

A DIMENSÃO DO “PROJETO BÁSICO” NA CONCESSÃO

Cezar Augusto Pinto Motta, cmotta@tce.rs.gov.br
Pedro Jorge Rocha de Oliveira, pedroj@tce.sc.gov.br

RESUMO

O presente artigo objetiva discutir a dimensão que o “projeto básico” representa no contexto das concessões de serviços públicos precedidas pela execução de obras.

Neste universo, com frequência as obras não representam a maior parcela dos investimentos totais. No entanto, adicionando-se os serviços de engenharia e a mão de obra para a sua execução ou prestação, sob necessidade de gestão técnica, percebe-se a grande influência e relevância destes elementos no resultado da relação econômico-financeira e da qualidade dos serviços prestados, tendo por origem a plena definição do objeto da concessão. Por esta razão, os autores discutem os principais aspectos relacionados ao “projeto básico” e propõem alguns parâmetros para a plena caracterização do objeto a contratar e da execução contratual, dentro dos mandamentos legais e normativos.

Palavras-chave: Concessão de Serviços Públicos, Projeto Básico, Obras Públicas.

1. INTRODUÇÃO

Em sentido amplo, a concessão de serviços públicos consiste na busca da harmonização de interesses díspares entre um ente público concedente e um prestador privado.

Os interesses do poder concedente -representando a sociedade -referem-se à necessidade de um fornecimento de determinado serviço público com qualidade adequada e tarifas módicas, disponibilizado a determinada parcela da população, ou a toda ela, idealmente. No outro pólo, os interesses do empreendedor privado, que prestará estes serviços e buscará maximizar seus ganhos.

Visando regular este equilíbrio de forças, o legislador fornece, dentro de um consenso social viável ao tempo presente, instrumentos regulatórios de viabilização destas relações.

A licitação para esta concessão é a etapa onde são definidas as condicionantes gerais para que aqueles interesses conflitantes sejam harmonizados da melhor forma, de modo a se obter a proposta mais vantajosa à Administração, considerando os interesses da sociedade e a justa remuneração do prestador dos serviços.

Em sequência, há que se manter uma contratação que assegure a execução de investimentos e a prestação de serviços adequados durante o longo período pactuado, onde a regulação exercida pelo concedente terá papel essencial, envolvendo-se com as atividades de controle e monitoramento da execução dos serviços, promovendo os estudos necessários e propondo soluções a serem observadas durante as revisões periódicas destes instrumentos, sem o que não se obterá os resultados projetados, dentro das condicionantes estabelecidas na relação estabelecida.

Neste contexto, onde coexistem vários fatores de complexidade técnica e econômica, o processo de concessão deve ser conduzido de forma a atender as premissas que o Poder Concedente estabeleceu inicialmente como adequadas, obedecendo ao regramento legal e normativo vigente, dentro de padrões de eficiência, considerando a conjuntura institucional e as variáveis econômico-financeiras, técnicas e sociais, desde o início até o final da concessão, sem desconsiderar a situação de continuidade de prestação dos serviços após o término deste período.

Ante estas ponderações gerais, percebe-se de pronto a importância que a definição plena do objeto da concessão passa a ter, visto que é esta definição que permitirá estabelecer todas as regras e

condições da contratação, ao longo do longo período da concessão.

Ao alterar dispositivo da Lei das Licitações, a Lei 8987/95, fixou que em vez de utilizar o projeto básico, nas licitações relativas à concessão de serviços de saneamento onde esta for precedida da execução de obra pública, devem ser apresentados “elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização”, o legislador gerou um ponto de incerteza ainda não pacificado, que permitiu interpretações as mais diversas.

O presente artigo objetiva discutir a dimensão que o “projeto básico” adquire neste universo onde as obras executadas, mesmo que nem sempre sejam a maior parcela direta dos investimentos, têm grande relevância no resultado da relação econômico-financeira e da qualidade dos serviços prestados.

2. O PROJETO BÁSICO COMO CONCEITO LEGAL E NORMATIVO

A elaboração adequada do projeto básico dentro de um processo licitatório onde existam obras e serviços de engenharia reveste-se de uma condição estratégica muitas vezes desconsiderada, mesmo fora do escopo das concessões –objeto central deste trabalho.

Trata-se da sua condição de definição objetiva do “quê” se pretende contratar, visto que isto inclui o conhecimento de elementos tecnológicos, econômico-financeiros e legais que garantem ao Poder Público ser eficiente na concepção do processo como um todo, inclusive durante as atividades de regulação, onde ocorrerão revisões e adaptações periódicas do contrato, que requerem *expertise* dos agentes públicos envolvidos ou seus representantes -no caso de agência reguladora externa, desde a concepção até o término da vigência do pacto.

Ao aceitar o projeto seja conduzido pelo empreendedor privado, com o fornecimento incompleto dos “elementos” de projeto, a Administração pode perder o domínio dos meios que lhe permitam dar à sociedade a fruição adequada destes serviços, visto o provável desconhecimento das técnicas e dos custos envolvidos.

Há que se observar, inicialmente, que o “projeto básico” conceituado no âmbito das licitações públicas é bastante diferente daquele conceito utilizado nas relações privadas. Importa destacar este aspecto em função da possibilidade de que a empresa contratada realize uma parcela das atividades projetuais das concessões.

O projeto básico sob os limites da Lei das Licitações já tem conceitos bem definidos consolidados, podendo se utilizar como referência a orientação técnica OT IBR-001/2007¹, do Ibraop, que apresenta conceito baseado na legislação, nas normas técnica e na regulamentação profissional brasileira. Neste artigo este conceito será

No âmbito da contratação de obra pública, o projeto básico deve ser realizado de forma bastante rigorosa, pois delineará todas as condições econômicas e de concepção para que os licitantes consigam efetuar suas propostas em condições de igualdade e sem qualquer tipo de dúvida.

Neste caso, trata-se de um projeto completo e com conteúdos consistentes e bem definidos, visto que, depois de realizada a licitação, não haverá margem para negociações ou ajustes significativos.

Na seara das relações privadas, o entendimento sobre o que seria um projeto básico tem menor rigidez, visto que as relações entre as partes possuem grande flexibilidade e podem se desenvolver em bases negociais amplas, até que sejam firmados os preços e as condições de execução das obras.

A questão relevante, no que tange às concessões de serviços públicos -onde, via de regra, é contratada uma “prestação de serviços”, em que as obras compõem apenas uma parte das inversões realizadas -é definir quais são os tais “elementos do projeto básico” que serão adequados e bastantes para cumprir a função de definir os limites e estabelecer as condições de contratação sob parâmetros

¹ Disponível em www.ibraop.org.br, no link “Orientações Técnicas”

controláveis e que assegure ao Estado a realização do objeto na forma desejada, com tarifa módica e abrangência necessária, ao longo do tempo.

Isto por que a prestação do serviço concedido é dever do Estado, que temporariamente deixa de realizá-los por meios próprios, e tem obrigação de mantê-los sob controle como se fora ele o executor. Portanto, deve conhecer todos aqueles fatores que influem na qualidade, nos custos e na perfeição da oferta do objeto da concessão.

2.1. O teor da Lei 8.666/93 – Lei das Licitações e Contratos Públicos

A Lei Federal nº 8.666/93 (art. 124) estabelece que “*Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.*” Também, determinou que as exigências contidas nos incisos II a IV do §2º do art. 7º, da mesma Lei de Licitações, serão dispensadas nas licitações para concessão de serviços com execução prévia de obras em que não foram previstos desembolso por parte da Administração Pública concedente.

O art. 7º, §2º, fixa que:

“as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.”

Como visto, a Lei dispensou os itens II, III e IV, relacionados acima, mas manteve, propositadamente, aquele relacionado ao projeto básico, deixando evidente que nas licitações para concessão de serviços com execução prévia de obras não está dispensada a elaboração do “projeto básico”, mas este não seguirá exatamente as regras desta Lei.

Em relação à questão da inexistência de um orçamento pormenorizado e completo, na fase licitatória, pertine afirmar que isto não significa a ausência de uma estimativa de custos. Apenas que, como não será fornecido um projeto básico com todos os seus “elementos técnicos”, por força do estabelecido pela Lei 8.987/05, o orçamento fornecido deverá ser compatível com a precisão de cada momento do processo de concessão, desde a concepção até a sua execução.

A seguir, apresenta-se um quadro elaborado por Altounian (2007), que demonstra os níveis de precisão em função da fase do investimento, que pode servir para facilitar o entendimento sobre questões que serão apresentadas ao longo deste trabalho.

Quadro 01 – Precisão de metodologias de avaliação de custo x fase do empreendimento

Fase do empreendimento	Avaliação de custo	Referências	Precisão	Recurso para avaliação
Inicial	Expedita	Custo por m ² ou km	Baixa	Pouco
Intermediária	Resumida	Orçamento estimado dos serviços	Média	Médio
Final	Detalhada	Orçamento detalhado dos serviços	Alta	Elevado

2.2. O teor da Lei 8.987/05 – Lei das Concessões

Esta lei definiu, para fins do que dispõe (art. 2º), que considera-se:

“III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

[...]

Art. 4º A concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.”

No art. 18, dentre outras normas, fixou-se que:

“o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

I- o objeto, metas e prazo da concessão; e

[...]

XV- nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra.”

Outro aspecto que sofrerá influência do “projeto básico”, dos estudos prévios e demais elementos de definição do objeto, será o controle e fiscalização posterior, através de regulação.

Assim estabelece a Lei:

“Art. 3º -As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Art. 30. -No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.”

No caso dos serviços de saneamento, em adição, a Lei 11.445/07 (art. 11, inc. III), adiciona a obrigação de “*existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização*” como condição de validade dos contratos, positivando exigência relevante ao sucesso da concessão.

Outro dispositivo que reforça a importância do “projeto básico” neste forma de prestação de serviço público refere-se aos critérios de julgamento do certame, onde há obrigação de “julgamento por critérios objetivos”, na seguinte forma:

“Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão

com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

§1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira.

§2º Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas”

Em função destes critérios, revela-se a necessidade de que a caracterização prevista para o objeto da licitação seja bastante completa, em especial por que, mesmo que as análises econômico-financeiras sejam preponderantes para os estabelecimentos das “tarifas” e propostas financeiras, há forte indicação de que a “técnica” seja considerada.

Em todas as situações, serão as obras, os investimentos em infraestrutura e os serviços de engenharia (ou mão de obra para realizá-los) que comporão parte significativa na composição dos custos das proponentes, razão pela qual a contratação por estimativas vagas ou desprovida dos componentes técnicos de projeto, não se sustenta, sob princípios concretos, embasados em dados e fatos.

Isto vale para a definição da Taxa Interna de Retorno (TIR), para estabelecer reajustes de tarifas ou o equilíbrio econômico financeiro, dentre outros.

2.3. Breve análise comparativa entre os dispositivos legais

A análise dos textos acima, combinados, permite concluir que estes “elementos do projeto básico” resultam, em princípio, em uma flexibilização das exigências do disposto na Lei das Licitações.

A primeira diferença é a exclusão da obrigação de se fornecer “o orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários”.

Esta condição é coerente com a lógica, posteriormente discutida, de que o “projeto” disponibilizado pela Administração não será adotado obrigatoriamente pela Concessionária.

No entanto, será imprescindível que exista um orçamento, mesmo que sintético, que represente de forma mais confiável possível, a estimativa de custos resultante dos estudos realizados para fundamentar os parâmetros aceitáveis para se efetivar a contratação, através do comparativo com as propostas apresentadas na licitação.

Os chamados “*elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização*” não poderiam deixar de estar presentes, visto que seria inadmissível cogitar que o Poder Público contrate qualquer serviço ou adquira bens sem descrevê-los.

O que deve ser ressaltado no caso das concessões é que a caracterização principal será feita sobre os resultados obtidos a partir do competitivo, sob as bases inicialmente propostas e, que entendem os autores, demonstradas viáveis dentro do conjunto de estudos prévios efetuados no âmbito da administração pública.

Em relação aos outros incisos dispensados (art. 7º, inc. II a IV), tratam-se de regramentos que dizem respeito à inserção dos recursos no orçamento anual e no plano plurianual de investimentos. Como quem executará as obras, por sua conta e risco, será a concessionária, estas disposições perdem o sentido, exceto no caso das Parcerias Público-Privadas, que não serão objeto de análise neste estudo, sob este viés.

Também se deve verificar que deverão estar contidos no Edital da Concessão, dentre outros, o objeto, metas e o prazo de concessão, ampliando as exigências da Lei das Licitações, no que tange a metas, visto que isto obrigará que os estudos deverão conter estimativas para todo o período da concessão, tema este que será abordado adiante.

Assim, o “projeto básico” exigido pela lei, nos casos de concessão de serviço público prevendo a execução de obra pública, incluem:

- dimensionamento que contemple as demandas previstas para atendimento imediato e de médio

prazo;

- a demonstração, em estudos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica do empreendimento;

- estudos que demonstrem que o empreendimento tem viabilidade socioeconômica, que o fluxo de caixa esteja baseado em despesas compatíveis com o porte dos investimentos ao longo da concessão e que as receitas são suficientes para recuperar os investimentos do particular, observada a modicidade da tarifa;

- compatibilidade na especificação dos materiais empregados, que possam garantir qualidade e durabilidade à obra, já que no futuro retornará à responsabilidade do poder público (com o eventual fim precoce do contrato ou ao final da concessão);

- previsão de adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, tanto a Administração quanto as proponentes deve investigar, previamente, sobre a viabilidade ambiental do empreendimento;

- desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global das obras e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

- estabelecer o valor das obras, condizentes com os valores de mercado;

- os investimentos já efetuados devem ser conhecidos e demonstrados, visto o que diz o texto legal: “*os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital*” (art. 21), ou seja, tudo aquilo que foi investido pelo Poder Público e, ainda, não amortizado na tarifa, deverá ser ressarcido pelo futuro concessionário. Isto deve ser especificado no edital e, seu impacto econômico-financeiro considerado na formação da tarifa.

Não é demais destacar que ao longo do período da concessão, os valores de *obras ou serviços novos* serão compatíveis com os preços de mercado, acompanhados, validados e considerados nos ajustes futuros pela agência reguladora. Portanto, a fiscalização e o controle eficiente do órgão regulador serão fundamentais para, sobretudo, a proteção aos usuários.

2.4. Considerações sobre o licenciamento ambiental

É conhecida a importância que a questão ambiental vem representando, recentemente.

No que pertine às concessões, alguns pontos devem ser considerados, visando evitar-se a paralisação de obras ou, mesmo, a inviabilização dos projetos.

No caso de obras previstas e que deverão ser executadas no início do período de concessão, em especial, há que se disponibilizar a respectiva Licença Prévia -LP, válida e atualizada no momento da assinatura do contrato. Esta viabilidade ambiental e todos os critérios e exigências do órgão licenciador deverão integrar, como anexo, o edital.

Se, por algum motivo específico, houver impossibilidade de disponibilizar esta LP –pela exigência de projeto executivo, por exemplo –a Administração deverá possuir estudos ou análises consistentes que indiquem ou afirmem a viabilidade do empreendimento. Restará à Concessionária, neste caso, dar continuidade aos trâmites legais respectivos, visto que será ela que fornecerá os projetos finais e manterá os subsídios para execução dos serviços e investimentos.

3. O PROJETO BÁSICO DESDE O PLANEJAMENTO ATE A CONTRATAÇÃO

Uma das principais questões que permanecem a merecer uma abordagem mais acurada, no âmbito das concessões de serviços públicos, onde exista a execução de obras, é a definição do que sejam os “elementos de projeto básico” exigíveis proceder aos respectivos processos licitatórios.

Em função das diferenças conceituais entre a execução de obras como um fim em si e a concessão onde estas obras e serviços integram uma parte do “objeto” em disputa, mesmo que de grande importância perante o contexto geral, este instrumento passa a ter características diferenciadas que devem ser mais bem discutidas

Os autores entendem que existem diferentes fases que compõem o processo de concessão, onde vão sendo adicionados, caso a caso e em sequência, novos elementos projetuais, que incorporam conteúdos cada vez mais completos, aperfeiçoando este processo até seu encerramento.

3.1. O Projeto Básico na Fase de Planejamento da Concessão

O planejamento de infraestrutura e das obras públicas brasileiras tem sido objeto de justificadas críticas ao longo do tempo, visto a pouca importância que o estabelecimento de metas de médio e longo prazo tem recebido na legislação e nos “planos” governamentais no “mundo real”.

Recentemente, com a edição da Lei 11445/07, a área do saneamento básico foi contemplada com um conjunto de normas que privilegiam a execução de um “Plano de Saneamento Básico”, que agrega de forma significativa os estudos necessários para subsidiar todas as ações que os municípios devem realizar para que estes serviços públicos fundamentais alcancem sua universalização.

A lógica contida no Plano de Saneamento inclui a realização de um amplo diagnóstico da situação existente, estudos de viabilidade econômico-financeira, definição de metas e objetivos, de programas e projetos, além da integração das ações a realizar com os instrumentos legais de planejamento orçamentário, todos estes elementos importantes na definição dos projetos e posterior execução das obras envolvidas na prestação dos serviços, seja de forma direta ou terceirizada.

O exemplo da área do saneamento, onde há regras legais bem estabelecidas, pode –e deve, servir de parâmetro no sentido de balizar as ações para o conhecimento, o planejamento, a execução e o controle a as inversões financeiras em infraestrutura, no Brasil.

Ao referenciar o modelo das exigências legais da elaboração dos planos de saneamento, como um padrão desejável para as demais áreas, visto que os preceitos inseridos na Lei são conceitualmente adequados e aplicáveis a qualquer processo projetual, entende-se que o roteiro desta lei setorial poderia aplicar-se às demais área, quando das concessões.

Nesta lógica, a Administração deve buscar dados e informações através de um diagnóstico, para embasar seu planejamento, calcado em informações e projeções suficientes para atender às necessidades da coletividade. Seria uma espécie de “plano de necessidades” vinculado às informações deste diagnóstico, fornecendo as bases para transformar as metas e objetivos em algo atividades realizáveis e distribuídas em cronograma que alcance, no mínimo, todo o período da concessão.

Neste conjunto de estudos preliminares, por assim dizer, haverá estimativas de custos e receitas que fixarão os prazos e as condicionantes do conjunto das necessidades detectadas.

O orçamento que embasará o estabelecimento das metas ao longo do tempo, neste momento, ainda poderá ser sintético e obtido a partir de indicadores setoriais gerais.

3.2. O Projeto Básico no Escopo da Licitação

No momento de elaborar o instrumento convocatório, duas são as hipóteses vislumbradas.

-fornecer um “projeto básico” que informe de modo mais completo possível aos possíveis licitantes e à sociedade os parâmetros que o Poder Concedente utilizou para estimar custos e

receitas, fixar os padrões para a prestação dos serviços e cálculo das tarifas, e as condições que, sob seu ponto de vista, permitam a prestação de serviços dentro de padrões satisfatórios, sem que estes elementos obriguem o particular sob o ponto de vista da opção tecnológica adotada; ou.

-estabelecer padrões mínimos a atingir, deixando o desenvolvimento da solução ao empreendedor privado.

A *primeira opção*, seria aquela onde o Estado faz uma projeção dos cenários possíveis, em um sistema sob condições tecnologicamente e economicamente conhecidas, e sobre os quais define um “projeto básico” – aqui entendido como aquele grupo de conteúdos que o legislador definiu na Lei 8987/05, como “*elementos que permitam a plena caracterização*” do objeto.

Sobre estes elementos, para fins de escolher a proposta mais vantajosa, estima custos, define estratégias e estabelece os resultados desejáveis dentro de um panorama de condições viáveis, ao longo do período do pacto, estabelecendo patamares de qualidade, modicidade de tarifas e desempenho técnico e de satisfação social.

Estes parâmetros servem para que o Poder Público afirme que, dentro do grau de conhecimento que tem sobre o tema, nas condições que exige que o prestador as realize, pelo valor que dimensionou, ele mesmo realizaria tais atividades, nas condições desejáveis. Sem isto, Concedente não tem como indicar que possui condições de conceber, projetar e, sobretudo, regular os serviços envolvidos, mas que apenas não os executará por que, ou tem dificuldades para alocar os recursos necessários nestes serviços, neste momento, ou que pretende utilizá-los em outras atividades em que seu uso será mais produtivo.

Este “projeto básico” não será assumido pela vencedora do certame, que elaborará os projetos necessários e suficientes para realizar o objeto concedido, sob as condições pré-estabelecidas e que serão acompanhadas e controladas através do ente regulador que atuará durante a vigência do pacto.

A *segunda opção* refere-se ao estabelecimento dos padrões que a prestação dos serviços deve atingir, na forma mais detalhada possível, acompanhada da determinação dos investimentos mínimos e dos bens e meios a incorporar ou serem disponibilizados durante a vigência da contratação, deixando o empreendedor privado totalmente livre para propor as soluções que melhor convierem à consecução do objeto, dentro de sua *expertise*.

A vantagem principal desta opção seria a eliminação do compromisso do titular em definir padrões operacionais mínimos, especificações e elementos que serviriam à regulação posterior.

A principal desvantagem, que poderia revelar a falta de estrutura mínima para estabelecer estes parâmetros, é que inexistiria um dimensionamento mínimo, por parte do Estado, que permitisse definir de antemão os limites econômico-financeiros (custos e tarifa, por exemplo), exigíveis ou limitantes das propostas submetidas ao competitivo, podendo redundar na impossibilidade de auferir efetivamente a relação custo-benefício para a sociedade.

3.3. O Projeto Básico na Proposta das Licitantes e na Vigência do Contrato

Em função da inexistência de um “projeto básico”, aos moldes do preceituado na Lei 8.666, a ser assumido pelo concessionário, a proposta deste, ainda na condição de licitante, deverá, além de firmar sua obrigação em cumprir com todas as exigências legais e editalícias, demonstrar sua capacidade técnica de executar os serviços através do fornecimento de conteúdos e elementos técnicos suficientes para formar a convicção de sua capacitação no caso concreto.

No instante da entrega da proposta não será necessário fornecer um projeto básico, como usualmente se conceitua, mas estes elementos deverão contemplar, no mínimo, a proposição de uma solução para todos os pontos necessários à plena realização do Objeto, compatível com o “projeto”

ou os “elementos” disponibilizados pela Administração, no sentido do atendimento ou superação das especificações que indicam os padrões mínimos aceitáveis pelo Concedente.

Por óbvio, na inexistência de um referencial com elementos suficientes no instrumento convocatório, a interessada deve atacar esta insuficiência através de recurso administrativo apazadamente, impugnando o mesmo.

Graças às características das concessões, as condições originalmente propostas poderão ser alteradas ao longo da vigência contratual, no sentido da melhoria nas condições de prestação dos serviços. Uma, por que o período do contrato é longo e muitas condições tecnológicas e de ambiente econômico se alteram; outra, por que é da característica conceitual das concessões de serviços a revisão periódica das condições vigentes, visando não só esta atualização tecnológica dos processos e procedimentos, mas a manutenção das condições de equilíbrio entre as partes e da garantia de que a prestação se aperfeiçoe, ao longo do tempo.

Neste caso, pode-se ter convicção que a exceção seria a manutenção de um “projeto” estático e imutável, no decorrer dos anos.

Retornando à questão da tipificação dos projetos, após a contratação consolidada não haveria como se deixar de exigir que a concessionária apresentasse um projeto similar ao “projeto básico” da Lei 8.666 (ou, já um projeto executivo, se assim preferir), antes do início da execução das obras necessárias à prestação dos serviços, para análise do concedente e o estabelecimento dos padrões de manutenção das relações iniciais do contrato.

Esta análise teria similaridade com as regras firmadas na Lei das Licitações, no sentido de que serviria para estabelecer obrigações e condições de monitoramento das atividades desenvolvidas. A diferença principal seria no sentido de que a definição deste projeto passaria por discussões e a negociação entre as partes, estariam restritas a condições técnicas de ajuste, sem interferir, neste primeiro momento, em condições que acarretassem em desequilíbrios nas condições econômico-financeiras, de prazos ou de qualidade da prestação dos serviços.

Da mesma forma, quando da implantação de inovações ou de alterações tecnológicas ou conceituais, a fiscalização exercida pela concedente, participará das redefinições e adoção das novas soluções ou alternativas.

Estas exigências não podem ser consideradas como descabidas, visto que somente assim se conseguirá acompanhar a realização dos custos e das opções tecnológicas adotadas pelo empreendedor privado sob parâmetros de transparência e, em última instância, eficiência, por conta das ações de regulação.

Ademais, somente com o conhecimento pleno das atividades empreendidas, se conseguirá manter objetivamente o equilíbrio econômico-financeiro, a modicidade da tarifa e a harmonização das relações entre as partes, ao longo do tempo, com o cumprimento das metas de universalização e prestação adequada.

Outra opção, advinda da escolha feita ainda na concepção do processo de concessão, e que continua a lógica do que se denominou “segunda opção”, no item anterior, seria aquela que trataria de dar à concessionária plena liberdade de definir o que fazer, com a contrapartida de assunção de todos os riscos inerentes à concessão. Nesta hipótese, a função de regulação restringir-se-ia ao acompanhamento e fiscalização da manutenção da qualidade, da cobertura dos serviços e da modicidade da tarifa, restando a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro à ocorrência de fatos extraordinários e subsequentes, na área da Teoria da Incerteza ou, em quando o Poder Concedente alterasse as condições pactuadas, de forma unilateral e com consequências nesta equação.

Os autores defendem que, ante todas as condicionantes demonstradas, a forma mais adequada de realizar as concessões em análise seria aquela onde os elementos de projeto básico mencionados na Lei das Concessões, seriam aqueles em que os conteúdos fossem o mais completos possíveis, aproximando-se ao máximo do conceito do projeto básico da Lei 8666, resguardadas as limitações e observações feitas anteriormente.

Considerando, ainda, a inexistência de um “orçamento detalhado” como obrigação legal, não se pode prescindir de estimar os custos da maneira mais precisa possível, caso a caso e etapa a etapa. Isto por que, o Poder Concedente tem que contratar com a segurança que alcançou a eficiência estatuída constitucionalmente, como princípio basilar da Administração Pública.

4. CONCLUSÕES

A licitação para concessão de serviços públicos antecedidos da execução de obras públicas está inserida em um contexto de complexidade técnica e econômica, onde devem ser harmonizados interesses por definição antagônicos, em face de buscar a melhor relação entre as partes envolvidas: o Poder Público, a sociedade e o empreendedor privado.

O processo de concessão, desde sua concepção até o término do prazo contratual, necessita fundar-se sob parâmetros confiáveis e que permitam que os investimentos possam ocorrer sem atrasos, a modicidade das tarifas seja mantida e a qualidade e cobertura dos serviços assegurada ao longo de todo o período do contrato, além da retomada dos bens e meios de produção em condição de continuidade da prestação, ao final do contrato.

Em função disso, os “elementos de projeto básico” que serão fornecidos para caracterizar o objeto a licitar não deverão ser negligenciados, tampouco confundidos com meros indicativos do que se pretende conceder.

A elaboração destes elementos técnicos deve ser considerada como estratégica para o Poder Concedente, visto que é partir da perfeita caracterização do objeto que todas as condições técnicas, econômico-financeiras e de repercussão social se concretizarão a contento.

Nas diferentes etapas que compõem um processo de concessão existem diferenças no nível de precisão que as especificações e os demais elementos e conteúdos técnicos devem apresentar.

Na fase de planejamento da concessão, o Concedente deve realizar diagnósticos, estudos preliminares e a definir objetivamente as necessidades a atender, além de estimar custos, investimentos e definir os meios necessários para os serviços sejam prestados adequadamente.

Durante as fases de licitação o ente público, mesmo que não forneça um “projeto básico” para ser adotado pelo futuro concessionário, há que possuir os “elementos de projeto” que contenham um conjunto de informações e conteúdos que demonstrem sua capacidade de estimar todos os custos, receitas e meios para consecução do objeto e posterior fiscalização, mesmo que não pretenda executar o objeto. Isto por que, sem conhecer alguma forma de execução do que se propõe a conceder, não terá como estimar a viabilidade da efetiva prestação sob padrões viáveis. Desta forma, estaria atuando “às escuras”, situação inaceitável e ilegal.

Por fim, a proponente vencedora do certame terá que apresentar “projetos” de sua autoria para confirmar sua proposta. Durante o certame, serão suficientes elementos que comprovem sua capacidade para cumprir das exigências editalícias, algo próximo a um anteprojeto, demonstrando sua concepção acerca do objeto. Após transformar-se em Concessionária de direito, o projeto executivo deverá ser disponibilizado ao Concedente, para o exercício de controle e fiscalização, pelo agente regulador. Neste caso, deve apresentar inicialmente um “projeto básico” para ajustar as condições de realização final das respectivas obras e dos serviços envolvidos, seguindo-se do projeto executivo, antes do início das obras respectivas.

Uma outra opção para definição do objeto da concessão, que os autores não vislumbram viáveis no contexto “normal” da administração pública nacional, exceto se desenvolvida em um ambiente que possua condições excepcionalíssimas de conhecimento de mercado, é aquela em que se realiza a especificação genérica do objeto, estabelecendo as metas a atingir na concessão, através da definição de indicadores confiáveis e plenamente comprovados, além da limitação das tarifas e estabelecimento de investimentos mínimos em áreas específicas e objetivamente fixadas.

A restrição deve-se, primeiro, à dificuldade em estabelecer os padrões aceitáveis de precificação dos serviços, definição de rentabilidade, dentre outros fatores de complexidade similar

e, segundo, na capacidade que se teria para exercer as atividades de regulação, visto que, em princípio, a *expertise* seria preponderantemente de domínio da Concessionária, deixando o Poder Público –neste caso, representando cumulativamente a sociedade, sem condições de tratar em igualdade o ente privado.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALTOUNIAN, Cláudio Sarian, *Obras Públicas: Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.
- ___ Lei 8.666/1993. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01/05/11.
- ___ Lei 8.987/2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01/05/11.
- ___ Lei 11.447/2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 01/05/11.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. Ed. Dialética, São Paulo: 2003.
- IBRAOP - INSTITUTO BRASILEIRO DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, *Orientação Técnica OT IBR-001/2006: Projeto Básico*. Disponível em <http://www.ibraop.org.br>. Acesso em: 19/09/07.
- MOTTA, Cezar Augusto Pinto. *Obras Públicas de Qualidade: Obrigações Legal e Normativa*, Revista Licitações e Contratos, no 193, p. 275-92. Zênite: Curitiba, março de 2010.
- OLIVEIRA, Pedro Jorge Rocha de. *Obras Públicas – Tirando suas dúvidas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.