o início do processo licitatório (há de se analisar a viabilidade jurídica de definí-los apenas quando o ante-projeto final, negociado, estiver pronto), não devendo ser objeto de negociação com os candidatos habilitados. Na sua aplicação às diversas propostas, a Comissão deve elaborar um memorial que justifique a decisão.

Essas diretrizes gerais não resolvem, obviamente, a complexidade da ponderação dos critérios de seleção. Há de buscar, pois, um equilíbrio entre, de um lado, os custos que ocorrerão nas diversas fases, a saber, da construção, operação e manutenção e, de outro, dos benefícios advindos da qualidade dos serviços e dos efeitos sociais e econômicos. Os custos de curto prazo para o Poder Público e/ou consumidor tende a ser mais valorizado, dada a sua aparente objetividade. Entretanto, os efeitos econômicos de longo prazo não podem ser desconsiderados, pois representam custos e ganhos sistêmicos mais substanciais e sustentáveis.

A seleção dependerá do critério adotado no edital final. A prática internacional (Office of Government Commerce, s.d.; Ontário Superbuild Corporation, 2000; PPP Working Group, 2002) costuma subdividir a classificação em várias etapas. Para que a valorização dos aspectos qualitativos das propostas não seja prejudicada com relação aos critérios financeiros, costuma-se dar precedência aos primeiros. Alguns critérios qualitativos podem ter função eliminatória, ou seja, apenas propostas cujas notas nos itens eliminatórios superarem o patamar mínimo de aprovação serão analisadas, sendo desclassificadas as restantes, com devolução dos documentos aos proponentes. Serão desclassificadas também as propostas que não atenderem, por completo ou no total, itens exigidos no Edital. A desclassificação deverá ser devidamente justificada em memorial a ser entregue ao candidato. Novamente, um

patamar de classificação pode ser introduzido, com base na nota ponderada, e apenas proposições que atingirem essa fase seguirão para a próxima etapa. As outras serão devolvidas aos proponentes, com a devida justificativa em memorial.

Na terceira etapa, serão estudadas as proposições classificadas, e, finalmente, um critério econômico-financeiro poderá tornar o julgamento mais objetivo. Mas, também aqui, podem ser realizadas avaliações em etapas diversas, para se ponderarem custos e benefícios de curto, médio e longo prazo, conforme chave apresentada em Edital. Muitos países vêm praticando a técnica dos dois envelopes, um contendo os critérios técnicos, outro os critérios financeiros, dando se precedência ao primeiro.

2.6 – Adaptação das propostas

As propostas devem ser completas. Contudo, correções de pequeno vulto (erros de cálculo, documentos faltantes), ou esclarecimentos, podem ser requeridos. Evidentemente, não podem modificar aspectos essenciais do projeto sob risco de violação do princípio de isonomia. Para conter essa possibilidade, deve ser estabelecido prazo curtíssimo para providenciá-las. Na literatura internacional (Treasury Taskforce, 2002; Zietlow e Bull, 1999) admite-se a possibilidade do Poder Concedente adicionar novas exigências após a publicação do edital. Dependendo da fase do processo, vulto e caráter da modificação, essa flexibilidade pode prejudicar o caráter isonômico do processo.

2.7 – Propostas não solicitadas

Um capítulo especial merece as propostas não solicitadas. Trata-se de proposições iniciadas pelos parceiros privados, que vislumbraram uma oportunidade de contrato e investimento que iria de encontro aos interesses da Administração, mas que não tinha sido cogitada. A defesa dessa faculdade justifica que nem sempre a Administração Pública tem os meios e instrumentos ou até criatividade e iniciativa de descobrir espaços pioneiros de parceria em campos que envolvem o interesse público. Propostas realizadas espontaneamente por grupos interessados, que investiriam em seu desenvolvimento prévio sob sua própria conta e risco poderiam ademais produzir economias no processo de preparação da licitação, eis que o ante-projeto seria graciosamente fornecido pelo parceiro interessado. Os autores da proposta se beneficiariam de uma posição privilegiada na licitação, pois deteriam primeiramente, as informações técnicas e financeiras envolvidas, podendo apresentar propostas mais competitivas. Em segundo lugar, caso percam o certame, teriam direito ao pagamento de royalties pelo vencedor, para ressarcir e remunerar o investimento no desenvolvimento do projeto. A adoção desse tipo de procedimento é adotada em vários países.

Entretanto, há riscos consideráveis na sua introdução e principalmente na difusão excessiva de sua aplicação. Primeiramente, haverá sempre um viés a favor do autor, por ele dominar mais do que os outros o conteúdo técnico e as informações financeiras da proposta. A isonomia entre potenciais contratantes administrativos fica prejudicada. Em segundo lugar, o planejamento estratégico do Governo pode sofrer sério esvaziamento em função de seu atravessamento por idéias espontâneas. Em terceiro lugar, a prática pode induzir a ações de favoritismo, a resistências políticas e descontinuidades administrativas, o que pesará sobre o nível de risco político nelas contidas, acarretando dificuldades para a obtenção de empréstimos por bancos comerciais. Em quarto lugar, as agências multilaterais terão dificuldade de apoiar financeiramente projetos em que licitatório não for rigorosamente isonômico. Mesmo que se inclua uma cláusula condicionante para esse tipo de projeto,

segundo a qual o mesmo tenha de atender a necessidades e diretrizes do PPA ou, mais restritivamente ainda, versar sobre variantes técnicas ou de escopo de um projeto já previsto pelo mesmo planejamento, o problema não se resolve. Pois se a proposição prever condições contratuais que implique em compromissos fiscais consideráveis, o erário público poderá ficar excessivamente onerado com proposições que não partiram do planejamento público, portanto foram sujeitas ao debate democrático.

Dado, entretanto, o potencial de inovação que esta prática enseja, ela pode ser introduzida, desde de que de forma extremamente cautelosa. A literatura internacional (Irigoyen, 2002; Province of Nova Scotia, 2003) identifica duas situações para sua aplicação: proposições espontâneas versando sobre técnicas ou concepções alternativas para necessidades e projetos já externados pelo Poder Público. Em segundo lugar, proposições espontâneas sobre projetos inicialmente não contemplados pelo Governo. Esse último caso é o mais perigoso, pois pode atravessar o planejamento público e comprometer as finanças públicas com projetos não emergentes de uma análise sistêmica das necessidades públicas. Essa faculdade é a mais criticada na literatura (Irigoyen, 2002).

2.8 – Negociação final do contrato

A negociação tanto do objeto quanto de cláusulas do contrato é praxe admitida até por organismos que primam, pelo menos no discurso e nas suas regulamentações, pelo combate aos favorecimentos indevidos e aos riscos de imoralidade, como o Banco Mundial. Na modalidade negociada, a negociação se dá em diversos momentos da segunda grande etapa, após a habilitação. Primeiramente, os habilitados são convocados para realizar proposições quanto à concepção do projeto e ao contrato. Só então a elaboração das propostas detalhadas é iniciada, para dar lugar a seleção. Na seleção, abertos os envelopes, os proponentes podem ser convidados a melhorar, em curtíssimo prazo, suas propostas técnicas e financeiras, para uma nova rodada de avaliação. Esse processo pode se repetir diversas vezes, conforme previsto no edital, até se chegar ao vencedor final, aproximando-se à lógica de um leilão. Após declarado o vencedor, a Comissão pode ainda entrar em negociação com esse, tentando melhorar pontos que não alterem a pontuação classificatória que deu ensejo à vitória.

No caso das negociações com o vencedor chagarem um impasse, a prática internacional (UNCITRAL, 2001) admite a possibilidade de que os sucessivamente colocados possam ser convidados para reapresentar e renegociar suas respectivas propostas. Nesse caso, o primeiro colocado não seria mais admitido à negociação e perderia direito à adjudicação. Portanto, o vencedor na seleção não teria garantida incondicionalmente a expectativa de direito ao contrato.

3. PROCEDIMENTO LICITATORIO NO BRASIL: ESTUDO DO CASO DA INFRAESTRUTURA RODOVIÁRIA

Atualmente, a infra-estrutura rodoviária no Brasil é provida pelo próprio Estado ou delegada a terceiros. Esta delegação pode ser dar através de dois regimes: através de contratos de escopo específico ou concessão.

Os *contratos de escopo específico* são regidos pela Lei 8.666/93 (Lei de Licitações), a qual dispõe em seu artigo 3º que “a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da

impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

Estes contratos de escopo específico envolvem atividades da Administração Pública na manutenção da rodovia, quais sejam:

- a. *Prestação de serviços*: consistem nas atividades de recapeamento asfáltico, pintura de faixas, jardinagem, etc. Estes contratos podem ou não incluir a transferência à Administração Pública de bens envolvidos (por exemplo, computadores na implantação de sistema de atendimento ao usuário) e podem ainda ser prestados de forma contínua (serviços de socorro médico, mecânico e reparo de equipamentos);
- b. *Fornecimento de bens e produtos a Administração Pública*: consistem em atividades de limpeza de placas de sinalização, por exemplo. A entrega pode ser de uma vez ou parcelada. A Lei 10.520/02 (Lei do Pregão) criou um procedimento simplificado para aquisição de bens e serviços comuns com economia de tempo; e,
- c. *Execução de obra*: também chamado de contrato de empreitada de obra pública que pode envolver a construção, reforma, recuperação ou ampliação de um ativo público (ex construção de retornos, faixa de ultrapassagem).

As licitações das atividades contidas na Lei 8.666/93 prevêem as seguintes modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, dispensa ou inexigibilidade de licitação e pregão (no caso de bens ou serviços). O critério de julgamento é o menor preço, permitindo julgamento por técnica ou técnica combinado com preço somente nos seguintes casos: serviço de natureza predominantemente intelectual (ex. elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento, engenharia consultiva etc.) e fornecimento de bens, execução de obras, prestação de serviços de grande vulto dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e o objeto admite soluções alternativas e variações de execução.

O Brasil tem realizado estes a delegação destas atividades através de um contrato denominado CREMA. Neste contrato, o DNIT, órgão responsável pelas rodovias federais, acorda com parceiros privados a realização de serviços e obras tendo em vista a recuperação e manutenção de rodovias (sem ampliação) pelo prazo de cinco anos. Havendo financiamento internacional do BIRD, as licitações são feitas com bases nas regras do banco. A novidade do CREMA é a construção, em um único contrato, da gestão e implementação de diversos serviços e obras envolvidos na recuperação e manutenção de rodovia. São atividades descritas nestes contratos: a) correção de buracos, deformações e outros defeitos da pista e acostamentos; b) remoção de obstáculos e materiais com risco das pistas e acostamento; c) recomposição e limpeza da sinalização; d) correção, limpeza e recomposição de áreas de acumulação de água; e) recomposição e implantação de dispositivos de segurança e; f) recuperação, limpeza, poda e remoção de lixo das faixas de domínio.

Outra forma de delegação à terceiros praticada no Brasil é por meio de contrato de *concessão*. Neste caso, o particular assume o empreendimento, precedido ou não da realização de obra de infra-estrutura, remunerando-se por meio de pedágio pago pelo usuário. Regida pela Lei 8.987/95 subsidiariamente utilizando a Lei 8.666/93. Podem ser aplicadas às seguintes atividades ou a combinação delas: construção de rodovia, ampliação ou recuperação, operação e manutenção de rodovia. Geralmente envolvem infra-estrutura existente, cabendo ao

concessionário sua recuperação inicial, ampliação e ou duplicação, bem como a operação e manutenção de toda infra-estrutura por certo período.

O particular é escolhido por meio de licitação com os seguintes critérios de julgamento: menor tarifa, maior oferta de projeto ou outorga ao poder concedente, combinação entre menor valor de tarifa e maior oferta, melhor proposta técnica, menor valor de tarifa e melhor técnica, maior oferta e melhor técnica, maior oferta após qualificação técnica.

4. PROCEDIMENTO LICITATORIO BRASILEIRO FRENTE AO PROJETO DE LEI DAS PPPS

Para a implementação do novo modelo de PPP no Brasil, o atual governo encaminhou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 2.546/03. Esse projeto introduz um novo regime de contratação administrativa, não obstante a aplicação subsidiária do disposto nas Leis 8.666/93, 8.987/95 e 9.074/95. Aprovado na Câmara dos Deputados, o Projeto encontra-se no Senado.

Segundo o projeto de lei, poderão ser objeto de PPP através de licitação (Art. 3º): a delegação, total ou parcial, da prestação ou exploração de serviço público, precedida ou não de execução de obra pública; o desempenho de atividade de competência da administração pública precedida ou não da execução de obra pública; a execução de obra para a Administração Pública; e a execução de obra para sua alienação, locação ou arrendamento a Administração Pública. Segundo ainda o parágrafo 1º, poderão essas modalidades contratuais ser utilizadas individual, conjunta ou concomitantemente em um mesmo projeto de PPP, podendo submeter-se a um ou mais processos de licitação.

Na verdade, a nova espécie de contrato (a de PPP) se destaca dos demais contratos administrativos pela sua importância estratégica para o desenvolvimento nacional em troca de privilégios fiscais especiais, daí a importância de sua seleção criteriosa pelo órgão gestor instituído pelo Art. 15, eis que o uso indiscriminado de PPP's pode provocar danos à responsabilidade fiscal e ao desenvolvimento.

Assim, algumas condições prévias são postas para a contratação de projetos em PPP (Art. 12 e § 2º):

- elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;
- demonstração da origem dos recursos para seu custeio;
- declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias; e
- avaliação e autorização do órgão gestor.
- inclusão do objeto no PPA
- licença ambiental prévia ou autorização equivalente

O projeto de lei apresenta um capítulo específico referente à licitação. Segundo o projeto, a licitação para PPP deve ser realizada na modalidade concorrência (Art. 11), com critério de julgamento adotando menor valor de tarifa; melhor técnica; e menor contraprestação da

administração pública (Art. 14). Uma inovação é a previsão de pré-qualificação para a admissão ao certame.

À luz da experiência internacional no campo das PPP's, algumas modificações são introduzidas no procedimento licitatório, no sentido de se permitir uma maior iteratividade e um espaço de negociação, a saber:

- uma vez recebidas as propostas técnicas dos licitantes, será procedida a avaliação e a classificação destas propostas de acordo com critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos no edital;
- classificadas as propostas técnicas, a Administração Pública poderá determinar adequações, limitadas ao respectivo conteúdo, que reputar conveniente para atendimento do interesse público, mantendo-se as pontuações inicialmente atribuídas, e dando-se prazo suficiente e razoável para atendimento das determinações da administração;
- encerrada a fase de adequação das propostas técnicas, serão recebidas as propostas econômicas, que incluirão a taxa percentual projetada de retorno financeiro sobre o capital investido;
- poderão ser apresentadas, em dia, hora e local previamente definidos, em sessão pública, novas e sucessivas propostas econômicas até a proclamação do vencedor, nas condições e prazos previstos no edital;
- o edital poderá limitar o direito de apresentação de novas e sucessivas propostas econômicas aos licitantes que se situarem em intervalo definido no edital a partir da proposta inicialmente classificada em primeiro lugar;
- não existindo pelo menos três propostas econômicas situadas no intervalo previsto no edital, os autores das três melhores propostas poderão oferecer novas e sucessivas propostas econômicas;
- o oferecimento de novas propostas econômicas será efetuado na ordem inversa da classificação resultante da apresentação da primeira proposta econômica.

No que tange particularmente o edital, prevê-se que o mesmo poderá exigir (Art. 11):

- garantias de proposta e de execução de contrato superiores às estabelecidas na legislação em vigor, desde que compatível com o ônus decorrente do seu descumprimento;
- obrigação do vencedor adotar contabilidade e demonstração financeira padronizadas (como condição para celebração do contrato);
- adoção da arbitragem em relação a aspectos previamente delimitados

Nesse contexto, cada proposta deverá contemplar o seguinte conteúdo mínimo (Art. 14, parágrafo único):

- valor das tarifas a serem cobradas dos usuários após a execução da obra ou do serviço;
- pagamentos devidos pelo parceiro privado em razão da concessão ou da permissão do serviço abrangido pelo contrato;
- contraprestação da administração pública;

- melhorias ou benfeitorias a serem realizadas no patrimônio público envolvido na execução do objeto;
- utilidades e benefícios a serem assegurados às populações alcançadas pelo contrato de parceria público-privada.

Por fim, o projeto de lei introduz a possibilidade de oferecimento, ao Poder Público, de propostas espontâneas por parte da iniciativa privada. Nesse quesito, a Lei especifica o seguinte (Art. 2, parágrafo único):

- é assegurada a qualquer interessado a apresentação à Administração Pública de proposta de contrato de parceria público-privada nos termos da legislação vigente, sem prejuízo da sua participação no respectivo processo licitatório;
- a proposta é então publicada e, se em 15 dias a partir da data da publicação houver manifestação de interesse de outrem no projeto, abre-se a licitação; e,
- os estudos, as investigações, os levantamentos os projetos, as obras, as despesas serão colocados à disposição dos licitantes, mas o beneficiário da adjudicação ressarcirá os dispêndios (valores fixados em edital).

5. CONSIDERACOES FINAIS

Diante do exposto, os parceiros privados e públicos haverão de conscientizar que, mediante o mecanismo da parceria, não são adquiridos pelo governo meios de prestação dos serviços, mas os próprios serviços e seu desempenho, acarretando em mudança dos procedimentos e na cultura gerencial dos serviços públicos delegados. Assim sendo, a adoção do modelo de parceria deveria introduzir um novo tipo de licitação onde se permitam negociações com os licitantes, formas mais flexíveis de análise e de seleção das propostas, amplos espaços para adequação e renegociação dos contratos.

Com base nas experiências internacionais apresentadas neste trabalho, algumas questões incidentais no tocante ao novo procedimento licitatório devem ser atentas no processo de contratação de parcerias, e que a reforma legislativa terá ainda de tanger, mais cedo ou mais tarde:

- A definição dos critérios de admissão ao certame constitui um momento conflituoso. Se, de um lado, projetos complexos técnica e financeiramente exigem uma seleção mais rigorosa dos concessionários, admitindo-se os verdadeiramente capacitados e experientes, um excesso rigor pode levar à concentração deste mercado e ao abuso do poder econômico por parte dos parceiros “de grande experiência internacional”. Por outro lado, uma ênfase no caráter competitivo do certame leva a afrouxar os critérios de admissão, abrindo-se porta a aventureiros sem qualificação, com graves conseqüências para a vida e credibilidade do projeto e do programa. Evidentemente, os critérios de habilitação devem ser conhecidos com antecedência suficiente para que os candidatos potenciais tomem conhecimento e possam providenciar a documentação comprobatória necessária, inclusive desenvolver parte de sua proposta.
- As negociações carregam perigos de desvirtuamento e imoralidade e serão sempre alvo de críticas, que podem acarretar riscos políticos para o processo e o programa. O edital deverá, igualmente, especificar os elementos que não estarão sujeitos à negociação. De um lado, essa faculdade oferece ao Poder Público maior poder de barganha frente aos

proponentes. De outro lado, a viabilidade jurídica da aplicação de tal regra no Brasil tem de ser analisada.

- A publicidade da abertura dos envelopes tem causado discussões na prática e na literatura. Ocorre que, em projetos que envolvam proposições inovadoras, a propriedade intelectual e segredos comerciais dos proponentes podem ser violados. A única presença admitida na abertura de cada proposição seria da Comissão e do proponente. No máximo, uma testemunha não relacionada com a parte proponente e a Comissão poderia ser admitida, sob compromisso de manter sigilo sobre as partes confidenciais e de caráter de propriedade intelectual. Tanto os membros da comissão quanto a testemunha seriam criminalmente responsabilizados pela eventual violação e uso indevido das informações sigilosas. Nesse caso, o princípio de publicidade teria de ser atendido pelo memorial assinado pela parte proponente, pela Comissão e pela testemunha. O memorial descreveria o projeto e a justificaria a classificação, relatando os aspectos confidenciais de uma forma genérica, de modo a não prejudicar os direitos de propriedade intelectual. Adicionalmente, com relação ao relato das partes contendo as informações sigilosas, o proponente firmaria seu acordo com a descrição, atestando a não violação de seus direitos.
- Uma outra opção seria a realização de licitações em bloco para a concepção final, construção, financiamento e exploração de projetos previstos no planejamento público, onde seriam abertos amplos espaços de inovação na concepção.

Por fim, dada a complexidade dos projetos de PPP e a necessidade de incorporar conhecimentos e inovações próprias do setor privado na concepção do projeto e de seu contrato, as negociações constituiriam uma novidade na prática licitatória brasileira, pautado pelo rigor e senso radical de isonomia. As origens históricas recentes desse controle público absoluto dos procedimentos licitatórios são conhecidas, e um grande debate e esforço de esclarecimento público far-se-á necessário para convencer na utilidade e necessidade públicas de flexibilizar este rigor.

Agradecimentos

Os autores agradecem a ANTT e CAPES pelo financiamento das viagens dos mesmos ao Reino Unido e à França, que muito contribuiu para a vivência das práticas apresentadas neste trabalho.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- 4Ps (2000): *Standardisation of Local Authority PFI Contracts*. Draft Guidance for Consultation for Release at the 4Ps/Capita Conference 4 May 2000.
- Department of the Environment and Local Government (2000): *Introduction to Public Private Partnerships. Public Private Partnership Guidance Note 1*. Dublin: Department of the Environment and Local Government
- Department of the Environment and Local Government (2000 b): *Key Contractual Issues. Public Private Partnership Guidance Note 13*. Dublin: Department of the Environment and Local Government
- Department of the Environment and Local Government (2000 c): *Legal Context. Public Private Partnership Guidance Note 3*. Dublin: Department of the Environment and Local Government
- Department of the Environment and Local Government (2000 d): *Procurement Procedure Selection. Public Private Partnership Guidance Note 6*. Dublin: Department of the Environment and Local Government
- Department of Treasury and Finance (2002): *Private Sector Participation in the Provision of Public Services. Guidelines for the Private Sectors*
- Infrastructure Partnerships Taskforce (2002): *Public Private Partnerships Guidance Material. Contract Development and Management*. Brisbane: Department of State Development
- Institute For Public Policy Research (s.d.): *Contract Issues in PPP/PFI*. London: IPPR

- Irigoyen J L (Org.) (2002): *Public-Private Options for Developing, Operating, and Maintaining Highways. A Toolkit for Policymakers*. Washington: The World Bank. Public Private Infrastructure Advisory Facility.
- Johannisse S, G. Coenen (2000): *A textbook case for the use of PPP*. The Hague: PPP Knowledge Centr
- Klein M (1998 a): Bidding for Concessions—The Impact of Contract Design. *Public Policy for the Private Sector*. Note no. 158. Washington : The World Bank.
- Klein M (1998 b): Designing Auctions for Concessions — Guessing the Right Value to Bid and the Winner's Curse. *Public Policy for the Private Sector*. Note no. 160. Washington : The World Bank.
- Madelin KB , C C Parkman (1999): *A Review of Contract Maintenance for Roads*. 21st World Road Congress. Kuala Lumpur, Summaries of Individual Papers (CD). Paris: PIARC
- Office of Government Commerce (s.d.): *How To Achieve Design Quality In PFI Projects. Design and the Procurement Process. 3.4 Contract Award*. London: Office of Government Commerce. Documento WWW: http://www.ogc.gov.uk/sdtoolkit/reference/ogc_library/PFI/series_3/technote7a/7atech_01.htm
- Ontario Superbuild Corporation (2000): *A Guide to Public-Private Partnerships for Infrastructure Projects*. Toronto: Ontario Superbuild Corporation
- Partnerships Victoria (2001): *Risk Allocation and Contractual Issues. A Guide*. Melbourne: Department of Treasury and Finance of the State of Victoria.
- Province of Nova Scotia (2003): *Municipal Services - Strategic Public-Private Partnering: A Guide for Nova Scotia Municipalities. Chapter 5: Negotiating the Contract*. Halifax : Province of Nova Scotia
- Public Private Partnerships Working Group (2002): *Review of Public Private Partnerships*. Bangor: Department of Finance and Personnel
- Treasury Taskforce (2002): *Standardisation of PFI Contracts – General* . Revised, 2002. London: Office of Government Commerce.
- UNCITRAL (2001): *Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects. Table of Contents*. Documento WWW: <http://www.uncitral.org/english/texts/procurem/pfip-index-e.htm>. New York: United Nations Commission on International Trade Law
- Zietlow G J, A Bull (1999): *Performance Specified Road Maintenance Contracts: The Road to the Future. The Latin American Perspective*. XX1st World Congress Kuala Lumpur, 3-9 October 1999.