



APPS Y CONCESIONES

GUÍA PARA LA
ORGANIZACIÓN DE
EMPRESAS EN CONSORCIOS

CBIC

APPS Y CONCESIONES

GUÍA PARA LA ORGANIZACIÓN DE EMPRESAS EN CONSORCIOS

Co-realización



Iniciativa da CNI - Confederação Nacional da Indústria

Realización



APPS Y CONCESIONES

GUÍA PARA LA ORGANIZACIÓN DE EMPRESAS EN CONSORCIOS

Brasilia DF, junio de 2016

José Carlos Martins Presidente de la CBIC

Carlos Eduardo Lima Jorge Presidente de la Comisión de Obras Públicas de la CBIC

Coordinación Técnica

Denise Soares Gestora de los Proyectos de Infraestructura de la CBIC

Colaboración

Geórgia Grace Coordinadora de Proyectos

Doca de Oliveira Coordinadora de Comunicación

Ana Rita de Holanda Asesoría de Comunicación CBIC

Sandra Bezerra Asesoría de Comunicación CBIC

Contenido

Queiroz Maluf Sociedad de Abogados

Letícia Queiroz de Andrade Socia de la Sociedad de Abogados Queiroz Maluf

Colaboración

Fábio Maluf Tognola Socio de la Sociedad de Abogados Queiroz Maluf

Aline Lícia Klein Socia de la Sociedad de Abogados Queiroz Maluf

Débora de Assis Pacheco Andrade Asociada de la Sociedad de Abogados Queiroz Maluf

Renata de Almeida Faria Asociada de la Sociedad de Abogados Queiroz Maluf

Tiago Cirilo de Queiroz Asistente Jurídico de la Sociedad de Abogados Queiroz Maluf

Imagens

Guilherme Kardel

Banco de Imagem

Proyecto Gráfico y Maquetación

Gadioli Branding e Comunicação

Traducción Español

Jesús Martínez

Cámara Brasileña de la Industria de la Construcción - CBIC

Cámara Brasileña de la Industria de la Construcción - CBIC

SQN Cuadra 1 Bloque E - Edificio Central Park

13º Piso - CEP 70711-903 - Brasilia/DF

Teléfono: +55 61 3327 1013 - www.cbic.org.br

Todos los derechos reservados 2016. ©

COP
COMISSÃO DE
OBRAS PÚBLICAS,
PRIVATIZAÇÕES E
CONCESSÕES

CBIC

APPS Y CONCESIONES

GUÍA PARA LA ORGANIZACIÓN DE EMPRESAS EN CONSORCIOS

Co-realización



Realización





DÉBORA DE ASSIS PACHECO ANDRADE

Abogada y consultora en el área de infraestructura. Maestría en Derecho Administrativo por la PUC-SP. Autora de artículos en el área de contratación pública.



RENATA DE ALMEIDA FARIA

Abogada y consultora de derecho administrativo. Especialización en Derecho Administrativo por la PUC-SP. Autora de artículos en el área de derecho administrativo.



ALINE LÍCIA KLEIN

Abogada y consultora de derecho público. Doctora en Derecho del Estado por la USP y Maestría en Derecho del Estado por la UFPR. Autora de libros y artículos en el área de derecho administrativo y contratación pública.



FÁBIO MALUF TOGNOLA

Abogado y consultor especializado en el área de licitaciones y contrataciones públicas. Fue asesor del ministro en el Tribunal Superior de Justicia, en el área de Derecho Público. Autor de artículos en el área de derecho administrativo.



TIAGO CIRILO DE QUEIROZ

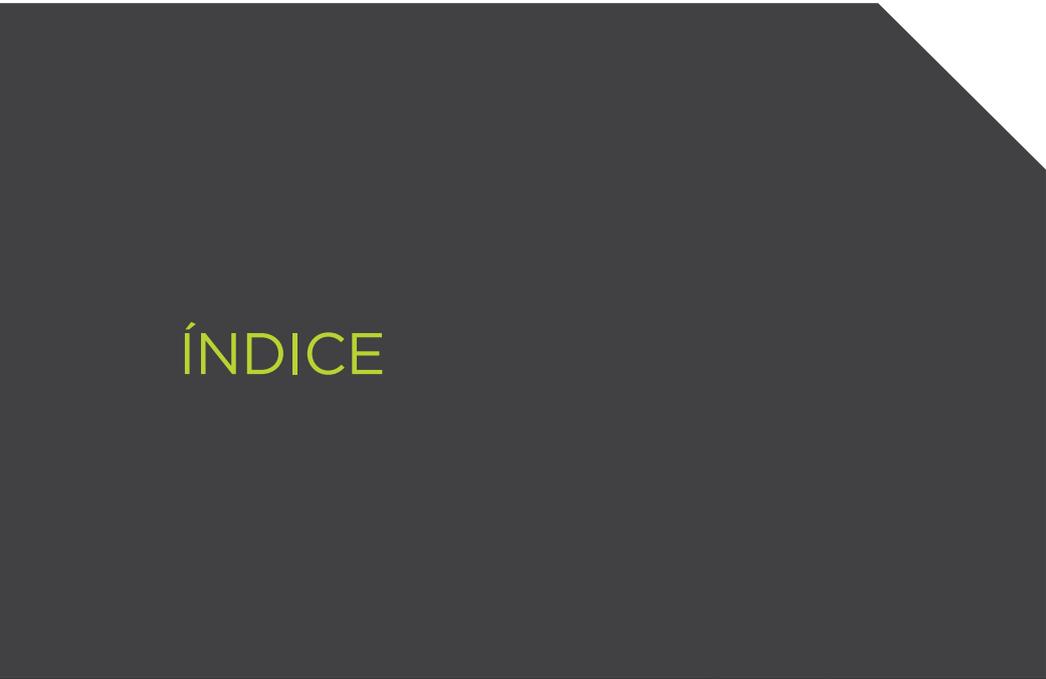
Asistente jurídico con experiencia en el área de derecho administrativo.

SOBRE LA AUTORA



LETÍCIA QUEIROZ DE ANDRADE

Abogada y consultora de derecho público e infraestructura, con amplia experiencia en licitaciones y contrataciones públicas. Doctora y Maestría en Derecho Administrativo por la PUC-SP. Profesora de Derecho Administrativo en la PUC-SP. Autora de diversos libros y artículos en el área de derecho administrativo.

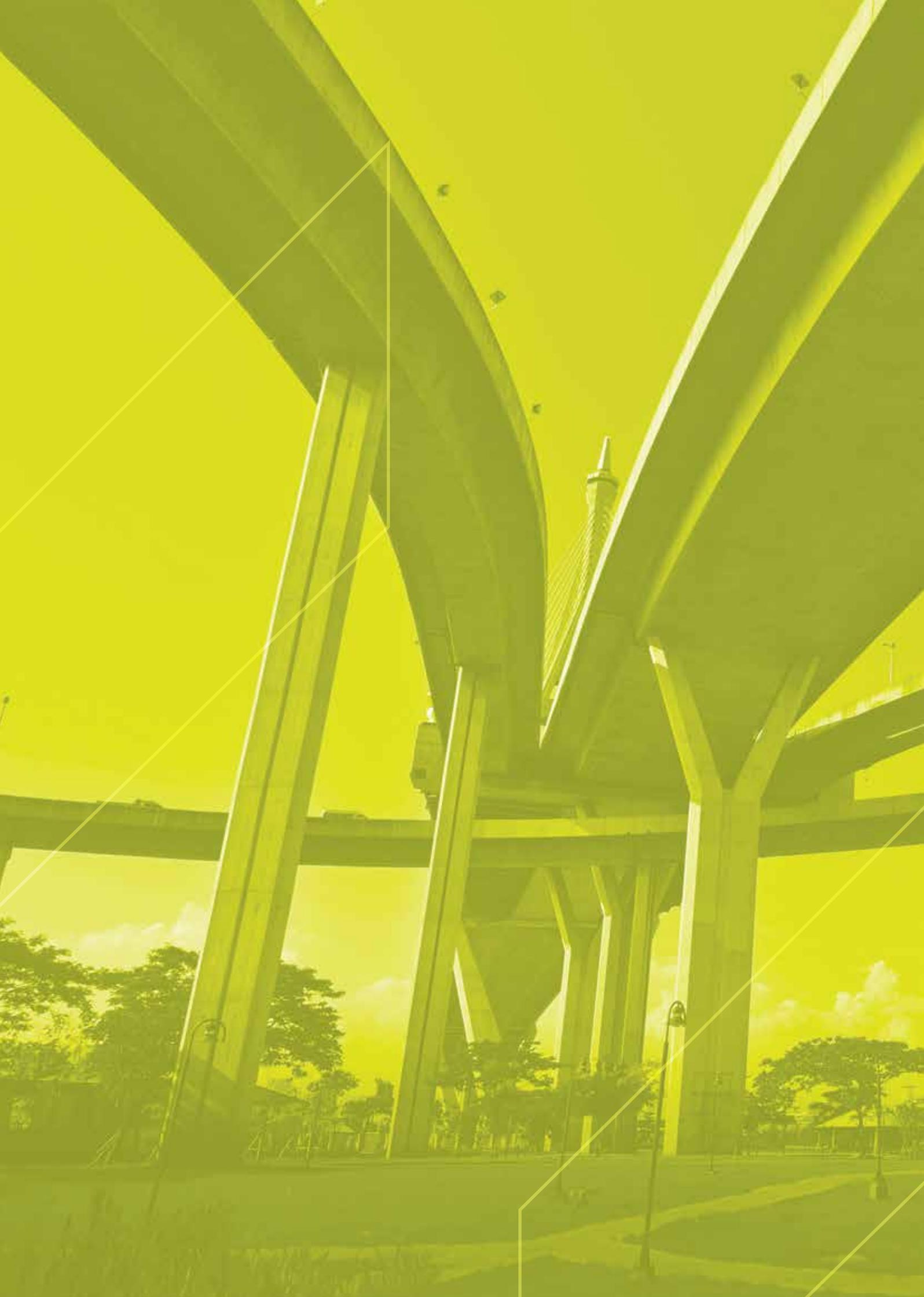


ÍNDICE





PRESENTACIÓN	11
CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS	15
PARTICIPACIÓN DE LOS INTERESADOS EN EL MODELAJE DE LA FUTURA CONCESIÓN O APP	27
PARTICIPACIÓN EN LA LICITACIÓN	41
CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN	61
SUMARIO EJECUTIVO	85
ANEXO	101





PRESENTACIÓN



José Carlos Rodrigues Martins

Presidente de la Cámara Brasileña de la Industria de la Construcción - CBIC



Carlos Eduardo Lima Jorge

Presidente de la Comisión de Obras Públicas de la Cámara Brasileña de la Industria de la Construcción - CBIC

PRESENTACIÓN

El avance de los procesos de Asociaciones entre el poder público y la iniciativa privada – que se da básicamente a través de proyectos de Concesiones y de APPs (Asociaciones Público-Privadas) – sucede a causa de dos factores: la caída acentuada de la capacidad de inversiones hechas exclusivamente con presupuestos públicos; y la necesidad de reducción del tamaño del Estado, con su redirección para mejor planificación y gestión.

Este avance exige un verdadero cambio cultural de los agentes públicos y privados cuando envuelve emprendimientos ligados a la infraestructura social y logística, hasta hace poco tiempo estructurados bajo la égida de la Ley General de Licitaciones y Contratos Públicos.

Para los agentes privados, en el caso de las constructoras, es importante entender que ellas pasan a desempeñar un papel de mayor protagonismo en la ejecución del contrato de asociación, a gozar de mayor libertad en la gestión de los medios a tal efecto necesarios, y, también, en consecuencia, a asumir mayor responsabilidad por sus resultados.

Este nuevo papel – sobre todo para pequeñas y medianas empresas – puede ser mejor desempeñado a través de la suma de potencialidades entre socios y de división y mitigación de riesgos. Son en general emprendimientos de mayor peso con duración contractual de más de 20 años.

Este “agrupamiento” de socios se traduce en la formación de Consorcios, con reglas y procedimientos muy definidos desde su origen.

El presente trabajo pretende auxiliar – de forma práctica y realista – a estas empresas a organizarse en torno a la figura de un Consorcio.

Es un paso más que la CBIC – Cámara Brasileña de la Industria de la Construcción y el Senai – Servicio Nacional de Aprendizaje Industrial promueven en el sentido de garantizar el desarrollo seguro y eficaz de los programas de Concesiones y APPs, ayudando con eso a fortalecer la economía nacional.





CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

I.1. ¿LO QUÉ SIGNIFICA EMPRENDER EN CONCESIONES Y APPS?

1. Las Concesiones, inclusive las Asociaciones Público-Privadas - APPs, son un modo especial de contratación pública y costo de servicios, obras y utilidades públicas¹.

2. Se trata del campo de actuación pública más abierto y propicio al emprendimiento que caracteriza la iniciativa privada, ya que, por medio de esa modalidad especial de contratación, el contratado desempeña un papel de mayor protagonismo en la ejecución del contrato, goza de más libertad en la gestión de los medios necesarios, y, también, en consecuencia, asume mayor responsabilidad por sus resultados.

3. Incluso en el caso de las APPs, en que el Socio Privado recibe contraprestación pública, su remuneración queda vinculada a la performance del proyecto y depende de él movilizar los recursos, por medio de capital propio o de terceros, para enfrentar el momento que precede a la recepción de la contraprestación pública y a los períodos en que el peso de las inversiones y gastos supere el valor de la contraprestación pública, lo que suele suceder a menudo en los primeros años de concesión.

4. Además de esa responsabilidad de movilizar recursos para la ejecución del contrato - en mayor o menor proporción conforme se trate, gradualmente, de una concesión común, concesión patrocinada o concesión administrativa - emprender en cualquier modalidad de concesión implica asumir ciertos riesgos en mayor grado de lo que se verifica en los contratos de obras públicas, regidos por la Ley 8.666/93.

5. Por eso se dice que la ejecución del objeto de una concesión es hecha por cuenta y riesgo del Concesionario.

¹ Para mayor detalle acerca del concepto y diferencias entre los contratos de obras, concesiones y APPs, en las modalidades patrocinada y administrativa, confírase la Guía sobre Concesiones y Asociaciones Público-Privadas, elaborado a pedido de la Cámara Brasileira de la Industria de la Construcción - CBIC, por el Despacho Vernalha Guimarães & Pereira Advogados.

6. Esa formulación original del instituto jurídico de la Concesión no significa, sin embargo, que todos los riesgos del negocio deban ser integral y exclusivamente atribuidos al Concesionario, he aquí que la misma Ley de las Concesiones de Servicios y Obras Públicas (Ley 8.987/95), que, en sus dispositivos iniciales (incisos II y III art. 2º), dice que la ejecución de las concesiones en ella disciplinadas es hecha por cuenta y riesgo del Concesionario, atribuye ciertos riesgos al Poder Concedente, como, por ejemplo, el riesgo tributario y de alteración unilateral del Contrato (cf. §3º y 4º del art. 9º).

7. Pero es cierto que algunos riesgos son ampliados en las Concesiones y APPs, como es el caso del riesgo de ingeniería, por ejemplo, que pasa a incluir la elaboración de los proyectos (*design*), la ejecución de obras y servicios (*build*), así como de su operación (*operate*), para entrega futura al Poder Concedente de la infraestructura o equipamiento público en condiciones de operación (*transfer*)².

8. Sin embargo, si, por un lado, es cierto que, en el ámbito de las Concesiones y APPs, se asumen algunos riesgos en mayor grado de lo que ocurre en los contratos de obras públicas; por otro lado, también es cierto que hay riesgos que son eliminados, mitigados o compartidos en las Concesiones y APPs.

9. El riesgo de morosidad, por ejemplo, es siempre menor en esa modalidad de contratación. En las Concesiones Comunes, en las que la remuneración es cobrada directamente del usuario, el riesgo de morosidad es significativamente reducido y pulverizado porque más personas – en este caso, los usuarios – pagan un valor menor que el debido cuando el pago es hecho por el Poder Público; y, en las APPs, aunque la remuneración advenga integral o parcialmente del Poder Público, el Concesionario podrá valerse del sistema especial de garantías típico de las APPs en el caso de morosidad, en vez de esperar las órdenes de la corte que resultan del reconocimiento de la deuda pública tras larga batalla judicial.

10. Lo cierto es que el Concesionario asume algunos riesgos en mayor grado que los contratados por medio de la Ley 8.666/93, pero ciertas características de las concesiones acaban por eliminar otros riesgos, y su estructura contractual está elaborada de modo que se tornen más claros, objetivos, previsibles y, por lo tanto, evaluables, además de distribuirlos de acuerdo

2 Características de la tipología de contratos internacionalmente conocida por la sigla DBFOT.

con la lógica de que cada riesgo debe ser atribuido a la parte que mejor pueda lidiar con su eventual materialización, o sea, a la parte que tenga más capacidad para adoptar medidas que puedan evitar, mitigar y, cuando no sea posible, asumir las consecuencias de la materialización de los riesgos.

11. Esta es, después de todo, la función de una matriz de riesgo bien elaborada, otro elemento de la estructuración jurídica típica de esa modalidad de contratación pública.

12. Además de eso, para las empresas que son entrantes en este segmento, emprender en concesiones y APPs significa asumir riesgos desconocidos hasta entonces.

13. Por eso, es loable la iniciativa de la *Cámara Brasileña de la Industria de la Construcción* – CBIC de promover una serie de debates, estudios y guías, que, como esta ahora presentada, su objetivo es fomentar la capacitación de las empresas, proveyendo informaciones sobre cómo participar de ese mercado, a fin de que, como dice su Presidente José Carlos Martins, ese segmento de actuación público-privada pueda funcionar como vector para la abertura de un nuevo horizonte para el sector de la construcción y, así, contribuir con el desarrollo de nuestro País.



1.2. ¿POR QUÉ LA PARTICIPACIÓN DE MEDIANAS EMPRESAS EN ESOS EMPRENDIMIENTOS MERECE SER OBJETO DE UNA GUÍA ESPECÍFICA?

14. Conforme expreso en su título, el objetivo de esta Guía es fornecer informaciones sobre los principales puntos de atención a ser considerados por medianas empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs con el fin de que puedan organizarse para tanto.

15. Así, nos parece importante enfrentar, ya en esas consideraciones introductorias, la cuestión más arriba enunciada, ya sea para desmitificar ciertos aspectos, o para anticipar los reales cuellos de botella de la participación de medianas empresas en ese segmento.

16. De hecho, las Concesiones y APPs *son negocios de gran peso, largo plazo y escopo complejo*, ambiente que suele ser protagonizado por grandes empresas, lo que, por sí solo, ya sería motivo para la elaboración de una guía destinada a medianas empresas que quieran conocer y participar de este mercado.

17. Como ya se ha dicho, para las empresas *entrantas*, emprender en Concesiones y APPs significa no solo asumir los riesgos característicos de esta modalidad de contratación más arriba resumidos³, sino también asumir riesgos no conocidos hasta entonces, de modo que una guía a ellas destinado se justifica ya por la necesidad de ampliar el conocimiento acerca del área en que pretenden ingresar.

18. La cuestión que falta por ser respondida es si las Concesiones y APPs se revisten de características que las tornen inadecuadas a medianas empresas y/o si las licitaciones, que siempre las preceden, suelen presentar barreras para la entrada de esas empresas.

19. En lo que se refiere al peso del negocio, el artículo art. 2º, §4º, I, de la Ley 11.079/04 veda la celebración de APP en valor inferior a R\$ 20 millones. Aunque la Ley 8.987/95 no establezca veda similar para las Concesiones Comunes, el valor de tales contratos es raramente inferior al valor mínimo obligatorio para la celebración de APPs.

³ Para una exposición más detallada acerca de los riesgos que normalmente componen una matriz de riesgos de Concesiones y APPs, confírase la ya citada *Guía sobre Concesiones y Asociaciones Público-Privadas*, también divulgado por la CBIC.

20. Vale la pena mencionar a este propósito que, aunque no exista una norma general obligatoria, **el valor del contrato está, normalmente, compuesto por la proyección de la receta a ser evaluada por el Concesionario, la cual, a su vez, debería contemplar la remuneración del valor previsto para las inversiones (capex), gastos (opex) y el retorno del negocio (TIR).**

21. Es de reconocer, por lo tanto, que **el peso de ese tipo de negocio puede constituir, de hecho, una barrera para las medianas empresas interesadas en participar, aisladamente, de este mercado.**

22. **Se trata, sin embargo, de una barrera que puede ser superada en el caso de que tales empresas se dispongan a integrar un “consorcio”⁴,** o, más precisamente, formar parte de un grupo de empresas que se organizan para participar de la licitación y de la constitución de la concesionaria que ejecutará el contrato de concesión.

23. Por tratarse de una medida apta a superar la eventual barrera al ingreso de medianas empresas en el segmento de las Concesiones y APPs, esta Guía presenta, en el Capítulo III, informaciones más detalladas sobre la participación de empresas en grupos o “consorcios”.

24. Respecto al plazo del contrato, el costo de infraestructura, equipamiento o servicio público por medio de tarifas cobradas directamente de los usuarios no es política que se someta a contratos de corta duración, de modo que las Concesiones Comunes nunca tienen plazo contractual inferior a los 5 años mínimos expresamente exigidos por el art. 2º, §4, II, de la Ley de APPs.

25. De hecho, no es raro que la duración de las Concesiones y APPs sea 5 veces superior a este plazo legal mínimo de 5 años, siendo su plazo máximo de 35 años (cf. art. 5º, I, de la referida Ley).

26. Aunque el largo plazo de esos contratos no nos parezca constituir, por sí solo, una barrera para medianas empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs, la duración del contrato corresponde al tiempo calculado para que las inversiones sean integralmente amortizadas.

27. De modo que el largo plazo de esos contratos **es, en realidad, indicativo de que los primeros años de la concesión son, en general, deficitarios,**

⁴ Como será explicado más adelante, para que empresas puedan participar en grupo de una Concesión o APP, no se exige que constituyan formalmente un consorcio.

hecho a ser considerado por las empresas que desean ingresar en ese segmento, incluso porque también lo será por sus potenciales financiadores, que, durante ese período, exigirán más garantías de los controladores de la concesionaria.

28. En lo que se refiere al *escopo del contrato*, el art. 2º, §4, III, de la Ley de APPs veda la celebración de APP cuyo objeto sea únicamente la ejecución de obra pública, o, el suministro e instalación de equipamientos, o, el suministro de mano de obra.

29. Esa veda revela otras dos características de las APPs y Concesiones Comunes: **el énfasis en la prestación de servicios**, que es el único escopo que puede ser aisladamente objeto de una APP, o, como es más común, que agregue, en su escopo, actividades de naturaleza diversa, como la ejecución de obras con características distintas, su posterior operación, implantación de equipamientos, prestación de servicios a los usuarios, entre otras.

30. La diversidad de las actividades que componen el escopo de una Concesión o APP tampoco constituye, en sí, una barrera para que medianas empresas puedan emprender en ese segmento. En realidad, esta diversidad de escopo es raramente atendida por una sola empresa, sea del porte que fuere, de modo que tanto la licitación, que siempre permite la participación de empresas en “consorcio”, en cuanto a la ejecución del contrato son adaptadas a esta realidad.

31. Además de admitirse la participación de empresas en consorcio, lo que permite la suma de la cualificación técnica de cada participante, es habitual que se posibilite a los licitantes que atiendan los requisitos de capacidad técnica por medio de profesionales expertos a los que se vinculen por una especie de precontrato, en los términos detallados en el Capítulo III de esta Guía.

32. En lo que se refiere a la ejecución del contrato, la Ley confiere a las concesionarias amplia libertad de subcontratación, que incluye no solo las denominadas *actividades medio*, sino también las *actividades inherentes* a la concesión (cf. art. 25, §1º⁵, de la Ley 8.987/95, también aplicable a las APPs), aunque, deba decirse, haya discusión en cuanto a la extensión de esa libertad ante la Justicia Laboral.

⁵ “Art. 25. Incumbe a la concesionaria la ejecución del servicio concedido, siendo responsable por todos los prejuicios causados al poder concedente, a los usuarios o a terceros, sin que la inspección ejercida por el órgano competente excluya o atenúe esa responsabilidad.

§ 1º Sin perjuicio de la responsabilidad a la que se refiere este artículo, la concesionaria podrá subcontratar el desarrollo de actividades inherentes, accesorias o complementarias al servicio concedido, bien como la implementación de proyectos asociados.”

33. Por esta razón, no es raro que las concesionarias empleen menos de 499 personas, e incluso, aunque con menor frecuencia, menos de 100 personas, aunque, lógicamente, el número de empleados de una concesionaria varíe bastante de acuerdo con el peso y naturaleza de la concesión, bien como la política empresarial adoptada por sus controladores.

34. Así, **según el criterio adoptado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social – MTSS en la Relación Anual de Informaciones – RAIS⁶ para la clasificación del porte de las empresas, las concesionarias son, en la gran mayoría de los casos, medianas empresas, de modo que el porte de la concesionaria, bajo ese aspecto del número de sus empleados, no constituye un desafío para que medianas empresas puedan emprender en ese segmento, he aquí que se sitúan en el mismo nivel de la concesionaria a ser constituida.**

35. **De hecho, la concesionaria no ejecuta directamente la amplia mayoría de las actividades que componen el escopo del contrato de concesión, actuando más como gerente de los contratos que celebra para la ejecución de los diversos escopos del contrato de concesión, aunque sea la única responsable por su buen desarrollo y por aportar los recursos previstos en tales contratos.**

36. Por lo tanto, se puede afirmar que **se exige de la concesionaria más capacidad financiera que técnica, lo que repercute en todo el proceso de contratación y suele ser el mayor cuello de botella para la participación de medianas empresas en ese segmento.**

37. **Aunque la participación de empresas en “consorcio” pueda resolver eventuales problemas relacionados a la atención de los requisitos financieros necesarios a la participación en el proceso licitatorio,** en los moldes descritos en el Capítulo III de esta Guía, la capacidad financiera de los controladores de la futura concesionaria será fuertemente testada ya al inicio de la Concesión.

38. Además de atender a los compromisos financieros descritos en el Capítulo IV de esta Guía, para que no tengan que soportar apenas con recursos propios (*equity*) las inversiones de gran porte que deben ser realizadas ya al inicio de la concesión, los controladores de la SPE deberán obtener, primero, **un préstamo puente, y, después, préstamos a largo plazo.**

6 Según el RAIS del MTSS, se consideran medianas empresas aquellas que emplean de 100 a 499 personas. Hay, sin embargo, otros criterios para la clasificación del porte de las empresas, como la receta bruta o la facturación anual o el activo total registrado en el año-referencia, que serán mencionados a continuación.

39. Aquí se tiene, tal vez, el **mayor punto de atención de las medianas empresas interesadas en emprender en concesiones y APPs, pues, para que puedan obtener los financiamientos necesarios, tendrán que presentar garantías de pago de los financiamientos tomados.**

40. Eso porque la obtención de financiamientos en Brasil raramente adopta la estructura de financiamiento de proyecto, por medio de la cual su aprobación depende exclusivamente de los recursos generados por el proyecto de concesión o APP, denominada *project finance non-recourse*.

41. En el ámbito más estricto de un *project finance non-recourse*, el análisis positivo de las condiciones del proyecto, combinado con la vinculación de las cuentas por cobrar del propio proyecto para el caso de morosidad de los tomadores del financiamiento, es suficiente para que las instituciones financieras se sientan garantizadas para conceder el financiamiento.

42. Ocurre que, **en Brasil, la aprobación de los financiamientos está extremadamente concentrada en pocas instituciones financieras, sobre todo en el Banco Nacional del Desarrollo – BNDES, que evalúa no solo las condiciones del propio proyecto, sino también la capacidad de las empresas que pretenden tomar los financiamientos de pagarlos.**

43. Así, en el actual escenario de restricción de crédito, además de las garantías vinculadas al proyecto - como la vinculación o cesión de sus cuentas por cobrar e hipoteca mobiliaria de las acciones de la SPE -, y del establecimiento de obligaciones financieras - como la constitución de una cuenta-reserva -, que caracterizan la modalidad denominada *project finance limited recourse*, se tienen exigido, también, garantías de los accionistas de las empresas, de lo que resulta lo que se denomina *project finance full recourse*.

44. Así, **cuanto menor sea el porte de la empresa y menos profesional fuera su estructura de gestión, más restrictivo será el análisis de un eventual financiador para la concesión del financiamiento, lo que puede constituir una barrera para que medianas empresas puedan emprender en ese segmento de los proyectos estructurados, ya que pueden no disponer o estar dispuestas a hacer todas las inversiones con capital propio.**

45. Nótese que, para fines de encuadramiento en las Políticas Operacionales de financiamientos del BNDES, los criterios y niveles de clasificación del porte de las empresas son diferentes del que se aplica a las contrataciones donde el peso de la inversión permite su ejecución sin financiamientos, como son, en general, los contratos resultantes de pregones y de licitaciones regidas por la Ley 8.666/93.

46. Para que se tenga una idea, mientras el nivel mínimo para que una empresa sea considerada mediana y, siendo así, excluida de los beneficios tributarios y burocráticos y de las preferencias en licitaciones aplicables a microempresas y pequeñas empresas, es que presente una receta superior a R\$ 3.600.000,00 (cf. se extrae del art. 3º, II, de la Ley Complementaria nº 123/2006); **el nivel mínimo para que una empresa sea considerada mediana para fines de encuadramiento en las condiciones de financiamiento del BNDES es el que evalúa una receta operacional bruta anual superior a R\$ 16.000.000,00 e inferior o igual a R\$ 90.000.000,00** (cf. Circulares nº 11/2010 y nº 34/2011 del BNDES).

47. Volveremos a las repercusiones del porte de la empresa para la obtención de financiamientos en el Capítulo IV de esta Guía, pero cabe aún mencionar en estas notas introductorias, que, a pesar de las dificultades inherentes a la presentación de garantías corporativas para la obtención de financiamientos, este desafío no se restringe a las medianas empresas.

48. En las condiciones actuales de mercado, los financiadores vienen haciendo exigencias semejantes a grandes empresas, siendo que la pequeña empresa trae algunas ventajas como, por ejemplo, un porcentaje mayor de financiamiento sobre el capital de giro y un fondo específico que puede auxiliar la estructuración de la operación del préstamo.

49. Resulta fácil comprobar por lo ya expuesto que hay, sí, grandes desafíos para cualquier empresa que pretenda emprender en Concesiones y APPs, los cuales, incluso por su novedad, pueden ser mayores para las medianas empresas que deseen ingresar en este mercado.

50. No obstante, **el desafío suele agudizar el espíritu emprendedor tan característico de este modo especial de contratación.** Esta Guía se destina, especialmente, a las empresas dispuestas a encarar este desafío, pres-tándoles algún auxilio para que puedan organizarse y estar preparadas para enfrentarlos!

1.3. ¿CÓMO TALES EMPRESAS DEBEN ORGANIZARSE PARA EMPRENDER EN CONCESIONES Y APPS?

51. Conforme ya fue mencionado, las Concesiones y APPs son un modo especial de contratación pública. Las peculiaridades caracterizan no solo la ejecución del contrato, sino también los procedimientos que preceden su celebración.

52. Por eso, esta Guía fue estructurada de modo que incluya todo el proceso de contratación peculiar de las Concesiones y APPs.

53. En este sentido, el Capítulo II trata de la posible participación de las empresas interesadas en la fase de modelaje de la futura concesión o APP, incluso antes de la licitación, lo que no está permitido en el ámbito de los contratos de la Ley 8.666/93, en la que el autor del proyecto básico queda impedido de participar de la futura licitación (cf. art. 9º, II).

54. El Capítulo III aborda la fase de licitación, incluyendo los aspectos relacionados a la participación de empresas en "consorcio", de ahí que, por las razones ya mencionadas en esas Consideraciones Introdutorias, la formación de grupos de empresas puede permitir el ingreso de medianas empresas en el mercado de Concesiones y APPs.

55. El Capítulo IV aborda los desafíos relacionados a la fase contractual, desde la atención a las condiciones precedentes a la celebración del Contrato de Concesión, hasta cuestiones relevantes referentes a su ejecución, a fin de que, como se dijo, las empresas puedan prepararse para enfrentarlos.

56. Se presenta, finalmente, un Capítulo V, que contiene un Sumario Ejecutivo de las informaciones y comentarios presentados en esta Guía.





PARTICIPACIÓN DE LOS
INTERESADOS EN EL
MODELAJE DE LA FUTURA
CONCESIÓN O APP

II. PARTICIPACIÓN DE LOS INTERESADOS EN EL MODELAJE DE LA FUTURA CONCESIÓN O APP

57. Una de las peculiaridades relacionadas al proceso de contratación de las Concesiones y APPs es que las empresas interesadas en emprender en ese segmento pueden participar del modelaje de la Concesión o APP por medio de dos mecanismos, no excluyentes: las *PMIs – Procedimientos de Manifestación de Interés* y las *Consultas Públicas*, que permiten, respectivamente, un mayor y menor grado de influencia de los interesados en el modelaje del negocio.

58. Mientras las PMIs pueden ocurrir o no previamente a la licitación de una Concesión o APP, las Consultas Públicas serán obligatoriamente realizadas, tanto en el caso de las Concesiones Comunes⁷, como en el de las APPs⁸.

59. Confiéranse más abajo las principales características de estos dos mecanismos, algunos aspectos prácticos relevantes y sus ventajas y desventajas, con el fin de que las empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs puedan evaluar si deben participar o no de PMIs o Consultas Públicas, y, en caso positivo, organizarse para ello.

7 Esto porque se aplica a las Concesiones Comunes el art. 39 de la Ley 8.666/93, que impone la obligatoriedad de la realización de audiencia pública anteriormente a las licitaciones de gran peso.

8 Cf. art. 10, VI, de la Ley 11.079/04.

II.1. PROCEDIMIENTOS DE MANIFESTACIÓN DE INTERÉS - PMIs

II.1.1. Principales Características del Procedimiento

60. Las PMIs⁹ son procedimientos que pueden ser abiertos por iniciativa del Poder Concedente o de la empresa que proponga un proyecto de interés público que podría ser ejecutado bajo la forma de una Concesión o APP.

61. **En la práctica, las PMIs son realizadas cuando: i) determinada empresa vislumbra una oportunidad de negocio que podría ser viabilizado por medio de una Concesión y APP y lo presenta al Poder Concedente; ii) el Poder Concedente no sabe a ciencia cierta si un determinado negocio interesa al mercado y, tampoco, el modelaje que podría viabilizarlo, y, por ello, decide oír a los potenciales interesados; o iii) el Poder Concedente no quiere – por falta de tiempo, recursos o cualquier otro motivo – realizar una licitación para la contratación de la empresa que irá a realizar los *estudios, investigaciones, levantamientos y proyectos* que son necesarios para que pueda abrir la licitación para una Concesión y APP.**

62. En la primera hipótesis, tendremos una PMI abierta por una empresa interesada, mientras que, en las demás, la PMI será instaurada por el Poder Concedente.

63. En el caso de que los datos del proyecto sean insuficientes incluso para la apertura de una PMI, el Poder Concedente podrá instaurar *procedimiento preliminar* para, a través de él, extraer la definición de características básicas del emprendimiento, en los términos del art. 13 de la Medida Provisional n° 727, de 12/05/16, que instituye el Programa de Asociaciones de Inversiones – PPI. En este caso, los interesados participan ofreciendo subsidios independientemente de autorización y, por ello, sin derecho a posterior resarcimiento, aunque también sin perjuicio de que participen de la respectiva PMI en el caso de que sea instaurada.

9 Hay alguna variación de nomenclatura en relación a tales procedimientos. En el Estado de São Paulo, por ejemplo, el Decreto Estatal n° 57.289/ 2011, define, en el art. 1º, §1º, la presentación de propuestas, estudios o levantamientos, por personas físicas o jurídicas de la iniciativa privada, con vistas a la inclusión de proyectos en el Programa de APP, como: "*Manifestación de Interés de la Iniciativa Privada – MIP*".

64. El primer acto de las PMIs abiertas por el Poder Concedente es la publicación de una convocatoria pública en la que son establecidos los requisitos de participación de las empresas interesadas y las características básicas del proyecto que podrá ser objeto de una Concesión o APP.

65. Ya en el caso de las PMIs de iniciativa de empresa interesada, el procedimiento se inicia con la solicitud de reconocimiento del interés público de un determinado proyecto, para lo que será necesario que la empresa presente sus características básicas, además de la propia cualificación para desarrollar los correspondientes estudios y proyectos.

66. Una vez reconocido el carácter de interés público del proyecto de Concesión o APP propuesto, el procedimiento se desarrollará de la misma manera que las PMIs abiertas por el Poder Concedente, de ahí que, por fuerza de los principios de la isonomía y publicidad, deberá ser publicada una convocatoria pública para que otros interesados¹⁰ que reúnan los requisitos exigidos en dicha convocatoria, puedan presentar los estudios, levantamientos, investigaciones y proyectos objeto de la PMI.

67. Aunque sean también procedimientos públicos competitivos, las PMIs son menos formales que las licitaciones, de modo que la conducción del procedimiento y los requisitos de habilitación para la participación de los interesados son menos rígidos en las PMIs.

68. No se suelen exigir, por ejemplo, demostrativos rigurosos de capacidad financiera, ni tampoco atestados técnicos certificados por la entidad profesional competente. De la misma manera, la experiencia en la ejecución de obras y servicios ha sido aceptada como demostración de cualificación técnica de experiencia para la realización de los correspondientes estudios y proyectos de ingeniería.

69. Las empresas que reúnan los requisitos previstos en la convocatoria pública de una PMI serán autorizadas a desarrollar los estudios, levantamientos y proyectos que constituyen su objeto, lo que la MP del PPI designó de *Procedimiento de Autorización de Estudios – PAE*.

70. Concretizando una práctica bastante lógica que ya constaba expresamente de algunos decretos reguladores de PMIs, la nueva MP establece que la autorización para el desarrollo de los estudios solo será dada en

10 A nuestro modo de ver, la publicación de la convocatoria pública para que otros interesados puedan participar de la PMI es necesaria aunque no esté prevista en la reglamentación del ente público que promueve el procedimiento, bajo pena de que la PMI e incluso la futura licitación puedan ser declaradas nulas por los órganos de control, en base a los principios aplicables a la Administración Pública.

carácter de exclusividad si el PMIsta - nombre que se utiliza para designar a las personas que participan de este tipo de procedimiento - renuncia expresamente a la posibilidad de participación en el futuro emprendimiento (cf. art. 14, §1º), medida que, por ahuyentar empresas directamente interesadas en el mercado de las Concesiones y APPs, reducirá los participantes de PMIs con esa restricción a las empresas de consultoría.

71. Deriva también de esa previsión legal que, en las PMIs de las que formen parte empresas interesadas en participar del futuro emprendimiento, **la autorización será dada sin carácter exclusivo**, previsión que ya constaba de algunos decretos reguladores del procedimiento comentado.

72. Las demás etapas de este procedimiento y sus características están descritas en la Guía sobre *Concesiones y Asociaciones Público-Privadas*, divulgado por la CBIC. Para fines de la Guía ahora presentada, basta referir apenas tres aspectos más: i) el grado de detalle de tales estudios, proyectos, levantamientos e investigaciones que son el resultado de las PMIs; ii) el posible resarcimiento de los correspondientes gastos; y iii) las ventajas y desventajas de la participación de empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs en las PMIs.

II.1.2. Grado de detalle de los estudios, proyectos, levantamientos e investigaciones a ser presentados en PMIs

73. Las PMIs se fundamentan en dos dispositivos legales que constan de leyes aplicables tanto en las Concesiones Comunes como en las APPs: el art. 21 de la Ley 8.987/95¹¹ y el art. 31 de la Ley 9.074/95¹². Recientemente, fue publicada la ya referida MP n° 727/16, que instituyó el PPI y también establece una serie de normas sobre estos procedimientos, sedimentando ciertas prácticas y atribuyéndoles algunas designaciones: los actos que se desarrollan en el ámbito de las PMIs más arriba descritas, por ejemplo, pasaron a ser llamados en su conjunto de *estructuración integrada*¹³.

11 "Art. 21. Los estudios, investigaciones, levantamientos, proyectos, obras y gastos o inversiones ya efectuados, vinculados a la concesión, de utilidad para la licitación, realizados por el poder concedente o con su autorización, estarán a disposición de los interesados, debiendo el vencedor de la licitación resarcir los dispendios correspondientes, especificados en la convocatoria pública."

12 "Art. 31. En las licitaciones para la concesión y permiso de servicios públicos o uso de bien público, los autores o responsables económicamente por el proyecto básico o ejecutivo pueden participar, directa o indirectamente, de la licitación o de la ejecución de obras o servicios."

13 "Art. 14. Para la estructuración integrada de emprendimientos integrantes del PPI, la administración pública titular podrá: (...) §2º. Se considera estructuración integrada al conjunto articulado y completo de actividades y servicios técnicos, incluyendo estudios, proyectos de ingeniería, arquitectura y otros, levantamientos, investigaciones, asesorías, inclusive de relaciones públicas, consultorías y pareceres técnicos, económico-financieros y jurídicos, para viabilizar la liberación, la licitación y la contratación del emprendimiento, según las mejores prácticas y con transparencia, pudiendo esos servicios incluir la revisión, perfeccionamiento o complementación de subsidios obtenidos en trabajos paralelos o anteriores."

74. Además de los dispositivos legales más arriba citados, el procedimiento suele ser regido por decretos emanados de cada entidad federativa, lo que posibilita cierta variación procedimental conforme se trate de la Unión, que, para ello, dictó el Decreto 8.428/2015, o de los Estados o Municipios con los que la Concesión o APP será celebrada.

75. De cualquier modo, **la finalidad de las PMIs consta del art. 21 de la Ley 8.987/95: autorizar empresas a realizar estudios, investigaciones, levantamientos y proyectos para subsidiar la licitación de una Concesión o APP.**

76. Conforme ya fue mencionado, diversamente de lo previsto en el art. 7º, §2º, I¹⁴, de la Ley 8.666/93, la Ley de Concesiones, también aplicable a las APPs, no exige un proyecto básico para la abertura de las licitaciones que preceden a esos contratos, lo que deriva del hecho de que corresponde a la concesionaria la responsabilidad por la elaboración de los proyectos necesarios para la ejecución del contrato.

77. Así, aunque sea deseable que las licitaciones vayan precedidas de estudios profundizados y actualizados, la Ley de Concesiones impone apenas que los documentos licitatorios propicien la plena caracterización del objeto de la licitación, conforme el art. 18, XV, de la Ley 8.987/95¹⁵.

78. Evidentemente, aunque no exista expresa previsión en la Ley de Concesiones, la abertura de un proceso licitatorio para la celebración de esa modalidad especial de contratación no puede ser hecha sin previo análisis respecto a su viabilidad técnica y económica.

79. La Ley de las APPs es un poco más asertiva en ese sentido y exige que la opción por esa modalidad de contratación sea justificada, lo que pasa necesariamente por el análisis de viabilidad del negocio, y, también, por la demostración de que es más ventajosa que la ejecución directa del servicio por la Administración Pública (cf. art. 10 de la Ley 11.079/04), lo que se suele llamar de análisis del *value for money*.

14 "Art. 7º - Las licitaciones para la ejecución de obras y para la prestación de servicios obedecerán a lo dispuesto en este artículo y, en particular, a la siguiente secuencia:

(...) § 2º Las obras y los servicios solamente podrán ser licitados cuando:

I - Hubiera un proyecto básico aprobado por la autoridad competente y disponible para análisis de los interesados en participar del proceso licitatorio."

15 "Art. 18. La convocatoria de licitación será elaborada por el poder concedente, observados, en lo que corresponda, los criterios y las normas generales de la legislación propia sobre licitaciones y contratos y contendrá, especialmente:

(...) XV - En los casos de concesión de servicios públicos precedida de la ejecución de obra pública, los datos relativos a la obra, de entre los cuales los elementos del proyecto básico que permitan su plena caracterización, así como las garantías exigidas para esa parte específica del contrato, adecuadas a cada caso y limitadas al valor de la obra."

80. La Ley de las APPs es expresa también cuanto al grado de detalle de los estudios de ingeniería, que tendrán **nivel de anteproyecto**, y establece, además, que el valor de las inversiones y gastos previstos en tales estudios deberá estar de acuerdo con tablas y metodologías oficiales (cf. art. 10, VII, § 4º, de la Ley 11.079/04).

81. Aunque cada convocatoria pública especifique cuáles serán los demás estudios que deben ser presentados y el respectivo grado de detalle, se suele solicitar la presentación de los siguientes: i) anteproyectos de ingeniería de las principales obras; ii) estudio de demanda del servicio y/u obra y/o equipamientos objeto de la Concesión y APP; iii) viabilidad técnico-económica de la Concesión o APP, que debe contener la estimativa del valor de la inversión (*capex*), de los gastos (*opex*) y de las recetas a ser evaluadas por la concesionaria, ya sean derivadas de pagos públicos o tarifarias, incluyendo eventuales recetas accesorias; iv) estudios ambientales, con el levantamiento de los principales pasivos y directrices de licenciamiento; v) estimativa de los valores a ser gastados con desapropiaciones y desocupaciones; y vi) estudios referentes al modelaje jurídico a ser adoptado.

II.1.3. Posible resarcimiento de los gastos referentes a la PMI

82. Conforme establece el art. 21 de la Ley 8.987/95, las empresas autorizadas a desarrollar los estudios, investigaciones, levantamientos y proyectos serán resarcidas de los valores gastados con su realización por el vencedor de la licitación.

83. Eso significa, en la práctica, que **tales estudios son desarrollados por cuenta y riesgo de los interesados**, ya sea porque el material presentado puede no ser seleccionado para subsidiar una futura licitación, o porque la misma puede no llegar a ser realizada o que no acudan interesados a ella.

84. Por tal motivo, es habitual que las convocatorias públicas permitan, de modo expreso, que las empresas puedan desistir de presentar los estudios y proyectos objeto de una PMI. **La desistencia solo será vedada si hubiera expresa previsión en ese sentido en la convocatoria pública y se entiende que tal veda solo sería posible en el caso de una autorización dada con carácter exclusivo.**

85. En los términos del artículo legal arriba mencionado, apenas las empresas autorizadas por el Poder Concedente a desarrollar tales estudios, investigaciones, levantamientos y proyectos podrán ser resarcidas de los correspondientes costos, lo que resulta también de las disposiciones de la MP que instituyó el PPI.

86. Para ello, será exigida la documentación fiscal pertinente, lo que acaba por hacer inviable el resarcimiento de ciertos gastos, como, por ejemplo, las incurridas con el personal interno de la empresa interesada.

87. Ya al principio, el Poder Concedente se reservaba el derecho de aprovechar partes del material presentado por PMistas diversos, práctica que fue felizmente abandonada, en vista de que los estudios presentados por cada PMista están interconectados, de modo que no se puedan aprovechar técnicamente los estudios de demanda de uno, los proyectos de otro, y el modelaje jurídico de un tercero.

88. De cualquier modo, **solo serán objeto de resarcimiento los gastos correspondientes a los estudios, levantamientos y proyectos que fueran efectivamente aprovechados por el Poder Concedente, de modo que el valor a ser resarcido puede no corresponder exactamente al que fue gastado en la PMI.**

89. Además de eso, **algunas convocatorias públicas preestablecen un valor-límite para el resarcimiento de los gastos**, como ocurre, por ejemplo, en todas las PMIs promovidas por la Unión Federal, conforme el art. 4º, §5º, II, del Decreto n. 8.428/2015¹⁶.

90. Aunque el §4º del art. 14 de la MP 727/16¹⁷ prevea la posibilidad de que la convocatoria pública incluya en el resarcimiento una *recompensa por los riesgos asumidos y por el resultado de los estudios*, se cree que ese tipo de previsión deba figurar más comúnmente en PMIs dirigidas a empresas de consultoría, por implicar renuncia a la participación en el futuro emprendimiento.

91. Siendo así, **la participación de las empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs en PMIs no constituye, en sí, una actividad lucrativa, lo que nos remite al próximo tópico en el que se trata de las ventajas y desventajas en participar de ese procedimiento.**

II.1.4. Ventajas y desventajas de la participación de empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs en las PMIs

92. Como se extrae de las consideraciones hechas al respecto del resarcimiento de los gastos inherentes a la participación de empresas en PMIs, la realización de los estudios, investigaciones, levantamientos y proyectos que son objeto de esos procedimientos no constituye, en sí, una actividad lucrativa, lo que nos lleva a tratar, en este ítem, de las ventajas y desventajas en participar de ese tipo de procedimiento.

16 "Art. 4º La convocatoria pública deberá contener, como mínimo:

(...) § 5º El valor nominal máximo para un eventual resarcimiento de los proyectos, levantamientos, investigaciones o estudios:
(...) II - no ultrapasará, en su conjunto, dos enteros y cinco décimos por ciento del valor total estimado previamente por la administración pública para las inversiones necesarias a la implementación del emprendimiento o para los gastos necesarios para la operación y el mantenimiento del emprendimiento durante el período de vigencia del contrato, lo que fuera mayor."

17 "Art. 14. Para la estructuración integrada de emprendimientos integrantes del PPI, la administración pública titular podrá:
(...) §4º. La convocatoria pública podrá prever que, además de compensación de los gastos, que el resarcimiento al autorizado incluya una recompensa por los riesgos asumidos y por el resultado de los estudios."

II.1.4.1. Ventajas

93. Mencionamos más arriba, en el ítem en el que tratamos de las Características Básicas de las PMIs, que las PMIs son realizadas cuando: i) determinada empresa vislumbra una oportunidad de negocio que podría ser viabilizado por medio de una Concesión y APP y lo presenta al Poder Concedente; ii) el Poder Concedente no sabe a ciencia cierta si un determinado negocio interesa al mercado y, tampoco, el modelaje que podría viabilizarlo, y, por eso, decide oír a los potenciales interesados; o iii) el Poder Concedente no quiere – por falta de tiempo, recursos o cualquier otro motivo – realizar una licitación para la contratación de la empresa que irá a realizar los *estudios, investigaciones, levantamientos y proyectos* que son necesarios para que pueda abrir la licitación para una Concesión y APP.

94. De este modo, la participación de una empresa interesada en emprender en un determinado proyecto de Concesión o APP en la correspondiente PMI puede ser necesaria para (1) *viabilizar el negocio*, ya que, sin ella, el proyecto no será llevado adelante.

95. Otra ventaja tan evidente como la primera arriba mencionada es que, al participar de una PMI, (2) *la empresa participa de modo directo y en cierto grado de su modelaje*.

96. Aunque se trate de material técnico y sean habituales las discusiones con el Poder Concedente para que se busquen armonizar los intereses público y privado inherentes a las Concesiones y APPs, y corresponda al Poder Concedente la decisión sobre si irá a aprovechar o no los estudios y en qué medida lo hará, en el caso de que sean considerados aptos para subsidiar una licitación, el modelaje resultante difícilmente contrariará los principales intereses del PMlista.

97. Otra ventaja bastante evidente es que la participación en una PMI implica la (3) *realización de estudios relativamente profundizados sobre el objeto de la licitación*, lo que debe ser hecho por cualquier empresa que desee emprender de modo consciente en Concesiones y APPs.

98. El hecho de que estos estudios serán puestos a disposición no solo de los licitantes competidores, sino de cualesquier interesados en cono-

cerlos, dado su carácter público, conduce al pensamiento de que sería más ventajoso realizarlos de modo privado. Se trata, de hecho, de una desventaja de participación en una PMI, aunque, lógicamente, quien estudia un determinado negocio siempre aprende más sobre él de lo que es obligado a divulgar.

II.1.4.2. Desventajas

99. La primera desventaja a ser señalada es el (1) *riesgo de que los costos con la PMI no sean resarcidos, integral o incluso parcialmente*, pues los estudios, levantamientos y proyectos realizados en su ámbito pueden no ser aprovechados, total o parcialmente, y la licitación, que es el principal objetivo de las empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs, podría no realizarse.

100. En segundo lugar, al contrario de lo que pasa en el ámbito de las licitaciones regidas por la Ley 8.666/93, cuyo art. 9º, inciso I, veda la participación directa o indirecta del autor del proyecto básico en la licitación para la ejecución del que fue proyectado, el art. 21 de la Ley 9.074/95, que es uno de los fundamentos jurídicos utilizados para la realización de las PMIs, expresamente autoriza al autor o responsable económico por la elaboración del proyecto básico que participe de la posterior licitación.

101. No obstante, (2) *algunas convocatorias públicas para PMIs vedan la participación de empresas interesadas en la futura licitación*. En tal hipótesis, la desventaja es evidente, de ahí que el interés de las empresas se encuentra en el negocio principal, y no en la realización de los correspondientes estudios, campo para la actuación de empresas de consultoría.

102. Otra desventaja es que (3) *los estudios, levantamientos y proyectos realizados en el ámbito de una PMI serán puestos a disposición de los licitantes competidores y de cualquier otro interesado en conocerlos*, de modo que la empresa interesada en emprender en la correspondiente Concesión o APP puede preferir hacerlo en su ámbito privado, siendo la única en conocer sus resultados.

II.2. CONSULTAS PÚBLICAS

103. Las Consultas Públicas son procedimientos en los que los interesados presentan contribuciones a un proyecto de Concesión o APP antes de la abertura de la correspondiente licitación.

104. **Las contribuciones presentadas en el ámbito de una Consulta Pública deben ser consideradas y necesariamente respondidas por el Poder Concedente, que no está obligado, sin embargo, a acatarlas.**

105. Uno de los actos que forma parte de este procedimiento es una sesión pública presencial, a la cual cualesquier interesados pueden comparecer, que es denominada Audiencia Pública.

106. En esta Audiencia Pública, se pueden presentar contribuciones por escrito o verbales, que ni siempre son respondidas por los representantes del Poder Concedente presentes en la sesión, que pueden reservarse el derecho de responderlas posteriormente, incluso porque, a veces, esas Audiencias Públicas son palco de reivindicaciones políticas y discursos inflamados.

107. La Audiencia Pública es, por lo tanto, un acto que integra el procedimiento de Consulta Pública, lo cual visa recoger sugerencias de los interesados que sean presentadas en la Audiencia Pública o en cualquier otro momento, desde que esté dentro del plazo de recepción de contribuciones fijado en el Aviso de Consulta Pública.

108. En el caso de las APPs, el plazo mínimo para la recepción de sugerencias es de 30 días y las respuestas deben ser dadas en por lo menos 7 (siete) días antes de la fecha prevista para la publicación de la convocatoria de la licitación, conforme el art. 10, VI, de la Ley 11.079/04. En el caso de las Concesiones Comunes, no hay plazo estipulado para la recepción de contribuciones, sino solamente el plazo de antecendencia con que la Audiencia Pública debe ser realizada, que es de, como mínimo, 15 días hábiles, conforme el art. 39 de la Ley 8.666/93.

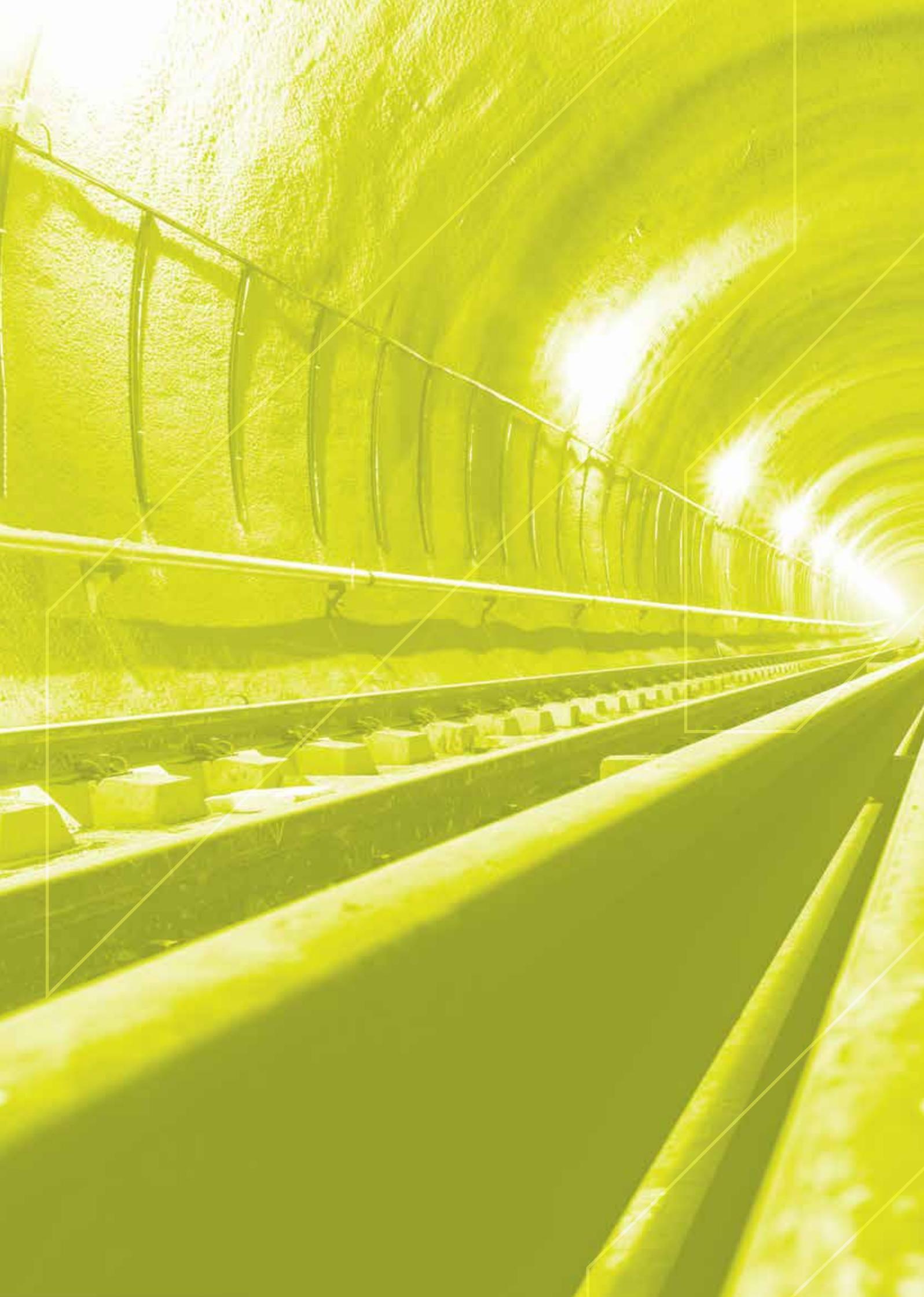
109. Normalmente, las contribuciones pueden ser enviadas por medio electrónico, que es el mejor canal para que sean presentadas sugerencias de carácter más técnico y bien fundamentadas.

110. La obligatoriedad de realización de Consultas Públicas previamente a las licitaciones de APPs está prevista en el inciso VI del art. 10 de la Ley 11.079/2004, que esclarece aún su contenido, es decir, que deben ser puestas a disposición las minutas de convocatoria y de contrato, para que los interesados puedan presentar sus contribuciones en relación a ellas. Además de esas minutas, debe ser puesta a disposición también la justificativa para la contratación de la APP, con lo que es habitual que se presenten, para comentarios, los correspondientes estudios de viabilidad técnico-financiera.

111. Como se ve desde el contenido mínimo obligatorio de las Consultas Públicas realizadas en el ámbito de una APP, el proyecto que constituye su objeto ya se encuentra bastante maduro, de modo que el margen de influencia sobre ellos es bastante reducido.

112. Ya en relación a las Concesiones Comunes, la Ley 8.987/95 no hace referencia a lo que debe ser sometido a Consulta Pública e incluso a la obligatoriedad de su realización, que deriva, sin embargo, del art. 39 de la Ley 8.666/93, el cual prevé, al menos, la obligatoriedad de que sea realizada Audiencia Pública en negocios de gran peso, como son las Concesiones Comunes.

113. En este caso, como no hay contenido mínimo obligatorio, se presentan, a veces, apenas los aspectos generales de la licitación y del futuro contrato, lo que, a pesar de no atender a los objetivos participativos que deberían caracterizar el procedimiento de Consulta Pública, acaba por abrir un espacio mayor para que contribuciones bien fundamentadas sean acatadas.





PARTICIPACIÓN EN LA LICITACIÓN

III. PARTICIPACIÓN EN LA LICITACIÓN

114. Las licitaciones que preceden los contratos de concesión y APPs tienen también algunas peculiaridades en cuanto: i) a los criterios de juicio pasibles de ser adoptados; ii) al procedimiento licitatorio; y iii) a los requisitos de habilitación.

115. Además de abordar esas peculiaridades del procedimiento licitatorio previo a ese modo singular de contratación, este Capítulo enfatizará la participación de empresas en “consorcio”, ya que, como se ha visto en las Consideraciones Introdutorias a esta Guía, se trata de una medida que puede ser adoptada por empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs para viabilizar su entrada en este segmento.

III.1. PECULIARIDADES DEL PROCESO LICITATORIO QUE PRECEDE A LAS CONCESIONES Y APPS

III.1.1. Peculiaridades en cuanto a los criterios de juicio de la licitación

116. A semejanza de lo que pasa en relación a las demás licitaciones regidas por la Ley 8.666/93, el mejor precio constituye el criterio preferencial de juicio de la licitación, de modo que la adopción del criterio de **mejor técnica** debe ser debidamente justificada (cf. art. 46 de la Ley 8.666/1993), mediante la demostración de que la técnica necesaria para el futuro contrato es suficientemente compleja y singular al punto de ser adoptada como criterio de juicio.

117. Aunque se utilice el criterio de mejor precio, las características propias de las Concesiones y APPs causan algunas variaciones en lo que se refiere a ese criterio, que podrá ser la **menor tarifa** a ser paga por el usuario, en los casos de las Concesiones Comunes y Patrocinadas, o la **menor contraprestación** a ser paga por el Poder Concedente, en el caso de las Concesiones Patrocinadas y Administrativas.

118. Además de eso, otra variación del criterio de mejor precio aplicable a las Concesiones es la **mayor oferta o mayor carga** a ser paga al Poder Concedente, en los casos en los que el Poder Concedente decide que el otorgamiento de la concesión debe tener, como contrapartida, una carga, una determinada incumbencia, o, como es más habitual, un valor en dinero a ser pago por la concesionaria.

119. En esos casos, es común que la concesionaria sea obligada a pagar dos tipos de carga, aunque nada obligue a que sean necesariamente acumulativos, como en general lo son: la **carga fija, que normalmente corresponde a un valor predeterminado a ser pago al Poder Concedente en el plazo establecido en la Convocatoria; o, la carga variable, así denominada porque su valor varía de acuerdo a la recaudación de la concesionaria, fijándose apenas un porcentaje a ser repasado al Poder Concedente.**

120. Evidentemente, el valor de la carga a ser pago por la concesionaria tiene reflejo directo en lo atractivo del negocio, incluso porque **tal valor no suele ser objeto de financiamiento, de modo que el vencedor de la licitación debe prepararse para pagar el valor previsto en la Convocatoria con recursos propios.**

121. Por este motivo, en escenarios económicos menos favorables, no se ha exigido el pago de la carga de la concesión por parte de la Concesionaria, o, por lo menos, el valor de la carga a ser pago es parcelado a lo largo de la Concesión, al revés de cobrarse el pago del valor integral de la carga fija de la concesión ya en el momento de la firma del contrato de concesión, como se hizo en las primeras concesiones.

122. Por tratarse de un valor que afecta al atractivo del negocio y, consecuentemente, a la tarifa a ser cobrada a los usuarios, el pago de valores a título de carga de la concesión suele justificarse cuando la futura concesionaria recibe, ya en el momento de celebración del contrato, infraestructura lista para ser explorada mediante el cobro de tarifa, y que fue previamente costada por recursos provenientes directamente de los cofres públicos.

III.1.2. Peculiaridades del procedimiento licitatorio

123. Una de las peculiaridades del procedimiento licitatorio que precede las concesiones y APPs se refiere al **grado de detalle de los proyectos puestos a disposición de los licitantes**.

124. Conforme ya fue mencionado en el Capítulo II de esta Guía, la Ley de Concesiones, en dispositivo también aplicable a las APPs, **exige apenas los elementos del proyecto básico suficientes para caracterizar el objeto de la licitación**. La Ley de Concesiones no exige, por lo tanto, el proyecto básico en sí, de acuerdo al grado de detalle previsto en el art. 6º, IX, de la Ley 8.666/93, y la Ley de APPs es más afirmativa por hacer referencia a la figura del **anteproyecto**, cf. art. 10, §4º.

125. Otra peculiaridad importante se refiere al orden de las fases del procedimiento licitatorio, pues, en las licitaciones que preceden las concesiones y APPs, el orden de las fases de habilitación y juicio viene siendo comúnmente invertido, lo que se denomina de **inversión de fases**.

126. Si hubiera inversión de fases, se examinan, primero, las propuestas económicas y, después, los documentos de habilitación y cualificación de la empresa que tuvo la propuesta clasificada en primer lugar.

127. Los documentos de la empresa cuya propuesta haya sido clasificada en segundo lugar solo serán abiertos en el caso de que los documentos de habilitación de la empresa clasificada en primer lugar no estuvieran conforme a los requisitos previstos en la Convocatoria, y así sucesivamente.

128. El resultado de la evaluación de las propuestas y de los documentos de habilitación es divulgado conjuntamente y se refiere apenas al primer colocado, de modo que los recursos pasaron a concentrarse apenas contra una empresa, y, aún así, las empresas cuyas propuestas no estén entre las mejores clasificadas no se sienten con valor para recurrir.

129. Tales características de la inversión de fases, previstas en los arts. 18-A y 13 de las Leyes 8.987/95 y 11.079/04, respectivamente, resultaron en gran economía de tiempo – **los procedimientos licitatorios que solían demorar más de un año han sido concluidos en menos de 6 meses** –, de

modo que la inversión de fases viene siendo adoptada en la mayoría de las licitaciones que preceden las concesiones y APPs.

130. Otra peculiaridad del procedimiento licitatorio que precede Concesiones y APPs es la posibilidad de que las respectivas convocatorias prevean una fase en que los licitantes puedan hacer **lances a viva voz**, cf. art. 12 de la Ley de APPs.

131. En esa hipótesis, la Ley de APPs prevé que la convocatoria podrá o no limitar el universo de los licitantes que podrán ofertar lances a viva voz a aquellos cuyas propuestas fueran de como máximo un 20% mayores que el valor de la mejor propuesta escrita. Tal medida nos parece imperiosa, he aquí que la naturaleza del objeto de la licitación y la complejidad de la formación de precios en las Concesiones y APPs nos parece que es inadecuada a la agresividad de las subastas a viva voz.

132. Otra singularidad que se verifica en las licitaciones que preceden las concesiones y APPs, con repercusiones en la ejecución del futuro contrato, es la exigencia de que los licitantes presenten apenas los documentos de habilitación y cualificación y la propuesta de precio, **sin la presentación de una metodología de ejecución y, lo que es más importante, sin plan de negocios.**

133. La consecuencia de esta medida en la futura ejecución del contrato de concesión es que no existirán parámetros relacionados a las estimativas originales de los licitantes, lo que significa que todos los **eventuales reequilibrios económico-financieros del contrato serán hechos en base a proyecciones de mercado vigentes a la época del hecho que ocasionó el desequilibrio**, de acuerdo con la metodología denominada *flujo de caja marginal*.

134. Vale la pena mencionar además que en esas licitaciones en las que las empresas no presentan el plan de negocios que explicita las premisas adoptadas para la oferta del precio, **se exige la presentación de declaración de institución financiera de primera línea que debe informar que analizó el plan de negocios elaborado por la licitante y atestar su practicabilidad y viabilidad**, documento que también puede ser exigido incluso cuando el plan de negocios es presentado.

135. Además de eso, otra peculiaridad del procedimiento previo a las concesiones y APPs es que, **anteriormente a la presentación de los documentos y propuestas, es realizada una fase sumaria dedicada apenas al análisis de la garantía de la propuesta (*bid bond*)**, sobre la cual hablaremos un poco más adelante.

III.1.3. Peculiaridades en cuanto a los requisitos de participación de los licitantes

136. Una primera peculiaridad a ser mencionada en cuanto a los requisitos de participación es que **las licitaciones que preceden Concesiones y APPs suelen tener carácter internacional, y son, por lo tanto, más abiertas a la participación de empresas extranjeras.**

137. En este sentido, no se exige de tales empresas que presenten, por ejemplo, el famoso decreto de autorización para funcionamiento en el País, previsto en el art. 28, V, de la Ley 8.666/93, inclusive porque quien efectivamente funcionará en el País, en el caso de que la empresa venga a consagrarse vencedora de la licitación, será la SPE futura concesionaria, que es una empresa autónoma.

138. En base al art. 32, §4º, de la misma Ley, las empresas extranjeras podrán presentar apenas los documentos previstos en la convocatoria brasileña que tengan equivalente en su país de origen, bastando una declaración emitida por el respectivo consulado, o incluso por la propia empresa, de que un determinado documento no tiene equivalente en su país para que sean dispensadas de presentarlos.

139. Los requisitos que demuestran la regularidad jurídica¹⁸, fiscal y laboral¹⁹ en el ámbito de las licitaciones para Concesiones y APPs son los mismos exigidos en las licitaciones regidas por la Ley 8.666/93, razón por la cual no cabe abordarlos en esta Guía.

140. **En cuanto a la capacidad técnica, la comprobación de atención a los requisitos establecidos en la convocatoria es hecha por medio de atestados técnicos, de modo similar a las licitaciones regidas por**

17 Las exigencias de habilitación jurídica a ser observadas por los licitantes consisten en la presentación de documentos que comprueben la constitución regular de la empresa, bien como la legitimidad y los poderes de sus representantes. En algunos casos, se exige, además, la comprobación de regularidad ante el órgano o entidad promotor de la licitación.

18 Se exige la presentación de certificados y/o declaraciones que comprueben la inscripción y la situación regular de las empresas ante las Haciendas Federal, Estatal y Municipal; Seguridad Social; Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS); y ante la Justicia Laboral.

la Ley 8.666/93, pero los requisitos de participación en sí son adaptados al hecho de que i) no serán los propios licitantes los que ejecutarán el objeto del contrato, pero, sí, una empresa a ser constituida por ellos en el caso de que venzan la licitación y ii) como ya fue afirmado anteriormente, las concesionarias disponen de un amplio margen de subcontratación.

141. Por tal motivo, **no se suele exigir** - y exigencia en ese sentido podría ser objeto de cuestionamiento - **que las empresas licitantes estén registradas en el Consejo de Ingeniería y Agronomía – CREA**, he aquí que tal exigencia debe ser cumplida, si fuera el caso, por la futura SPE.

142. En el mismo sentido, **algunas convocatorias admiten que la cualificación técnica del licitante sea demostrada apenas bajo la perspectiva de los profesionales que participarán de la ejecución del futuro contrato** (*aptitud técnico-profesional*), no exigiéndose la comprobación de experiencia de la empresa licitante en sí en la ejecución del objeto licitado (*aptitud técnico-operacional del licitante*).

143. En este caso, la experiencia de los profesionales indicados por las empresas licitantes puede ser demostrada por medio de atestados de obras ejecutadas cuando estaban vinculados a empresas diversas, sin que se exija que presenten un vínculo con la empresa o grupo de empresas licitante ya en el momento de la licitación, bastando el compromiso de que lo hará en el caso de que venzan el certamen.

144. La **flexibilización en cuanto a los requisitos de capacidad técnica de las empresas licitantes** viene siendo bien recibida por los órganos de control, en razón de su carácter ampliativo de la competición, y es compatible con el hecho de que serán las controladoras y no necesariamente ejecutoras del objeto de la concesión, que cabrá a la futura SPE, la cual, como se ha dicho, podrá contratar otras empresas y profesionales con *expertises* relacionadas a los varios escopos que integran el objeto de una Concesión o APP.

145. Por otro lado, la complejidad y exhaustividad del objeto de una Concesión o APP suele resultar en la exigencia de demostración de experiencia no solamente en la ejecución de obras, sino también en **la operación del objeto a ser licitado y en la gestión administrativo-financiera de contrato similar a aquel que será celebrado**.

146. **La capacidad financiera de los licitantes suele ser medida por medio de la exigencia de que presenten un dato valor mínimo de Patrimonio Líquido o Capital Social, limitado al 10% del valor del contrato, acumulativamente a ciertos índices financieros, como los índices de Liquidez General y/o Corriente y de Endeudamiento²⁰.**

147. Vale la pena mencionar, a propósito, que, aunque no exista una regla general obligatoria, **el valor del contrato está, normalmente, compuesto por la proyección de la receta a ser evaluada por el Concesionario, el cual, a su vez, debería contemplar la remuneración del valor previsto para las inversiones (capex), gastos (opex) y el retorno del negocio (TIR).**

148. Evidentemente, los niveles exigidos varían mucho de acuerdo con el peso y carácter más o menos innovador del objeto de la licitación, el segmento específico del mercado en el que se insiere, y, además, cuál es el ente federativo y la entidad administrativa promotora del certamen.

149. Aunque sea así, apenas para que se tenga una noción, aunque sea grosera, del nivel de exigencia que viene siendo practicado en el ámbito de las Concesiones y APPs, menciónese que el patrimonio líquido o capital social mínimos exigidos suelen girar en torno del 2 al 5% del valor del contrato; y los índices de Liquidez Corriente y Liquidez General suelen ser iguales o superiores del 1,0 al 1,5; y el Índice de Endeudamiento General entre 0,5 y 1,0.

150. A la comprobación de atención a los requisitos de participación arriba mencionados, se puede sumar, además, **la exigencia de que las empresas licitantes presenten una declaración de capacidad financiera en que asumen un compromiso de integración de determinado valor como capital social mínimo de la SPE, en el caso de que venzan la licitación**, lo cual, en algunas licitaciones recientes, incluso ha sustituido la exigencia de Patrimonio Líquido o Capital Social mínimo y atención a índices financieros.

151. **Otro requisito de participación relacionado a la capacidad financiera de los licitantes es la presentación de una garantía de propuesta (*bid bond*)**, que, de acuerdo con el art. 31, III, de la Ley 8.666/93, debe estar limitada al 1% del valor del contrato, y puede ser presentada bajo la forma

²⁰ La comprobación de atención a esas exigencias es hecha de manera similar a lo que pasa en las licitaciones regidas por la Ley 8.666/93, es decir, por medio del balance patrimonial y de las demostraciones contables del último ejercicio social, exigibles y presentadas en la forma de la ley, lo que, la mayoría de las veces, corresponde al balance cerrado el 31 de diciembre anterior a la fecha de presentación de las propuestas, vedada la presentación de balances provisionales (cf. art. 31, I, de la Ley 8.666/93).

caución, dinero o títulos de la deuda pública, o, aún, como es más común, **carta de fianza o seguro-garantía**.

152. Algunas convocatorias demandan además que los licitantes presenten una **declaración de una institución financiera de que concederá el préstamo puente a las empresas licitantes en el caso de que venzan la licitación, o, que los licitantes demuestren haber impulsado financiamientos a nivel similar a los que serán necesarios para hacer frente al objeto de la licitación**.

153. Vale la pena mencionar, finalmente, que sea también posible que se exija **una carta de institución financiera o de empresa aseguradora comprometiéndose a emitir la garantía del contrato (performance bond)**, en el caso de que la licitante venza el certamen.

154. Se observa, por lo tanto, que, para atender a todos esos requisitos financieros de participación, **los licitantes deben tener un buen canal de comunicación y relacionamiento con el mercado asegurador y financiero**, razón por la cual es común que contraten consultores de esas áreas.

155. En el caso de que se trate de un **consorcio, ese canal puede ser suplido por apenas una de las empresas que lo integran, además de que todas, en conjunto, podrán ratear los costos**, en general no módicos, en que deberán incurrir para la adopción de todas esas providencias.

III.2. PARTICIPACIÓN DE EMPRESAS EN CONSORCIO

156. En las Consideraciones Introdutorias a esta Guía, tratamos, aunque de modo resumido, de los riesgos a los que una empresa interesada en emprender en Concesiones y APPs se expondrá.

157. Como es obvio, la adecuada preparación de esas empresas pasa necesariamente por el conocimiento y dimensionamiento de esos riesgos y de la evaluación de cuán dirigibles serán, en el sentido de evaluar si serán o no capaces de adoptar medidas que puedan evitar la materialización de esos riesgos o que puedan, al menos, mitigar sus efectos.

158. Dada la complejidad del objeto de una Concesión o APP, esa preparación incluye diversas áreas de conocimiento, estudios, investigaciones, levantamientos y proyectos.

159. Esto da como resultado que **la adecuada preparación, fijación de precios y demás actos necesarios para la elaboración de la propuesta necesaria para que las empresas interesadas en emprender en ese segmento puedan participar de las respectivas licitaciones cuesta caro y puede resultar en nada. Todavía es posible, y bastante frecuente, que la empresa esté interesada en participar de más de una licitación, lo que acaba por multiplicar ese costo.**

160. De modo que la perspectiva de ratear con otras empresas esos costos, además de compartir conocimiento técnico y de mercado, constituye, por sí, un incentivo para que empresas participen de consorcios.

161. **La formación de un consorcio es una suma de esfuerzos que produce efecto desde la fase de prospección de negocios y participación en las licitaciones hasta el momento culminante de ejecución de los contratos que resultan de las licitaciones victoriosas, con la división tanto de los gastos como de sus lucros.**

162. Sinergia empresarial es la expresión que nos parece mejor resumir como el tipo de amalgama que debe haber entre las empresas que deciden formar un consorcio, para emprender en conjunto, inclusive en el segmento de las Concesiones y APPs.

163. Así, y conforme ya fue mencionado en las Consideraciones Introdutorias de esta Guía, la reunión de empresas en consorcio objetiva aumentar la competitividad de las empresas que lo componen.

164. Además de aunar esfuerzos para la preparación de las propuestas a ser presentadas en la licitación, **empresas que tal vez no consiguiesen atender, aisladamente, los requisitos exigidos en una determinada contratación pública tienen esa perspectiva de participar en grupo con empresas complementarias.**

165. Participando en consorcio, las empresas pueden sumar su capacitación técnica, así como atender a los requisitos de capacidad financiera en la medida del porcentaje de su participación en el grupo, conforme será detallado más abajo.

III.2.1. Formalidades, liderazgo y responsabilidad solidaria en el consorcio

166. En realidad, aunque la expresión consorcio continúe siendo utilizada, empresas que participan en grupo de las licitaciones que preceden concesiones y APPs nunca llegarán a constituir un consorcio, propiamente dicho, ya sea durante el proceso licitatorio, o posteriormente, aunque venzan la licitación.

167. De hecho, **las convocatorias no exigen que el grupo de empresas sea formalmente registrado como consorcio, de modo que no tendrán que seguir lo previsto en el art. 279 de la Ley 6.404/72²¹, ni, tampoco, hay necesidad de que las empresas presenten Compromiso Público de Constitución de Consorcio, como se exige en algunas licitaciones regidas por la Ley 8.666/93.**

168. En base a lo que permite el art. 20 de la Ley 8.987/95, **bastará que las empresas presenten un *Compromiso Particular de Constitución de la futura SPE***, empresa concesionaria, sobre la cual hablaremos en el Capítulo IV de esta Guía.

169. Este Compromiso es un documento relativamente simple que deberá contener informaciones bastante básicas sobre cómo el grupo de empresas está compuesto, tales como el porcentaje de participación de cada una de ellas, las obligaciones asumidas, el modo cómo las decisiones serán tomadas, la duración del consorcio y su nombre.

170. Las empresas deberán indicar también cuál de ellas será la **líder del consorcio, que quedará responsable, durante la licitación, por la interlocución con el Poder Concedente, sin que ejerza necesariamente poder mayoritario sobre las demás en consorcio, pues podrá tener porcentaje de participación igual o incluso inferior al de los demás miembros, así como formar parte de un consorcio** en el que las decisiones sean tomadas de modo independiente de la participación de cada cual.

21 "Art. 279. El consorcio será constituido mediante contrato aprobado por el órgano de la sociedad competente para autorizar la alienación de bienes del activo no circulante, del cual constarán:

I - la designación del consorcio si la hubiera;

II - el emprendimiento que constituya el objeto del consorcio;

III - la duración, dirección y foro;

IV - la definición de las obligaciones y responsabilidad de cada sociedad en consorcio, y de las prestaciones específicas;

V - normas sobre recepción de recetas y división de resultados;

VI - normas sobre administración del consorcio, contabilización, representación de las sociedades en consorcio y tasa de administración, si la hubiera;

VII - forma de deliberación sobre asuntos de interés común, con el número de votos que cabe a cada asociado;

VIII - contribución de cada asociado para los gastos comunes, si la hubiera.

Parágrafo único. El contrato de consorcio y sus alteraciones serán archivados en el registro del comercio del lugar de su sede, debiendo el certificado del archivo ser publicado."

171. De ese modo, aunque se hable de *empresa líder*, esta no asumirá necesariamente el control interno del consorcio, frente a las demás en consorcio, sino apenas un papel de representación, pudiendo, por ejemplo, interponer recursos y firmar documentos en nombre de los demás miembros del consorcio.

172. En el caso de que el consorcio esté constituido por empresas brasileñas y extranjeras, el §1º del art. 33 de la Ley 8.666/93 prevé que el liderazgo cabrá obligatoriamente a una empresa brasileña. Como no hay exigencia similar en la Ley de Concesiones y APPs, se entiende, aunque no de modo pacífico, que tal exigencia solo deberá ser obligatoriamente atendida en el caso de que haya expresa previsión en ese sentido en la convocatoria, lo que no ha ocurrido siempre.

173. Como este *Compromiso de Constitución de la SPE* entre las empresas en consorcio será examinado no solo por la entidad que está promoviendo la licitación, sino también por los demás licitantes competidores, se suelen presentar solamente las informaciones expresamente exigidas en la Convocatoria y en la Ley.

174. Lo mismo se aplica a la *minuta del estatuto social de la futura SPE y del respectivo acuerdo de accionistas*, cuando su presentación es exigida ya en la fase licitatoria.

175. Por tal motivo, **es habitual que las empresas celebren entre sí un Memorando de Entendimiento (MoU), que es un documento interno en el que detallarán su modo de actuación antes, durante y después de la licitación, en el caso de que vayan a consagrarse vencedoras.**

176. **Dependiendo de la relación entre las empresas del grupo, las que estén en consorcio, anticipando la discusión asociada a la futura solicitud de los financiadores, podrán además pactar las principales condiciones del futuro Contrato de EPC - Engineering, Procurement, and Construction.**

177. En los contratos de EPC, el (s) "*Epecista (s)*" es (son) contratado (s) por la Concesionaria para elaborar los proyectos, ejecutar las obras y prestar y administrar todos los servicios de ingeniería asociados a la concesión, mediante un presupuesto predeterminado y fecha previamente especificada, es decir, en *régimen de contrata integral a precio global*, también conocido por la designación en inglés, como *turn-key-lump-sum*.

178. Un punto importante a ser destacado sobre las consecuencias relacionadas a la participación de empresas en consorcio es que habrá entre ellas lo que se denomina de **responsabilidad solidaria**²², en los términos del art. 33, V²³, de la Ley 8.666/93, aunque, como se dijo, no vengan a constituir formalmente un consorcio.

179. La solidaridad significa que cada una de las empresas del grupo será responsable por los actos que todas las otras practiquen durante la licitación. Es decir, si alguna de las empresas del grupo causa daño a la entidad promotora de la licitación o a algún licitante, las demás empresas, o, incluso, cualquier una de ellas individualmente, a elección de quien sufrió el daño, son obligadas a repararlo, aunque no hayan participado del evento causador de este daño.

180. Evidentemente, la empresa o las empresas en esa situación podrán exigir la devolución de lo que pagaron de la empresa que practicó el daño, pero se trata de un problema a ser resuelto entre las empresas que compusieron el grupo, sin que la falta de culpa de alguna de ellas pueda servir de alegación para excluir la responsabilidad solidaria que existe forzosamente entre las en consorcio.

181. Cabe señalar, sin embargo, que **la responsabilidad solidaria cesará con la constitución de la SPE, que, por ser una empresa autónoma diversa de las empresas que la crearan, pasará a asumir las responsabilidades del contrato de concesión.**

III.2.2. Lo que debe ser considerado para la definición del porcentaje de participación de cada empresa en el consorcio

182. La definición del porcentaje de participación de las empresas que componen el consorcio resulta básicamente de **necesidades relacionadas a la atención de los requisitos de participación en la licitación.**

183. También es **habitual que las convocatorias exijan que el porcentaje de participación de las empresas en consorcio sea mantenido en la futu-**

22 De acuerdo con el art. 246 del Código Civil, hay responsabilidad solidaria "cuando, en la misma obligación, compite más de un acreedor, o más de un deudor, cada uno con derecho, u obligado, a la deuda toda".

23 "Art. 33. Cuando fuese permitida en la licitación la participación de empresas en consorcio, se han de observar las siguientes normas:

(...) V - Responsabilidad solidaria de los integrantes por los actos practicados en consorcio, tanto en la fase de licitación como en la de ejecución del contrato."

ra concesionaria, aspecto que deberá, por lo tanto, ser considerado al fijarse el porcentaje de participación de cada una de ellas en el consorcio.

184. En el caso de que la participación de empresas por medio de consorcio, tanto las exigencias relativas a la habilitación jurídica como a la regularidad fiscal y laboral deben, necesariamente, ser atendidas, aisladamente y en su integralidad, por todas las en consorcio.

185. Ya **las exigencias de capacidad técnica pueden ser atendidas por el consorcio en su conjunto, sumándose diferentes expertises de las participantes, independientemente de su porcentaje de participación en el consorcio**. Con ello no se exige que todos los asociados atiendan, aisladamente, a las cualificaciones técnicas exigidas en la convocatoria, bastando que apenas uno de ellos lo haga.

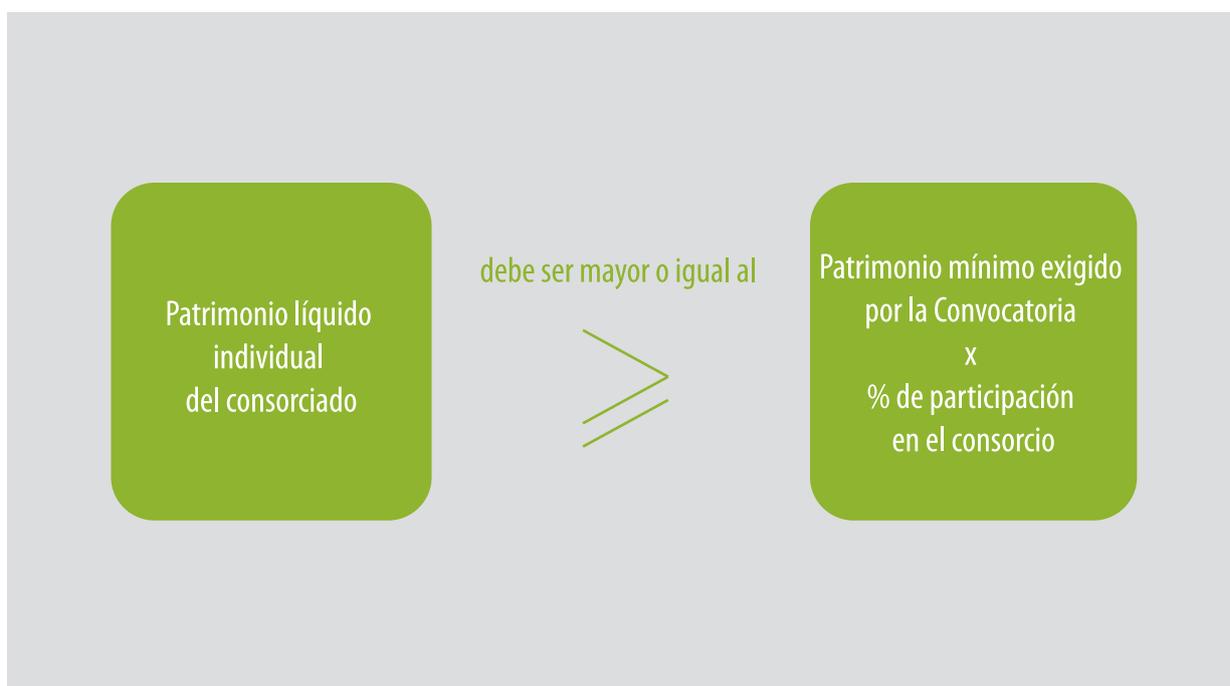
186. Así, en el caso de un consorcio que participe, por ejemplo, de una licitación para la construcción y operación de una carretera, es posible que uno de los asociados ateste su cualificación para la ejecución de OAEs, mientras otro compruebe tener experiencia en pavimentación o en ejecución de obras de ampliación de capacidad, sumándose, al final, las experiencias de todas las empresas en consorcio.

187. No obstante, en los casos en los que las convocatorias exigen la comprobación de cuantitativos mínimos, apenas será posible sumar los atestados para fines de atención de un mismo requisito en el caso de que haya previsión expresa en ese sentido en la convocatoria.

188. Cabe destacar que, **en el caso de empresas que participen de la licitación en consorcio, la Ley de Licitaciones permite que los valores del Capital Social o Patrimonio Líquido Mínimo exigido de licitantes individuales sea incrementado en hasta un 30%**.

189. A diferencia de lo que ocurre en relación a la cualificación técnica, **la suma de las cualificaciones económico-financieras de las empresas, para fines de cálculo de Patrimonio Líquido Mínimo y de Índices Financieros, será proporcional a la participación de las empresas en el consorcio**.

190. En el caso específico de los consorcios, la interpretación del Tribunal de Cuentas de la Unión²⁴ acerca de la **metodología de cálculo de su PL mínimo**, es en el sentido de que cada asociado deberá comprobar que tiene PL Mínimo *igual o superior* al **montante resultante de su participación en el consorcio multiplicada por el Patrimonio Líquido Mínimo total previsto en la convocatoria**, como ilustra la figura abajo:



191. Así, tómesese como ejemplo un consorcio formado por dos empresas ("A" y "B") que pretenden participar de una licitación cuya convocatoria exige que los licitantes presenten PL Mínimo de R\$ 1.000.

192. Supóngase que la empresa "A" posee: i) el 60% de participación en el consorcio; y ii) PL de R\$ 100,00, mientras que la empresa "B" posee: i) el 40% de participación en el consorcio; y ii) PL de R\$ 2.000,00.

²⁴ Véase la sentencia de nº 587/2001-Plenario.

193. En esas condiciones, el consorcio no sería habilitado, puesto que el PL de la empresa "A" (R\$ 100,00) es menor que el mínimo exigido por la Convocatoria, en la proporción de su participación (R\$ 600,00).

194. De esta forma, en el ejemplo citado, el hecho de que la empresa "B" posea PL mayor que el mínimo exigido por la Convocatoria no implica la habilitación del consorcio, ya que cada asociado debe atender al PL mínimo, en la proporción de su participación.

195. No obstante, además del entendimiento adoptado por el Tribunal de Cuentas de la Unión, hay otra línea de entendimiento, que, aunque minoritaria, es a veces adoptada, razón por la cual merece algunos comentarios, incluso porque es más perjudicial a los consorcios y debe, por lo tanto, ser combatida en la fase de consulta pública y/o esclarecimientos a la convocatoria.

196. Según esa otra línea de entendimiento en cuanto a la metodología de cálculo del PL mínimo de los consorcios, no se debe considerar todo el patrimonio líquido disponible del asociado, como se hace de acuerdo con el otro entendimiento, cabiendo apenas el cómputo del porcentaje de la empresa en consorcio en la medida de su participación en el consorcio.

197. Por esa lógica, si la participación del licitante fuera del 20%, por ejemplo, deberán ser considerados – para fines de atención a la exigencia de cualificación económico-financiera – apenas el montante correspondiente al 20% del valor que el licitante dispusiera como patrimonio líquido o capital social.

198. Como forma de ilustrar ese entendimiento, tómesese, una vez más, como ejemplo, un consorcio formado por las empresas "A" y "B", que pretenden participar de una licitación cuya convocatoria exige que los licitantes presenten PL Mínimo de R\$ 1.000.

199. Supóngase que la primera tiene un patrimonio líquido de R\$ 800 y una participación del 60% del consorcio. Ya la segunda tiene un pa-

rimonio líquido de R\$ 400 y una participación del 40%. Utilizando el entendimiento citado, el consorcio no reuniría los requisitos de habilitación, puesto que la sociedad "A" colaboraría con R\$ 480 (60% de 800) y la sociedad "B", con R\$ 160 (40% de 400), no totalizando, por lo tanto, los R\$ 1.000 exigidos.

200. Se observa que esa segunda interpretación es más restrictiva y frustra, en cierta medida, el intento de participación de consorcios en procesos licitatorios, pues, en la práctica, esa metodología acaba por exigir que todos los asociados atiendan al PL Mínimo exigido en la convocatoria, razón por la cual no habría utilidad en la participación de las empresas por medio de consorcio.

201. Considérese que, en el caso de los Índices Financieros, el Tribunal de Cuentas de la Unión no admite la simple suma de los índices de cada una de las empresas²⁵. **Lo que se admite, en realidad, es que sean sumados los cuantitativos/valores que componen el cálculo de los Índices Financieros, en la proporción de la respectiva participación de cada asociado en el consorcio.**

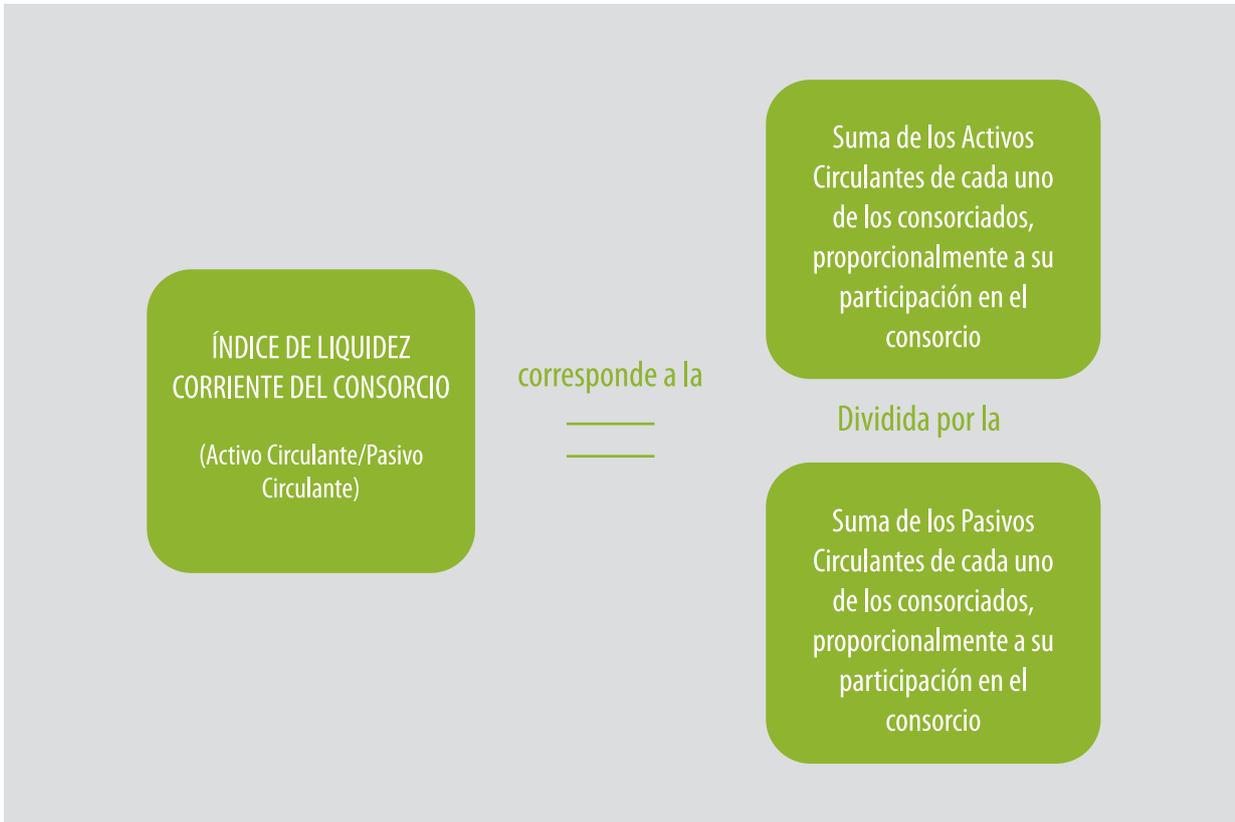
202. Sumados tales cuantitativos, ya podrá ser calculado el índice financiero de las empresas reunidas en consorcio, montante que será, evidentemente, distinto de la simple suma de los índices de cada asociado.

203. Para explicar mejor el referido entendimiento del TCU, tómese, a título de ejemplo, el Índice de Liquidez Corriente, que es calculado por medio de la división Activo Circulante de la empresa por su Pasivo Circulante.

204. En el caso de empresas que estén participando de la licitación por medio de consorcio, para verificar la atención al Índice de Liquidez Corriente mínimo exigido en la convocatoria, deberán ser sumados los Activos Circulantes de cada uno de los asociados, proporcionalmente a su participación en el consorcio, y después dividir tal montante por la suma de sus Pasivos Circulantes, también proporcionalmente a la par-

²⁵ Véase sentencia nº 1.208/2011-Plenario.

ticipación en el consorcio, para llegar, entonces, al Índice de Liquidez Corriente del consorcio, como mejor ilustra la figura abajo:



205. Otro aspecto importante que estimula a las empresas a participar de licitaciones en consorcio es que **normalmente se acepta que la garantía de propuesta (*bid bond*) sea presentada por apenas una de las empresas, en beneficio de todo el consorcio, lo que vale también para el eventual compromiso de que, en el caso de que venzan la licitación, las empresas presentarán garantía del contrato (*performance bond*).**

206. Tal hecho suele facilitar la participación de medianas empresas, ya que basta que apenas una de ellas asuma los compromisos necesarios para la presentación de la garantía de propuesta y del compromiso de que la futura SPE presentará la garantía del contrato, junto a instituciones financieras o aseguradoras, estableciéndose, sin embargo, compromisos entre las empresas para que dividan los gastos correspondientes.







CELEBRACIÓN
DEL CONTRATO
DE CONCESIÓN

IV. CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

207. En este Capítulo, se presentan informaciones y comentarios acerca de las condiciones precedentes a la celebración del contrato de concesión y aspectos de su ejecución que puedan auxiliar en la comprensión del régimen peculiar de ese modo especial de contratación y, por lo tanto, en la preparación de las empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs.

208. Tal contenido está estructurado en los siguientes tópicos: 1) condiciones precedentes a la celebración del contrato; 2) ingeniería administrativa y financiera; 3) ingeniería física; 4) regulación; e 5) interacción con los diversos *stakeholders*.

IV.1. CONDICIONES PRECEDENTES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

209. El licitante, empresa o consorcio de empresas, clasificado en 1º lugar y que tuvo sus documentos de habilitación y cualificación aprobados, entre otros exigidos por la convocatoria y mencionados en el Capítulo III de esta Guía, es declarado vencedor del certamen.

210. En el caso de que su victoria sea confirmada tras la etapa de apelación del proceso licitatorio, se pasa a la homologación del procedimiento y adjudicación del objeto del contrato, con la convocación del vencedor para la firma del contrato de concesión, en el plazo señalado en la Convocatoria.

211. Con la inversión de fases del procedimiento licitatorio, la etapa de apelación queda concentrada en apenas un licitante - el que fue declarado vencedor - y pasó a ser más célere: entre la disponibilidad de la documentación del vencedor para el análisis de los interesados, interposición de recursos, publicación para que el vencedor pueda presentar alegaciones a los recursos interpuestos y su juicio por la autoridad competente, suelen transcurrir cerca de 40 días.

212. La homologación, que es el acto por medio del cual el procedimiento licitatorio es considerado regular, y la adjudicación, que es la atribución del derecho de contratar al vencedor, son practicados normalmente en conjunto, y publicados en un solo acto, juntamente con la decisión de juicio de los recursos y la convocatoria del vencedor para la firma del contrato de concesión, incrementándose cerca de 5 días a los 40 días de la etapa de apelación.

213. Finalmente, la convocatoria suele establecer el plazo de 30 días, prorrogables por más 30 días, mediante motivo justificado, para que el licitante cumpla las condiciones precedentes abajo descritas y pueda, así, firmar el contrato.

214. **La falta en el cumplimiento de esas condiciones y, por lo tanto, en la atención de la convocatoria para la firma del contrato, conlleva la ejecución de la *garantía de propuesta (bid bond)*, además de eventuales multas previstas en la convocatoria.**

215. **Así, entre la primera declaración de un determinado licitante como vencedor del certamen y la firma del contrato, se suelen tener cerca de 75 días, 1 mes y medio, plazo bastante apretado para que sean cumplidas las condiciones abajo descritas.**

216. Por ello, aunque el licitante declarado vencedor no pueda todavía considerar tal resultado definitivo, **es habitual y recomendable que empiece a adoptar las providencias necesarias para la firma del contrato tan pronto como sea proclamado vencedor**, aunque tenga que mantener su victoria frente a la etapa de apelación del procedimiento licitatorio.

IV.1.1. Constitución de la Sociedad de Propósito Específico

217. Una de las primeras condiciones precedentes a la celebración del contrato de concesión a ser atendida es la constitución de una Sociedad de Propósito Específico - SPE, conforme exige el art. 9º de la Ley de APPs y faculta el art. 20 de la Ley de Concesiones.

218. Aunque la Ley de Concesiones apenas faculte la previsión de la convocatoria de que el licitante vencedor constituya una empresa – y no consorcio – antes de la firma del contrato, son rarísimos los casos en los que tal exigencia deja de constar de las convocatorias de licitaciones, ya sea para Concesiones Comunes, o para APPs.

219. **Para además de las determinaciones legales y de las convocatorias, la constitución de una SPE es también una exigencia de los financiadores, he aquí que la existencia de una empresa autónoma en relación a sus controladores, con CNPJ, contabilidad y patrimonio propios y segregados de las empresas que la crearan, evita la confusión de pasivos y otros riesgos relacionados a las demás actividades desarrolladas por sus accionistas, además de facilitar su control contable y patrimonial.**

220. Estas son, por cierto, las mismas razones que llevan al Poder Concedente a establecer en las convocatorias la obligatoriedad de constitución de SPEs para gestionar el objeto de la Concesión, aunque la ley establezca una mera facultad: **segregación de riesgos y patrimonio y eficiencia en el control.**

221. **La SPE no es nada más que una empresa creada para un único propósito: en este caso, implantar y gestionar el objeto del contrato de concesión.** Por ello, su duración será por plazo indeterminado, pero coincidente al plazo de vigencia del contrato de concesión, incluyendo sus eventuales prorrogaciones.

222. Desde el punto de vista societario, la SPE es una empresa como cualquier otra, de ahí que podrá asumir, en principio, cualquier forma admitida en Derecho, aunque sea **bastante común que las convocatorias impongan la forma de las sociedades anónimas – SA.**

223. En este caso, las SPEs serán regidas por la Ley nº 6.404/76, en sus aspectos societarios, la cual establece una serie de **medidas de transparencia en cuanto a las demostraciones financieras y reglas de gobierno** que son bien vistas por el Poder Concedente, por las razones ya indicadas más arriba.

224. **La SPE será considerada constituida cuando estuvieran registrados en la Junta Comercial de la sede de la empresa sus actos constitutivos**, es decir, estatuto social, que ya debe contener, entre otros datos, su nombre, CNPJ, y dirección de su sede, y acta de constitución, con la elección de la Directiva de la empresa.

225. **A criterio de las empresas controladoras de la SPE, el Acuerdo de Accionistas**, aunque imprescindible para el caso de SPEs controladas por empresas distintas con participaciones relevantes - como suelen ser las que vencerán una licitación organizadas en consorcio -, **podrá ser celebrado posteriormente, pues no es un documento necesario para que la SPE sea considerada constituida.**

226. Vale la pena decir que, una vez celebrado el Acuerdo de Accionistas, deberá estar a disposición en la sede de la Concesionaria, conforme determina el art. 118 de la Ley 6.404/76.

227. Una vez constituida la SPE, se debe procurar inmediatamente la apertura de una **cuenta bancaria de la empresa**, por medio de la cual serán hechos los aportes iniciales, además de otros pagamentos, abajo mencionados.

228. Considerando el plazo exiguo de adopción de todas esas medidas, es habitual y aceptable que los licitantes utilicen **una empresa no operacional, ya bajo la forma de sociedad anónima, y hagan la constitución de la SPE sobre esa base societaria previamente existente.**

229. Tal práctica no necesita ser utilizada en los Estados en los que las Juntas Comerciales funcionan de modo bastante celeridad, sino, cuando fuera necesaria, ha sido admitida por el Poder Concedente, desde que los controladores de la SPE demuestren que la empresa utilizada nunca entró en operación, mediante la presentación de los correspondientes certificados de regularidad.

230. En algunas licitaciones promovidas en el ámbito federal, como la de concesiones de aeropuertos, fue establecido que la entidad relacionada al Poder Concedente, en este caso, la INFRAERO, también formaría parte de la SPE, en la condición de accionista minoritaria.

231. En efecto, la Ley de APPs contiene la prohibición de que entidades de la administración pública puedan tener el control accionarial de la SPE, lo que no ocurre, sin embargo, en la Ley de Concesiones.

232. En tal hipótesis, el vencedor de la licitación deberá constituir, primero, otra SPE, controlada apenas por los accionistas privados, para, después, participar, por medio de esta SPE del Accionista Privado, de la SPE Concesionaria, junto a la entidad de la administración pública mencionada en la Convocatoria.

233. En este caso, la convocatoria debe prever también una minuta del futuro acuerdo de accionistas de la SPE Concesionaria, con las directrices para disciplinar el relacionamiento entre los accionistas privados y la entidad de la administración pública.

234. Conforme ya fue mencionado, la SPE solo se extingue después del transcurso del plazo de vigencia del contrato de concesión, salvo la hipótesis de quiebra.

235. No obstante, **las Leyes de Concesiones y APPs admiten la transferencia del control de la SPE, desde que sea previamente autorizada por el Poder Concedente**, observadas otras condiciones previstas por ley y en las convocatorias.

236. Con este propósito, **es habitual que la convocatoria establezca un período en el que la transferencia de control y, a veces, cualquier alteración societaria en la SPE, sea vedada, hasta que se concluya una determinada obra o implantación y/o, además, que transcurra cierto lapso de tiempo.**

237. Independientemente de la previsión de un período de prohibición de alteración del control, los licitantes deben fijarse en que las empresas que fueron determinantes en la cualificación técnica y financiera que dio origen a la victoria en la licitación solo podrán ser sustituidas por otras que presenten cualificación similar, conforme los arts. 27, §1º, I, de la Ley 8.987/95 y 55, XIII, de la Ley 8.666/93.

238. Nos parece, sin embargo, que el régimen peculiar de las Concesiones y APPs y la cualificación de la propia concesionaria a lo largo de la ejecución del contrato autorizaría interpretaciones menos literales de referido dispositivo legal.

IV.1.2. Aportes y Pagamentos iniciales

239. Algunas licitaciones previas a Concesiones y APPs son denominadas subasta, por formar parte de un *programa de desestatización*, como ocurre, por ejemplo, en la esfera federal (Ley nº 9.491/97) y del Estado de São Paulo (Ley nº 9.631/96).

240. Antes de que prosigamos con el análisis de la relación de ese hecho con los pagamentos previstos en las condiciones precedentes a la celebración del contrato de concesión, procede que hagamos dos breves observaciones para que el lenguaje utilizado no induzca a alguna confusión de conceptos propiciada por palabras que tienen más de un sentido.

241. La primera observación es que **se da el nombre de subasta a licitaciones que integran un programa de desestatización**, aunque el procedimiento no incluya una fase de lances a viva voz, los cuales, sin embargo, como fue mencionado en el Capítulo III de esta Guía, pueden ocurrir en las licitaciones para Concesiones y APPs.

242. La segunda observación es que las leyes que tratan de procesos de *desestatización*, antes designados *privatizaciones*, llaman de *desestatización* a dos realidades diversas: tanto a la venta de bienes públicos (acciones, inmuebles, etc.) para la iniciativa privada, como a la concesión que recaía sobre un bien y/o servicio público.

243. Se trata de situaciones jurídica y políticamente distintas, pues, en la primera, se vende algo público, mientras que, en la segunda, nada es vendido; al contrario, se **transfiere para la iniciativa apenas la incumbencia objeto del contrato de concesión, siendo que eventuales mejoras implantadas por el concesionario serán, posteriormente, incorporadas al patrimonio público.**

244. A pesar de ser distintas, las leyes llaman tanto a la venta de activos como a la concesión de fenómenos de *desestatización*, y antes llamaban ambas a la *privatización*, porque en los dos casos algo que era público pasa a la esfera privada, aunque, en la primera hipótesis, se transfiera un bien; y, en la segunda, una incumbencia, mediante remuneración.

245. Pues bien. Principalmente en la esfera federal, es habitual que las *subastas*, contemplen o no lances verbales, sean promovidos por la BOVESPA, que hace también la custodia de los documentos entregados por los licitantes. Así, uno de los primeros pagos a ser realizados por el licitante vencedor son los **emolumentos de la BOVESPA**.

246. Para que se tenga una idea del valor, el monto cobrado en la última subasta de las carreteras fue de, aproximadamente, R\$ 560.000,00.

247. Otro pago inicial que se debe a más una peculiaridad del procedimiento licitatorio de las Concesiones y APPs se refiere al eventual **resarcimiento de los estudios hechos en el ámbito de una PMI**.

248. Conforme fue descrito en el Capítulo II de esta Guía, el artículo 21 de la Ley de Concesiones, aplicable también a las APPs, autoriza que el resarcimiento de los gastos derivados de la realización de esos estudios, proyectos, investigaciones y levantamientos aprovechados por el Poder Concedente para promover la licitación sea hecho directamente por el vencedor.

249. Para que se tenga una idea del valor, el monto a ser resarcido en la última subasta de las carreteras fue de R\$ 4,2 millones.

250. Otra peculiaridad del procedimiento licitatorio de las Concesiones y APPs que puede resultar en pago a ser hecho como condición precedente a la celebración del contrato de concesión se refiere a la **carga de la Concesión**, haya sido adoptado o no como criterio de juicio de la licitación.

251. Aunque se adopte otro criterio de juicio de la licitación, el Poder Concedente puede definir en la convocatoria que el otorgamiento de la concesión sea oneroso, por eso si se habla de *carga de la concesión*, que puede ser la incumbencia de realizar determinadas actividades sin contraprestación pública o cobro de tarifa, o, como es más común, el pago de valores.

252. Conforme fue mencionado en el Capítulo III de esta Guía, **la carga de la concesión puede ser variable y/o fija y la convocatoria podrá prever que la parcela o incluso la integralidad del valor correspondiente a la carga fija sea paga como condición precedente a la celebración del contrato de concesión.**

253. En tal hipótesis, se trata del pago inicial de mayor monta, ya que, ya sea por la brevedad con que debe ser hecho, o por no tratarse de inversión en infraestructura o equipamiento público, **tal valor no es pasible de financiamiento.**

254. Es importante observar que el pago de la carga de la concesión, cuando se exija, **debe ser hecho ya por la empresa concesionaria**, lo que es positivo para sus controladores y constituye una más de las razones por las que debe ser abierta una cuenta bancaria de la SPE inmediatamente tras su constitución.

255. **Lo mismo no se aplica a los emolumentos de la BOVESPA ni al resarcimiento de los valores de los estudios, investigaciones, proyectos y levantamientos hechos por el Poder Concedente o con su autorización, y que hayan sido aprovechados en la licitación.** Tales pagos no son, por lo general, tenidos por el Poder Concedente como debidos por la concesionaria, sino, por las empresas licitantes.

256. Pese a los pagos arriba mencionados, **el monto más significativo gastado en la atención a las condiciones precedentes para la celebración del contrato de concesión se refiere a los aportes necesarios para la integración del capital social inicial de la concesionaria.**

257. Aunque ese valor varíe de acuerdo con el ente que está promoviendo la licitación, el peso de las inversiones requeridas al inicio de la concesión y el grado de riesgo asumido, apenas para que se pueda tener una noción, aunque grosera, del monto a ser pagado, se tiene exigido **cerca del 1 al 5% del valor del contrato.**

258. Como ya se dijo en otra parte, aunque no exista norma obligatoria, **el valor del contrato es, normalmente, compuesto por la proyección de la receta a ser evaluada por el Concesionario, la cual, a su vez, debería contemplar la remuneración del valor previsto para las inversiones (capex), gastos (opex) y el retorno del negocio (TIR).**

IV.1.3 Otras condiciones precedentes normalmente exigidas

259. Además de las condiciones más arriba especificadas, las convocatorias podrán prever otras a ser atendidas antes de la celebración del contrato de concesión, lo que normalmente ocurre.

260. Una condición que suele ser exigida es que la SPE - obsérvese ya **la propia SPE, no más sus controladores - presente garantía de ejecución de contrato (*performance bond*)**, siendo todavía frecuente que las convocatorias especifiquen que sea emitida por institución financiera o aseguradora de primera línea o que presenten determinado valor de PL mínimo o, también, que ya comprueben haber garantizado un contrato similar.

261. A semejanza de lo que se aplica a la garantía de propuesta (*bid bond*), el valor máximo de la garantía es limitado al 1% del valor del contrato (cf. art. 31, III, de la Ley 8.666/93), y ella podrá ser presentada bajo la forma caución, dinero o títulos de la deuda pública, o, también, como es más habitual, **carta de fianza o seguro-garantía**.

262. Otra condición que también es frecuente en las convocatorias es que **la SPE contrate, antes de la celebración del contrato de concesión – nuevamente la SPE, y no más sus controladores –, los demás seguros previstos en las respectivas convocatorias**, como el seguro por riesgo de ingeniería, responsabilidad civil, etc.

263. En razón del plazo exiguo, es habitual que las empresas consulten, desde la fase de licitación, correctoras de seguros, no solo para auxiliar la contratación de la garantía de propuesta y la emisión de una carta con compromiso de suministro de la garantía del contrato, sino también para estimar los precios y prepararse para atender lo que se denomina de plan de seguros de la concesión.

IV.2. INGENIERÍA ADMINISTRATIVA/ FINANCIERA: CONTRATACIÓN DE FINANCIAMIENTOS Y OPERACIONES EN EL MERCADO DE CAPITALES

264. Se constata, por la agilidad y volumen de las condiciones precedentes que deben ser atendidas antes incluso que la SPE se torne una concesionaria - lo que ocurre efectivamente cuando celebra el respectivo contrato de concesión -, que **la gestión de una concesión demanda no solo ingeniería física, sino también mucha ingeniería administrativa y financiera.**

265. Tal característica de las Concesiones y APPs viene siendo destacada a lo largo de esta Guía y se trata, de hecho, de una actuación para la cual las empresas interesadas en emprender en ese mercado deben prepararse, por tratarse de una actuación más intensa y compleja de lo que se verifica en el ámbito de los departamentos administrativo y financiero de empresas que ejecutan contratos regidos por la Ley 8.666/93.

266. **La gestión de una Concesión y APP demanda cierta sofisticación en las áreas administrativa – ahí inserida la gestión contractual y de la empresa – y financiera, desde el inicio del contrato, a lo largo de toda su ejecución, y también a su término. Siendo así, la directiva y el equipo de la concesionaria deben ser adecuadamente estructurados para enfrentar ese desafío.**

267. Poco después de la atención de las condiciones precedentes y la celebración del contrato de concesión, el próximo paso importante a ser dado es la **contratación de los préstamos puentes, que son normalmente necesarios, hasta que los financiamientos a largo plazo sean aprobados.**

268. **Conforme fue mencionado en las Condiciones Introductorias de esta Guía, la capacidad de apalancamiento, es decir, de movilizar recursos mediante la obtención de financiamiento a largo plazo, es uno de los mayores puntos de atención para medianas empresas interesadas en emprender en concesiones y APPs.**

269. Como se ha dicho, **los financiamientos disponibles en el mercado brasileño raramente son estructurados bajo la modalidad de *project finance non recourse***, en que las garantías relacionadas al propio proyecto, como, por ejemplo, la cesión fiduciaria de sus cuentas por cobrar y/o la alienación fiduciaria de acciones en favor del financiador, son suficientes para que sea viable financiar lo que le parezca un buen proyecto, en términos de *financiabilidad* y exposición al riesgo.

270. Además de la evaluación relacionada a las condiciones del proyecto, **la entidad financiadora – en Brasil, básicamente el BNDES – analiza también la capacidad de los accionistas de las empresas tomadoras de los préstamos de honrar el préstamo que fue concedido a la SPE, en el caso de que esta no consiga honrarlo.**

271. Y así, como ya fue destacado, **cuanto menor sea el porte de la empresa y menos profesional sea su estructura de gobierno, más restrictivo será el análisis del eventual financiador para la concesión del financiamiento, lo que puede constituir una barrera para que medianas empresas puedan emprender en ese segmento de los proyectos estructurados.**

272. Cabe mencionar, de modo más pormenorizado, que, de acuerdo con las Políticas Operacionales actualmente practicadas por el BNDES, la liberación de financiamientos dependerá de las siguientes condiciones, además de otras que vengán a ser identificadas por ocasión de los análisis de riesgo específicos del proyecto:

- (i) el tomador del préstamo debe ser una sociedad por acciones con el propósito específico de implementar el proyecto financiado;
- (ii) los flujos de caja esperados del proyecto deben ser suficientes para saldar los financiamientos;
- (iii) el Índice de Cobertura del Servicio de la Deuda (ICSD) proyectado para cada año de la fase operacional del proyecto debe ser de, como mínimo, 1,3; y el ICSD podrá ser de, como mínimo, 1,2, desde que el proyecto presente una Tasa Interna de Retorno (TIR) mínima del 8% a.a. en términos reales;

- (iv) el capital propio de los accionistas debe ser de, como mínimo, el 20% de la inversión total del proyecto, excluyéndose, para efecto de ese cálculo, eventuales participaciones societarias de la BNDESPAR, siendo que, a criterio del BNDES, la generación de caja del proyecto podrá ser considerada como parte del capital propio de los accionistas;
- (v) los contratos de la operación deben vedar la concesión de mutuos del cliente a los accionistas y aún establecer condiciones y restricciones a los demás pagos efectuados por el cliente a sus accionistas, a cualquier título.

273. Ya el análisis de riesgo será basado en los siguientes factores:

- (i) el riesgo de los accionistas de la SPE, conforme la dependencia del proyecto y del financiamiento en relación a los mismos;
- (ii) el riesgo de implantación del proyecto y los respectivos mitigadores;
- (iii) el grado de apalancamiento de la SPE;
- (iv) la suficiencia, previsibilidad y estabilidad de los flujos de caja del proyecto;
- (v) el riesgo operacional del proyecto y sus respectivos mitigadores;
- (vi) el valor, liquidez y seguridad de las garantías ofrecidas por la SPE.

274. **La exigencia de garantías de los accionistas de la SPE (las denominadas *garantías corporativas o personales*) será mayor o menor conforme el proyecto se encuentre aún en su fase de implantación - también denominada *preoperacional* - y, por ello más expuesto a riesgo, o esté en su fase operacional, en la cual ya hay generación de recetas.**

275. **Una de las medidas que puede ser adoptada en el ámbito de la propia SPE para mitigar la exigencia de garantías de sus accionistas es la celebración de un contrato de EPC**, ya mencionado en el Capítulo III de esta Guía, por el cual el contratista y/o suministrador de equipamientos (el "*Epecista*") se obliga a concluir el proyecto dentro de un presupuesto

predeterminado, en fecha previamente especificada y conforme especificaciones técnicas destinadas a asegurar la operacionalización y el desempeño eficiente del proyecto, en régimen de contrata integrada a precios globales (*turn-key/lump-sum*).

276. **Otro instrumento que ha sido exigido para mitigar la exigencia de ciertas garantías personales es el ESA - Equity Support Agreement, o, Contrato de Soporte de Accionistas.** El ESA es un compromiso de aporte de capital asumido por los accionistas de la SPE, que tiene, como su beneficiaria directa, a la propia SPE, y, en el contexto de que tratamos, el financiador, como beneficiario indirecto de la capitalización.

277. Los aportes previstos en el ESA serán accionados en el caso de que lo garantizado, es decir, la SPE, descumpla la obligación de amortizar las parcelas del préstamo, o, incluso, para hacer frente a las necesidades contingentes de flujo de caja para viabilizar la conclusión de determinadas inversiones, en la medida en que el accionista se compromete a suscribir nuevas acciones en un futuro aumento de capital.

278. **Otra garantía pasible de ser exigida por el financiador, sobre todo en la fase preoperacional del proyecto, es que sea beneficiario de un seguro-garantía contra los riesgos relacionados a la implantación del proyecto.**

279. No obstante, **en el actual momento de restricción de crédito, no ha sido raro que, además de los instrumentos arriba mencionados, se exijan también las tales garantías personales, como la fianza y el aval de los accionistas de la SPE, e, incluso garantías reales, como son las que recaen sobre inmuebles que componen su patrimonio, además de las garantías de proyecto, como la cesión fiduciaria de sus cuentas por cobrar y de las acciones de la SPE.**

280. También es habitual que se exija el **aporte anticipado del capital propio de los accionistas de la SPE como condición previa para la liberación del financiamiento.**

281. Pese al escenario nada animador arriba descrito, y aunque el porte de los accionistas de la empresa sea determinante para que el financiador procure cercarse de más garantías para conceder préstamos, instrumen-

tos como el ESA, fianza y aval, **han sido exigidos también de grandes empresas, razón por la cual la capacidad de prestar tales garantías representa un gran desafío para cualquier empresa interesada en emprender en Concesiones y APPs.**

282. Vale la pena decir, incluso, que, mediante aval o fianza de los accionistas de la SPE, las medianas empresas, así entendidas las que obtienen una receta operacional bruta anual o anualizada de hasta R\$ 90 millones, podrán, incluso, valerse del **BNDES FGI, que es un fondo garantizador del banco que funciona como instrumento complementario de garantía**, limitado al valor máximo de R\$ 10 millones.

283. Menciónese, incluso, que el **porcentaje de financiamiento del capital de giro asociado a la inversión, será de hasta el 40%**, para pequeñas y medianas empresas; mientras, para grandes empresas, estará limitado al 15% (cf. ítem 6.1.12.1 de la Circular nº 34/2011).

284. Es de registro, finalmente, que, con el objetivo de ampliar el control, transparencia y adopción de padrones de gobierno corporativo por la Concesionaria, **algunas convocatorias establecen la obligación de apertura del capital de la SPE tras el transcurso de un plazo que no suele ser mucho mayor que 1 año.**

285. No se exige, sin embargo, que las SPEs pasen a negociar sus acciones en el mercado de valores, medida que, cuando es adoptada, normalmente opera en el plano de las *holdings* que las controlan. **La determinación para la apertura de capital puede ser atendida - y normalmente así lo es - por medio de la emisión de obligaciones, que constituye, por otra parte, más un mecanismo de captación de recursos para financiar las inversiones inherentes a las Concesiones y APPs.**

IV.3. IV.3. INGENIERÍA FÍSICA: EJECUCIÓN DEL OBJETO DE LA CONCESIÓN BAJO RÉGIMEN DE CONTRATA INTEGRAL (*TURN-KEY*) Y A PRECIO GLOBAL (*LUMP-SUM*)

286. Conforme fue mencionado en las Condiciones Introdutorias de esta Guía, las Concesiones y APPs se caracterizan por agregar en su escopo actividades de naturaleza diversa, donde resulta que **la Concesionaria acaba por actuar como gestora de los contratos que celebra para la ejecución del contrato de concesión, manteniéndose, sin embargo, como la única responsable por su buen desarrollo y por aportar los recursos necesarios.**

287. Por ello, se señaló arriba que la gestión de una concesión demanda no solo ingeniería física, sino también mucha ingeniería administrativa y financiera.

288. No obstante, las Concesiones y APPs siempre envuelven la tradicional ingeniería, no solo para la prestación de servicios que constituye su principal énfasis, sino también por incluir la elaboración de los proyectos (*design*), la ejecución de obras (*build*), así como de su operación (*operate*), para entrega futura al Poder Concedente de la infraestructura o equipamiento público en condiciones de operación (*transfer*)²⁶.

289. **Esa tipología de contrato, conocida en el idioma inglés por la sigla *DBFOT* constituye un amplio de contrata integral, *turn-key*, ejecutado bajo régimen de precio global, *lump-sum*.**

290. **Es bastante habitual que figure, también, de entre las atribuciones del Concesionario la adopción de una serie de providencias relacionadas a las desapropiaciones y desocupaciones necesarias para la ejecución del objeto de la Concesión, bien como la obtención de licencias ambientales.**

²⁶ Como ya fue mencionado, tales características se encuadran en la tipología de contratos internacionalmente conocida por la sigla DBFOT.

291. En cuanto a las desapropiaciones, suele ser atribuida al Concesionario, la tarea de levantar todos los datos necesarios para que el Poder Concedente emita los correspondientes Decretos de Utilidad Pública, tras lo que cabrá, incluso, al Concesionario ingresar con las acciones de desapropiación, obtener y concretizar las inmisiones de poses, o, alternativamente, negociar con los propietarios de los inmuebles a ser desapropiados.

292. El pago de las indemnizaciones derivadas de las desapropiaciones y desocupaciones también suele ser atribuido al Concesionario, aunque, a veces, no integralmente, pues algunos contratos de concesión establecen un valor límite de las indemnizaciones a ser pagas, que, cuando superado, conlleva al reequilibrio del Contrato de Concesión en favor de la empresa Concesionaria.

293. Especialmente en la hipótesis de que el pago de las indemnizaciones derivadas de **desapropiaciones y desocupaciones** sea integralmente atribuido a la Concesionaria, sin la limitación arriba mencionada, **las empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs deben hacer estudios cuidadosos para que puedan dimensionar adecuadamente el valor a ser gastado.**

294. Respecto al licenciamiento ambiental, suele ser atribuida a la concesionaria la responsabilidad por la obtención de las principales licencias, autorizaciones para supresión de vegetación y eventuales términos de dispensa de ambas, aunque algunos contratos prevean también cierto intercambio, atribuyendo la responsabilidad por obtener algunas de esas licencias al Poder Concedente y/o limitando sus costos a un valor límite y/o compartiendo los riesgos relacionados a las medidas mitigadoras de impactos a comunidades indígenas, *quilombolas*, y al eventual descubrimiento de zonas arqueológicas.

295. De cualquier modo, **la evaluación del pasivo ambiental que el Contrato atribuya a la Concesionaria y análisis de las condicionantes para la obtención de las principales licencias ambientales es también imprescindible para que las empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs puedan determinar adecuadamente los riesgos inherentes al licenciamiento ambiental.**

296. Menciónese, finalmente, que el Contrato de Concesión, así como el contrato de EPC, normalmente celebrado con las empresas contratadas por la Concesionaria para ejecutar directamente parte relevante del objeto de la Concesión, es ejecutado bajo el régimen de precio global, también denominado *lump-sum*.

297. De esto deriva la asunción de algunos riesgos de ingeniería, como el riesgo de proyecto, incluyendo la variación de cantidades y precio de insumos, evidentemente, dentro de cierto nivel de normalidad.

298. Tal hecho trae **repercusiones relacionadas a lo que se considera equilibrio económico-financiero del Contrato**, bastante vinculado a su matriz de riesgo, y que viene siendo realizado en base a metodologías de cálculo que no adoptan como parámetros las proyecciones de los licitantes, sino padrones de mercado vigentes a la época del desequilibrio, que son utilizados para la composición de un flujo de caja marginal, en base al cual el reequilibrio es realizado.

299. No cabe, en los límites de esta Guía, profundizar más temática tan compleja, lo que se pretendió, por ahora, fue llamar la atención para puntos relevantes a la adecuada comprensión del negocio vinculado a una Concesión o APP, para que las empresas interesadas puedan estar preparadas para evaluarlos adecuadamente.

IV.4. SUJECCIÓN A LA REGULACIÓN TÍPICA DE LAS CONCESIONES

300. Conforme ya señalado en esta Guía, una de las peculiaridades de las Concesiones y APPs se encuentra en el énfasis a la prestación de servicios, que es la única actividad que puede constituir, aisladamente, objeto de una APP.

301. Aunque ni siempre esos servicios objeto de una Concesión o APP sean servicios públicos, es bastante frecuente que lo sean.

302. La prestación de servicios públicos bajo régimen de concesión está expresamente referida en el artículo 175 de la Constitución Federal, que destaca el "*carácter especial de su contrato*" y menciona que la Ley dispondrá sobre su *fiscalización, derecho de los usuarios, política tarifaria y la obligación de mantener el servicio adecuado*.

303. Se trata, por lo tanto, de una **actividad que, por su relevancia política y tratamiento legal, está sujeta a intensa regulación, no solo en el plano ya referido de la Ley, sino también por medio de una serie de normas infralegales editadas por el Poder Concedente.**

304. Con la *desestatización* de la prestación de servicios públicos, ya sea por medio de la venta de empresas estatales que desarrollaban esa actividad, o por transferirse la prestación para la iniciativa privada, la actividad de regulación se intensificó aún más, lo que acabó resultando en la creación de agencias reguladoras, que son entidades de la administración pública especializadas y dotadas de autonomía administrativa para que regulen los contratos de concesión de modo menos politizado.

305. No obstante, sobre todo en el ámbito de los municipios, aún es habitual que la regulación sea hecha por órganos que integran la estructura de la administración central, más susceptible, por lo tanto, a la interferencia política, la cual, en mayor o menor medida, siempre existe en la regulación que se hace sobre contratos de concesión de servicios públicos.

306. De cualquier modo, **más o menos política, ejercida por reguladores más o menos autónomos, la concesionaria estará siempre sujeta a la regulación, que, incluye la fiscalización de su contrato, pero a tanto no se restringe.**

307. Incluso en relación a la fiscalización, el enfoque incidente sobre una Concesión es diferente del que es practicado en la fiscalización de contratos exclusivamente regidos por la Ley 8.666/93, he aquí que **su objeto principal serán los resultados, y no los medios empleados para alcanzarlos.**

308. Para ese fin, **los Contratos de Concesión establecen indicadores y parámetros de calidad o desempeño a ser alcanzados, así como gatillos de inversiones**, que son disparados en función de la efectiva demanda de la infraestructura, al contrario de la implementación de la fecha fijada en cronogramas rígidos.

309. Una vez alcanzado el parámetro o disparado el gatillo, la concesionaria deberá movilizar todos los medios, recursos materiales y humanos, para implementar la acción prevista, sin que pueda, salvo en casos excepcionales, requerir compensación por eventual superación de las estimativas de precio elaboradas con ocasión de la presentación de la propuesta en el proceso licitatorio.

310. Otra figura con presencia cada vez más frecuente en los Contratos de Concesión son los denominados **descuentos de reequilibrio**, que son aplicados en el caso de inejecución de alguna inversión, aunque sin culpa de la Concesionaria, la cual, si configurada, conllevará también la aplicación de multas.

311. Aunque el modo de regulación varíe de acuerdo con el sector regulado, y las disposiciones legales y contractuales aplicables, también es habitual que, a lo largo de la duración del Contrato de Concesión, el órgano o entidad reguladora expida una serie de normas y nuevas directrices acerca del objeto del Contrato, las denominadas *disposiciones reglamentares del servicio*.

312. **Esa normalización incidente sobre el Contrato de Concesión está justificada por la necesidad de constantes actualizaciones y ajustes de una prestación dirigida a un gran grupo de personas a largo plazo, y se fundamenta en los principios de la prestación adecuada, actualidad y mutabilidad del servicio público.**

313. Ciertamente, eventuales alteraciones significativas de precio causadas por esa normalización deben ser objeto de reequilibrio económico-financiero del Contrato de Concesión, pero lo que se desea destacar aquí es que **la Concesionaria estará sujeta a esas constantes mudanzas inherentes al carácter especial de su Contrato.**

314. Otro punto digno de mención es que la relevancia social de los servicios públicos impone, incluso, un **deber de continuidad** de prestación a la Concesionaria.

315. A diferencia de lo que pasa en el ámbito de los contratos exclusivamente regidos por la Ley 8.666/93, cuyo art. 78, XV, permite al contratado que suspenda el cumplimiento de sus obligaciones en el caso de que la Administración atrase los pagos por más de 90 días, la **Concesionaria solo podrá paralizar la prestación de los servicios si autorizada por decisión judicial transitada en juzgado**, conforme determina el párrafo único del art. 39 de la Ley 8.987/95, dispositivo que se aplica también a las APP (cf. art. 3º, caput, y §1º, de la Ley 11.079/04).

316. Se trata, por lo tanto, de un ambiente regulatorio mucho más dinámico del que se aplica a los contratos exclusivamente regidos por la Ley 8.666/93 y que requiere la adecuada preparación de las empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs, que lidiarán bastante con toda esa regulación.

IV.5. CONVIVENCIA CON LOS DIVERSOS STAKEHOLDERS: ESTABLECIMIENTO DE UNA SERIE DE RELACIONES JURÍDICAS CON TERCEROS DERIVADOS DE LA CONCESIÓN

317. Las Concesiones son un **modo de delegación** de una actividad originalmente pública, por ello sí se habla de desestatización aunque no haya alienación de activos.

318. Por medio de una Concesión, **se delega no solo una incumbencia pública, sino también algunas prerrogativas que son necesarias para que el Concesionario pueda desenvolver la actividad objeto de la Concesión y obtener remuneración**, como, por ejemplo, el derecho de usar bienes públicos, de cobrar tarifas de los usuarios, si fuera el caso, y con ellos relacionarse directamente para la prestación del servicio.

319. De este modo, **al celebrar un Contrato de Concesión, la SPE asume una posición jurídica que implica una serie de relaciones jurídicas, más allá de la relación contractual con el Concedente.**

320. **Además del ya mencionado relacionamiento intenso y a largo plazo con el Poder Concedente²⁷ y financiadores**, el Concesionario establecerá relaciones jurídicas directas con los usuarios de los servicios públicos, de quienes, por un lado, deberá demandar el cumplimiento de determinadas obligaciones, pero de quienes, por otro lado, será él mismo, Concesionario, demandado por cualquier inadecuación del servicio prestado, aunque injustamente.

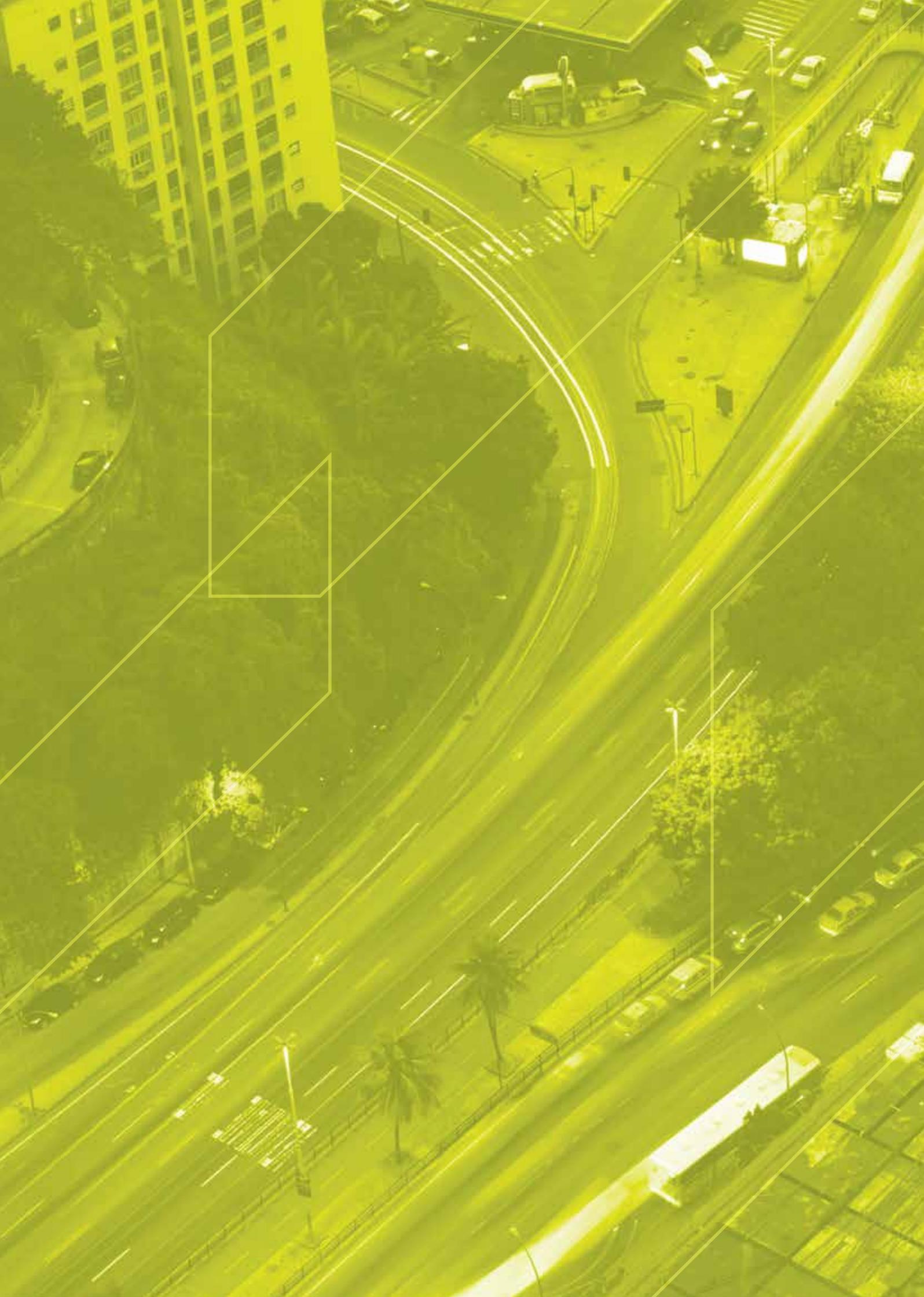
321. **Además del relacionamiento con los usuarios, hay siempre una serie de otros envueltos, tales como, agentes públicos que puedan de algún modo interferir en la prestación del servicio público – como, por ejemplo, la Policía, otras entidades públicas con competencias complementarias, etc. –, las entidades competentes para expedir el licenciamiento ambiental en sus diversas esferas, los órganos de**

²⁷ Están incluidos bajo ese nombre no solo los representantes directos de la persona política, como la Presidencia de la República, Gobierno de los Estados, Municipalidades, sus ministerios y secretariados; sino también los agentes que realizan la regulación más cotidiana de los contratos, como las Agencias Reguladoras y Departamentos de Fiscalización.

control, como los tribunales de cuentas, controlarías y ministerio público, entre otros.

322. Se dice, por ello, que mientras los contratos regidos exclusivamente por la Ley 8.666/93 generan relaciones jurídicas bilaterales, las Concesiones implican **relaciones jurídicas poligonales**, para lo que las empresas interesadas en emprender en ese segmento se deben preparar.

323. No es por nada que las empresas concesionarias cuentan siempre con departamentos institucionales, por medio de los que **se relaciona con los diversos stakeholders envueltos en ese modo especial de contratación.**





SUMARIO
EJECUTIVO

V. SUMARIO EJECUTIVO

324. Se espera que las informaciones y comentarios presentados en esta Guía puedan contribuir para la preparación de empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs.

325. A lo largo de sus Capítulos, buscamos exponer de modo objetivo y práctico las principales prácticas y puntos de atención relacionados a este segmento de actuación público-privada, sin dejar de lado, sin embargo, las deudas explicaciones y algún detalle que consideramos relevante.

326. Aunque recomendamos la lectura de estos capítulos en su integralidad, presentamos a continuación un Sumario Ejecutivo con la referencia al Capítulo e ítem en que se podrán encontrar las explicaciones y detalle de las ideas resumidas en los tópicos abajo.

CONSIDERACIONES GENERALES EN CUANTO A LOS RIESGOS ASUMIDOS EN CONCESIONES Y APPS (I.1.)

327. Además de la responsabilidad de movilizar recursos para la ejecución del contrato, que existirá en mayor o menor proporción conforme se trate, gradualmente, de una concesión común, concesión patrocinada o concesión administrativa, emprender en cualquier modalidad de concesión implica la asunción de ciertos riesgos en grado mayor del que se verifica en los contratos de obras públicas, regidos por la Ley 8.666/93.

328. Sin embargo, si, por un lado, es cierto que, en el ámbito de las Concesiones y APPs, se asumen algunos riesgos en mayor grado de lo que ocurre en los contratos de obras públicas; por otro lado, también

es cierto que hay riesgos que son eliminados, mitigados o compartidos en las Concesiones y APPs.

329. Más que eso, para las empresas que son entrantes en este segmento, emprender en concesiones y APPs significa asumir riesgos hasta entonces desconocidos, razón por la cual iniciativas como esta de la CBIC de promover debates y divulgar informaciones son fundamentales para que ese segmento de actuación público-privada pueda funcionar como vector para la abertura de un nuevo horizonte para el sector de la construcción y, así, contribuir con el desarrollo de nuestro País.

BARRERAS PARA QUE MEDIANAS EMPRESAS PUEDAN EMPRENDER EN CONCESIONES Y APPS (I.2)

330. El peso de las inversiones inherentes a este tipo de negocio puede constituir una barrera para las medianas empresas interesadas en participar, aisladamente, de ese mercado. Se trata, sin embargo, de una barrera que puede ser superada en el caso de que tales empresas se dispongan a integrar un *consorcio*.

331. Aunque el largo plazo de esos contratos no constituya, por sí solo, una barrera para medianas empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs, es un indicativo de que los primeros años de la concesión son, en general, deficitarios, hecho a ser considerado por las empresas que desean ingresar en este segmento, incluso porque también lo será por sus potenciales financiadores, que, durante ese período, exigirán más garantías de los controladores de la concesionaria.

332. La diversidad de las actividades que componen el escopo de una Concesión o APP también no constituye, en sí, una barrera para que medianas empresas puedan emprender en este segmento. En realidad, esta diversidad de escopo es raramente atendida por una sola empresa, sea del porte que fuere, de modo que tanto la licitación, que siempre permite la participación de empresas en *consorcio*, como la ejecución del contrato, son adaptadas a esta realidad.

333. Según el criterio adoptado por el MTPS en la RAIS²⁸ para clasificación del porte de las empresas, las concesionarias son, en la amplia mayoría de los casos, medianas empresas, de modo que el porte de la concesionaria, bajo ese aspecto del número de sus empleados, no constituye un desafío para que medianas empresas puedan emprender en este segmento, he aquí que se sitúan en el mismo nivel que la SPE a ser constituida.

334. Se exige de la concesionaria más capacidad financiera que técnica, lo que repercute en todo el proceso de contratación y suele ser el mayor cuello de botella para la participación de medianas empresas en este segmento. La participación de empresas en consorcio podrá resolver eventuales problemas relacionados a la atención de los requisitos financieros necesarios a la participación en el proceso licitatorio, así como propiciar el rateo de los gastos con la preparación de propuestas y, sobre todo, los relacionados a las inversiones de la futura Concesión.

335. En realidad, la mayor dificultad para las medianas empresas interesadas en emprender en concesiones y APPs se refiere a los financiamientos, ya que su obtención depende de la presentación de garantías de pago de los financiamientos tomados.

336. Eso porque la obtención de financiamientos en Brasil raramente adopta la estructura de financiamiento de proyecto, en que su aprobación depende exclusivamente de los recursos generados por el proyecto de concesión o APP.

337. En Brasil, la aprobación de los financiamientos está extremadamente concentrada en pocas instituciones financieras, sobre todo en el Banco Nacional del Desarrollo – BNDES, que evalúa no solo las condiciones del propio proyecto, sino también la capacidad de las empresas que pretenden tomar los financiamientos de pagarlos.

338. Siendo así, cuanto menor sea el porte de la empresa y menos profesional fuera su estructura de gobierno, más restrictivo será el análisis del eventual financiador para la concesión del financiamiento, lo que puede constituir una barrera para que medianas empresas puedan emprender en este segmento de los proyectos estructurados, ya que pueden no disponer o estar dispuestas a hacer todas las inversiones con capitales propios.

28 Según el RAIS del MTPS, se consideran medianas empresas las que emplean de 100 a 499 personas. Hay, sin embargo, otros criterios para la clasificación del porte de las empresas, como la receta bruta o la facturación anual o el activo total registrado en el año-referencia, que serán mencionados a continuación.

MECANISMOS POR MEDIO DE LOS CUALES LAS EMPRESAS PUEDEN INFLUENCIAR EL MODELAJE DEL NEGOCIO (II)

339. La finalidad de las PMIs consta del art. 21 de la Ley 8.987/95: autorizar empresas a realizar *estudios, investigaciones, levantamientos y proyectos* para subsidiar la licitación de una Concesión o APP.

340. Aunque sean también procedimientos públicos competitivos, las PMIs son menos formales que las licitaciones, de modo que la conducción del procedimiento y los requisitos de habilitación para la participación de los interesados son menos rígidos en las PMIs.

341. La participación de las empresas interesadas en emprender en Concesiones y APPs en PMIs no constituye, en sí, actividad lucrativa, lo que nos remite al próximo tópico en que se trata de las ventajas y desventajas en participar de ese procedimiento.

342. Las ventajas de la participación de la empresa interesada en emprender en un determinado proyecto de Concesión o APP en la correspondiente PMI son las siguientes: (1) su participación puede ser necesaria para viabilizar el negocio, ya que, sin ella, el proyecto no será llevado adelante; (2) al participar de una PMI, la empresa participa de modo directo y en cierto grado de su modelaje; y (3) la participación en una PMI implica la realización de estudios relativamente profundizados sobre el objeto de la licitación, lo que debe ser hecho por cualquier empresa que desee emprender de modo consciente en Concesiones y APPs.

343. A primeira desvantagem a ser apontada é o (1) risco de que os custos com a PMI não sejam ressarcidos, integral ou mesmo parcialmente, pois os estudos, levantamentos e projetos realizados em seu âmbito podem não ser aproveitados, total ou parcialmente, e a licitação, que é o principal objetivo das empresas interessadas em empreender em Concessões e PPPs, pode não vir a ser realizada; (2) alguns editais de chamamento público para PMIs vedam a participação de empresas interessadas na futura licitação;

(3) os estudos, levantamentos e projetos realizados no âmbito de uma PMI serão disponibilizados aos licitantes concorrentes e a qualquer outro interessado em conhecê-los, de modo que a empresa interessada em empreender na correspondente Concessão ou PPP pode preferir fazê-los em seu âmbito privado, sendo a única a conhecer seus resultados.

344. Como se tem do conteúdo mínimo obrigatório das Consultas Públicas realizadas no âmbito de uma PPP, o projeto que constitui seu objeto já se encontra bastante maduro, de modo que a margem de influência sobre eles é bastante reduzida. Já no caso de uma Concessão Comum, como não há conteúdo mínimo obrigatório, apresenta-se, por vezes, apenas os aspectos gerais da licitação e do futuro contrato, o que, apesar de não atender aos objetivos participativos que deveriam caracterizar o procedimento de Consulta Pública, acaba por abrir espaço maior para que contribuições bem fundamentadas sejam acatadas.

PECULIARIDADES DE LAS LICITACIONES QUE PRECEDEN CONCESIONES Y APPS (III.1)

345. Adopción de criterios de juicio de la licitación distintos de los previstos en la Ley 8.666, como el de *menor tarifa* a ser paga por el usuario, en los casos de las Concesiones Comunes y Patrocinadas, o la *menor contraprestación* a ser paga por el Poder Concedente, en el caso de las Concesiones Patrocinadas y Administrativas, e, incluso, en el caso de concesiones onerosas, *mayor oferta o mayor carga*.

346. Las licitaciones que preceden Concesiones y APPs suelen tener carácter internacional, y, por lo tanto, más abiertas a la participación de empresas extranjeras.

347. En cuanto a la capacidad técnica, la comprobación de atención a los requisitos establecidos en la convocatoria es hecha por medio de atestados técnicos, de modo similar a las licitaciones regidas por la Ley 8.666/93,

pero los requisitos de participación en sí son adaptados al hecho de que i) no serán los propios licitantes los que ejecutarán el objeto del contrato, sino una empresa a ser constituida por ellos en el caso de que venzan la licitación y ii) como ya fue afirmado, las concesionarias disponen de amplio margen de subcontratación.

348. La capacidad financiera de los licitantes suele ser medida por medio de la exigencia de que los licitantes presenten un dato valor mínimo de Patrimonio Líquido o Capital Social, limitado al 10% del valor del contrato, acumulativamente, a ciertos índices financieros, como los índices de Liquidez General y/o Corriente y de Endeudamiento.

349. Además de la atención a esos niveles mínimos e índices, los siguientes documentos podrán ser también exigidos: (a) declaración de capacidad financiera en que las licitantes asumen un compromiso de integración de determinado valor como capital social mínimo de la SPE, en el caso de que venzan la licitación; (b) declaración de institución financiera de que concederá el préstamo puente a las empresas licitantes en el caso de que venzan la licitación, o, documentos que demuestren que las licitantes ya obtuvieron financiamientos a nivel similar a los que serán necesarios para hacer frente al objeto de la licitación; (c) garantía de propuesta (*bid bond*); y (d) carta de institución financiera o de empresa aseguradora comprometiéndose a emitir la garantía del contrato (*performance bond*), en el caso de que la licitante venza el certamen.

350. Para atender a todos esos requisitos financieros de participación, los licitantes deben tener buen canal de comunicación y relacionamiento con el mercado asegurador y financiero, razón por la cual es habitual que contraten consultores en esas áreas. En el caso de que se trate de un consorcio, ese canal puede ser suplido por apenas una de las empresas que lo integran, además de que todas, en conjunto, podrán ratear los costos, en general no módicos, en que deberán incurrir para adopción de todas esas providencias.

PARTICIPACIÓN DE EMPRESAS EN CONSORCIO (III.2)

351. La adecuada preparación, fijación de precios y demás actos necesarios para la elaboración de la propuesta necesaria para que las empresas interesadas en emprender en ese segmento puedan participar de las respectivas licitaciones cuesta caro y puede resultar en nada. Es posible, incluso, y bastante frecuente, que la empresa esté interesada en participar de más de una licitación, lo que acaba por multiplicar ese costo.

352. La formación de un consorcio es una suma de esfuerzos que produce efecto desde la fase de prospección de negocios y participación en las licitaciones hasta el momento culminante de la ejecución de los contratos que resultan de las licitaciones victoriosas, con la división tanto de los gastos como de sus lucros.

353. Además de aunar esfuerzos para la preparación de las propuestas a ser presentadas en la licitación, empresas que tal vez no consiguiesen atender, aisladamente, los requisitos exigidos en una determinada contratación pública tienen esa perspectiva de participar en grupo con empresas complementarias.

354. Participando en consorcio, las empresas pueden sumar su capacitación técnica, así como atender los requisitos de capacidad financiera en la medida del porcentaje de su participación en el grupo.

355. Las convocatorias no exigen que el grupo de empresas esté formalmente registrado como consorcio, de modo que no tendrán que seguir lo previsto en el art. 279 de la Ley 6.404/72, ni, tampoco, hay necesidad de que las empresas presenten *Compromiso Público de Constitución de Consorcio*, como se exige en algunas licitaciones regidas por la Ley 8.666/93.

356. En base a lo que permite el art. 20 de la Ley 8.987/95, bastará que las empresas presenten un *Compromiso Particular de Constitución de la futura SPE*. Como este Compromiso de Constitución de la SPE entre las empresas en consorcio será examinado no solo por la entidad que está promoviendo la licitación, sino también por los demás licitantes competidores, se suelen presentar solamente las informaciones expresamente exigidas en la Con-

vocatoria y en la Ley. Por ello, además de este Compromiso es común que las empresas celebren entre sí un *Memorando de Entendimiento (MoU)*, que es un documento interno donde detallarán su modo de actuación antes, durante y después de la licitación, en el caso de que se consagren vencedoras. Incluso, dependiendo de la relación entre las empresas del grupo, las en consorcio, anticipando discusión asociada a la futura solicitud de los financiadores, podrán incluso pactar las principales condiciones del futuro *Contrato de EPC - Engineering, Procurement, and Construction*.

357. Un punto importante a ser destacado en la formación de consorcios es que habrá, entre las empresas que lo integran, *responsabilidad solidaria*. La solidaridad significa que cada una de las empresas del grupo será responsable por los actos que todas las otras practiquen durante la licitación. Es decir, si alguna de las empresas del grupo causa daño a la entidad promotora de la licitación o a algún licitante, las demás empresas, o, incluso, cualquier una de ellas individualmente, a la elección de quien sufrió el daño, son obligadas a repararlo, aunque no hayan participado del evento causador del mismo.

358. No obstante, la *responsabilidad solidaria* cesará con la constitución de la SPE, que, por ser una empresa autónoma diferente de las empresas que la crearon, pasará a asumir las responsabilidades del contrato de concesión.

359. La definición del porcentaje de participación de las empresas que componen el consorcio resulta básicamente de necesidades relacionadas a la atención de los requisitos de participación en la licitación. También es habitual que las convocatorias exijan que el porcentaje de participación de las empresas en consorcio sea mantenido en la futura concesionaria, lo que deberá ser observado.

360. Las exigencias de capacidad técnica pueden ser atendidas por el consorcio en su conjunto, sumándose diferentes *expertises* de las participantes, independientemente de su porcentaje de participación en el consorcio.

361. A diferencia de lo que ocurre en relación a la capacidad técnica, la suma de las cualificaciones económico-financieras de las empresas, para fines de cálculo de Patrimonio Líquido Mínimo y de Índices Financieros, será proporcional a la participación de las empresas en el consorcio.

362. Cabe destacar, incluso, que la Ley de Licitaciones permite que los valores del Capital Social o Patrimonio Líquido Mínimo exigido de licitantes individuales sea incrementado en hasta un 30%, en el caso de consorcio, y que hay dos metodologías de cálculo del PL Mínimo del consorcio, siendo una de ellas desfavorable a los consorcios.

363. Se admite que sean sumados los cuantitativos/valores que componen el cálculo de los Índices Financieros, en la proporción de la respectiva participación de cada asociado en el consorcio.

364. Normalmente se acepta que la garantía de propuesta (bid bond) sea presentada por apenas una de las empresas, en beneficio de todo el consorcio, lo que vale también para un eventual compromiso de que, en el caso de que venzan la licitación, las empresas presentarán garantía del contrato (*performance bond*).

CONDICIONES PRECEDENTES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN (IV.1)

365. Entre la declaración de un determinado licitante como vencedor del certamen y la firma del contrato, se suelen tener cerca de 75 días, 1 mes y medio, para que sean cumplidas las condiciones abajo descritas.

366. Una de las primeras condiciones precedentes a la celebración del contrato de concesión a ser atendidas es la constitución de una Sociedad de Propósito Específico – SPE. La SPE no es más que una empresa creada para un único propósito: en este caso, implantar y gestionar el objeto del contrato de concesión. Aunque pueda asumir cualquier forma admitida en Derecho, es habitual que las convocatorias exijan la constitución de una Sociedad por Acciones – SA.

367. Para más allá de las determinaciones legales y de las convocatorias en ese sentido, la constitución de una SPE es también una exigencia de los financiadores, he aquí que la existencia de una empresa autónoma en relación a sus controladores, con CNPJ, contabilidad y patrimonio propios y segregados de las empresas que la crearan, evita la confusión de pasivos

y otros riesgos y relacionados a las demás actividades desarrolladas por sus accionistas, además de facilitar su control contable y patrimonial.

368. Antes de la celebración del Contrato de Concesión, deberán ser realizados los siguientes pagos: (a) emolumentos de la BOVESPA, en el caso de que la subasta haya sido promovida por ella; (b) eventual resarcimiento de los estudios hechos en el ámbito de una PMI; (c) parcela o incluso la integralidad del valor correspondiente a la carga de la concesión, cuando se exija; y (d) aportes para la integralidad del capital social inicial de la concesionaria.

369. Los pagos de los valores mencionados arriba en las letras (a) y (b) deben ser hechos por las empresas que vencieron la licitación, mientras que los referidos en las letras (c) y (d) ya deben ser hechos por la SPE, razón por la cual debe ser abierta una cuenta bancaria de la SPE inmediatamente tras su constitución.

370. Además de la constitución de la SPE y de los pagos y aportes iniciales arriba mencionados, se suele exigir también, como condición precedente a la celebración del Contrato de Concesión, que la SPE presente garantía de ejecución de contrato (performance bond) y contrate los demás seguros previstos en las respectivas convocatorias, entre otras exigencias previstas.

GESTIÓN ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE LA CONCESIONARIA/ CONTRATACIÓN DE FINANCIAMIENTOS Y OPERACIÓN (IV. 2)

371. La gestión de una Concesión y APP demanda cierta sofisticación en las áreas administrativa – ahí inserida la gestión contractual y de la empresa – y financiera, desde el inicio del contrato, a lo largo de toda su ejecución, y también a su término. Siendo así, la directiva y equipo de la concesionaria deben ser adecuadamente estructurados para enfrentar ese desafío.

372. Tras la celebración del Contrato de Concesión, el primer desafío a ser enfrentado es la contratación de los préstamos puentes, que son normalmente necesarios, hasta que los financiamientos a largo plazo sean aprobados.

373. La capacidad de apalancamiento, es decir, de movilizar recursos mediante la obtención de financiamiento a largo plazo, es uno de los mayores puntos de atención para las medianas empresas interesadas en emprender en concesiones y APPs. Eso porque, los financiamientos disponibles en el mercado brasileño raramente son estructurados bajo la modalidad de *project finance non recourse*, de modo que la entidad financiadora – en Brasil, básicamente el BNDES – analiza también la capacidad de los accionistas de las empresas tomadoras de los préstamos de honrar el préstamo que fue concedido a la SPE, en el caso de que esta no consiga honrarlo.

374. La exigencia de garantías de los accionistas de la SPE (las denominadas *garantías corporativas o personales*) será mayor o menor conforme el proyecto se encuentre todavía en su fase de implantación - también denominada *preoperacional* – y, por eso más expuesto al riesgo, o esté en su fase operacional, en la cual ya hay generación de recetas.

375. Una de las medidas que puede ser adoptada en el ámbito de la propia SPE para mitigar la exigencia de garantías de sus accionistas es la celebración de un contrato de EPC. Otro instrumento que ha sido exigido para mitigar la exigencia de ciertas garantías personales es el *ESA - Equity Support Agreement*, o, *Contrato de Soporte de Accionistas*. Otra posibilidad es la contratación de un seguro-garantía contra los riesgos relacionados a la implantación del proyecto, teniendo al financiador como beneficiario.

376. En el actual momento de restricción de crédito, no ha sido raro que, además de los instrumentos arriba mencionados, se exijan también las tales *garantías personales*, como la *fianza* y el *aval* de los accionistas de la SPE, e, incluso garantías reales, como son las que recaen sobre inmuebles que componen su patrimonio, además de las garantías del proyecto, como la cesión fiduciaria de sus cuentas a cobrar y de las acciones de la SPE. También ha sido habitual que se exija el aporte anticipado del capital propio de los accionistas de la SPE como condición previa para la liberación del financiamiento.

377. No obstante, tales exigencias se han aplicado también a grandes empresas, razón por la cual la capacidad de prestar tales garantías representa un gran desafío para cualquier empresa interesada en emprender en Concesiones y APPs.

378. Las medianas empresas podrán valerse del BNDES FGI, que es un fondo garantizador del banco que funciona como instrumento complementario de garantía y el porcentaje de financiamiento del capital de giro asociado a la inversión, de hasta un 40%, es mayor que lo admitido para grandes empresas, que es de hasta un 15%.

379. Con el objetivo de ampliar el control, transparencia y adopción de padrones de gobierno corporativo por la Concesionaria, algunas convocatorias establecen la obligación de abertura de capital de la SPE tras el transcurso de un plazo que no suele ser mucho mayor que 1 año. Tal determinación puede ser atendida - y normalmente así lo es - por medio de la emisión de *obligaciones*, que constituye, además, un mecanismo más de captación de recursos para financiar las inversiones inherentes a las Concesiones y APPs.

INGENIERÍA OBJETO DE LAS CONCESSIONES (IV.3)

380. El Contrato de Concesión corresponde a una tipología contractual conocida por la sigla DBFOT: amplio contrato de contrata integral, *turn-key*, que incluye no solo la elaboración de los proyectos, construcción, implantación de equipamientos, sino también su operación y posterior transferencia al Poder Concedente al final de la Concesión, ejecutado bajo régimen de precio global, *lump-sum*.

381. La Concesionaria acaba por actuar como gestora de los contratos que celebra para la ejecución del contrato de concesión, manteniéndose, sin embargo, como única responsable por su buen desarrollo y por aportar los recursos necesarios.

382. Es bastante habitual que figure, también, entre las atribuciones del Concesionario la adopción de una serie de providencias relacionadas a las desapropiaciones y desocupaciones necesarias para la ejecución del objeto de la Concesión, bien como la obtención de licencias ambientales, razón por la cual es importante que hagan estudios profundizados acerca de los costos necesarios.

OTRAS CARACTERÍSTICAS RELEVANTES DEL RÉGIMEN DE CONCESIÓN (IV. 4 Y IV.5)

383. Por su relevancia política y tratamiento legal aplicable, la actividad desarrollada por las Concesionarias está sujeta a intensa regulación, no solo en el plano legal, sino también por medio de una serie de normas infralegales editadas por el Poder Concedente.

384. Esta normalización incidente sobre el Contrato de Concesión está justificada por la necesidad de constantes actualizaciones y ajustes de una prestación dirigida a un gran grupo de personas a largo plazo, y se fundamentan en los principios de la prestación adecuada, actualidad y mutabilidad del servicio público.

385. La fiscalización ejercida en los Contratos de Concesión tiene naturaleza distinta de la que se practica en contratos de obras: su objeto principal son los resultados, y no los medios empleados para alcanzarlos. Para ese fin, los Contratos de Concesión establecen indicadores y parámetros de calidad o desempeño a ser alcanzados, así como gatillos de inversiones y descuentos de reequilibrio, aplicables en el caso de inejecución de inversiones, aunque sin culpa de la Concesionaria.

386. Otro punto digno de mención es que la relevancia social de los servicios públicos impone, incluso, un deber de continuidad de prestación a la Concesionaria. A diferencia de lo que pasa en el ámbito de los contratos exclusivamente regidos por la Ley 8.666/93, cuyo art. 78, XV, permite al contratado que suspenda el cumplimiento de sus obligaciones en el caso de que la Administración atrase los pagos debidos por más de 90 días, la Concesionaria solo podrá paralizar la prestación de los servicios si fuera autorizada por decisión judicial transitada en juzgado, conforme determina el párrafo único del art. 39 de la Ley 8.987/95, dispositivo que se aplica también a las APP (cf. art. 3º, caput, y §1º, de la Ley 11.079/04).

387. Al celebrar un Contrato de Concesión, la SPE asume una posición jurídica que implica una serie de relaciones jurídicas, para además de la relación contractual con el Concedente, con los siguientes *stakeholders*: usuarios, financiadores, agentes públicos que puedan de algún modo interferir en la prestación del servicio público, entidades competentes para expedir el licenciamiento ambiental en sus diversas esferas, los órganos de control, como los tribunales de cuentas, controlarías y ministerio público, entre otros. Por eso sí se dice que mientras los contratos regidos exclusivamente por la Ley 8.666/93 generan relaciones jurídicas bilaterales, las Concesiones implican relaciones jurídicas poligonales.





CONOZCA OTRAS
PUBLICACIONES CBIC

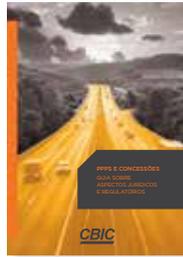
CONOZCA OTRAS PUBLICACIONES CBIC

Visite el sitio web de la CBIC (www.cbic.org.br/publicacoes) y descargue los libros de forma gratuita.
Disponible en Inglés, español y portugués.

TEMA DE INFRAESTRUCTURA (OBRAS PÚBLICAS Y CONCESIONES)



APPs y Concesiones -
Propuestas para Ampliar la
Participación de Empresas
(2ª Edición)
Año: 2016



APPs y Concesiones - Guía
sobre Aspectos Jurídicos y
Regulatorios
Año: 2016



APPs y Concesiones - Propuestas
para Ampliar la Aplicación en
Estados y Municipios
Año: 2016



APPs y Concesiones - Guía
para la Organización de
Empresas en Consorcios
Año: 2016



PAC - Radiografía de los
Resultados 2007 a 2015
Año: 2016



PAC - Evaluación del Potencial
de Impacto Económico
Año: 2016



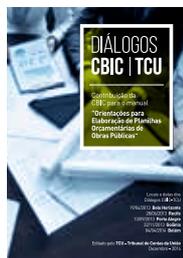
Ciclo de Eventos Regionales
Concesiones y APPs -
Volúmenes I y II
Año: 2015/2016



Un Debate Sobre
Financiamiento a Largo
Plazo para Infraestructura
Año: 2016



Inversión en Infraestructura
y Recuperación de la
Economía
Año: 2015



Diálogos CBIC/TCU Contribución
de la CBIC para el Manual
"Orientaciones para Elaboración
de Planillas Presupuestarias de
Obras Públicas"
Año: 2014



Report International Meeting
Infrastructure and PPPs
Año: 2015



Propuesta para la Reforma
de la Ley de Licitaciones
Año: 2015

TEMA RESPONSABILIDAD SOCIAL Y EMPRESARIAL



Guía de Ética y Compliance para Instituciones y Empresas del Sector de la Construcción
Año: 2016



Código de Conducta Condicionarial
Año: 2016



Plataforma Liderazgo Sostenible Sectorial
Año: 2016
cbic.org.br/liderancasustentavel

TEMA DE MEDIO AMBIENTE Y SOSTENIBILIDAD



Manual de Implantación del Consejo de Desarrollo de la Ciudad
Año: 2014



Guía de Compras Responsable en la Construcción
Año: 2015



Mapeo de Incentivos Económicos para construcción Sostenible
Año: 2015



Guía de Orientación para el Licenciamiento ambiental
Año: 2015
cbic.org.br/sala-de-imprensa/apresentacoes-estudos/publicacoes-cmabcic

TEMA RELACIONES LABORALES



Guía Contrato Certo – Guía para la Contratación de Contratistas y Subcontratistas en la Construcción Civil
Año: 2014



Guía Orientativa de Áreas de Vivencia
Año: 2015



Guía Orientativa de Seguridad
Año: 2015



Guía Orientativa de Incentivo a la Formalidad
Año: 2016
<http://www.cbic.org.br/publicacoes/cprt>

TEMA TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN



Recopilación Implementación del BIM – Volúmenes I a IV
Año: 2016



Guía Orientativa para Atención a la Norma ABNT NBR 15.575/2013
Año: 2013



Buenas Prácticas Para entrega de Emprendimiento Desde su Concepción
Año: 2016



Catálogo de Innovación en la Construcción Civil –
Año: 2016



Catálogo de Normas Técnicas Edificaciones
Año: 2016



Análisis de los Criterios de Atención a la Norma de Desempeño ABNT NBR 15.575
Año: 2016



Guía Nacional Para Elaboración del Manual de Uso, Operación y Mantenimiento de las Edificaciones
Año: 2014

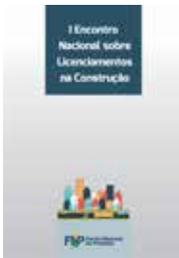
TEMA MERCADO INMOBILIARIO



Perennidad de los Programas de Viviendas – PMCMV: Su Importancia e Impactos de una Eventual Discontinuidad
Año: 2016



Mejoras en el Sistema de Crédito Inmobiliario – El Sistema Brasileño de Ahorro y Préstamo y el Crédito a la Vivienda
Año: 2015

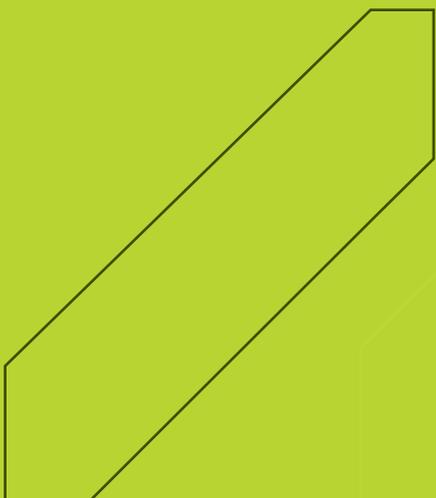


I Encuentro Nacional Sobre Licenciamientos en la Construcción
Año: 2014



Costo de la Burocracia en el Inmueble
Año: 2014







Co-realización

Realización



Iniciativa da CNI - Confederação
Nacional da Indústria



Co-realización



Realización

