

Zago: Competição em licitações públicas: do que temos medo?

14/06/2021

Nas compras públicas, competição e negociação são conceitos temidos e afastados pela Lei 8.666/1993, na qual a disputa era restrita, unicamente, ao momento de apresentação de uma proposta (pautada, em geral, no preço).



Não há, pela Lei 8.666/1993, nem uma disputa entre as

licitantes — com uma etapa de lances de preços —, nem uma negociação propriamente dita das propostas ofertadas pela Administração.

Há, ainda, uma trava para mergulho do preço: a desclassificação das propostas inexequíveis (artigo 48). Nos termos da lei, há, inclusive, a determinação de inexecutabilidade para (entre outros fatores) propostas inferiores a 70% do valor orçado pela Administração. Eis a trava: ainda que um particular considere ter um ganho de eficiência significativo aos valores orçados pelo ente público, ele não "*mergulhará*" sua proposta ao ponto em que poderia efetivamente chegar, sob pena de tê-la desclassificada.

Essas travas à efetiva disputa entre propostas começam a ser abertas pelas leis que sucedem a Lei 8.666/1993.

Primeiras mudanças

A começar pela Lei do Pregão (Lei 10.520/2002), que revoluciona as licitações públicas ao prever, entre outras novidades, a fase de lances das propostas. Eis o cerne do pregão: um procedimento de disputa efetiva entre propostas, em que as licitantes credenciadas, por meio de lances sucessivos podem ir abaixando os valores das propostas apresentadas. Aqui, inexistência — seja na lei, seja no decreto regulamentador federal — de inexecutabilidade das propostas.

A abertura à disputa continua com a Lei das PPPs (Lei 11.079/2004) e com uma alteração das Lei das Concessões (Lei 8.987/1995) realizada em 2005, em que se passa a prever a etapa de

lances nas concorrências desses contratos. Temos, aqui, a lógica do pregão — disputa efetiva entre as licitantes — incorporada às licitações de concessões e PPPs.

A Lei do RDC (Lei 12.462/2011) também traz a etapa de disputa efetiva entre os licitantes para seu procedimento licitatório, com o nome de "*modo de disputa aberta*", no qual, igualmente, é prevista a etapa de lances sucessivos de propostas. É essa a lógica que foi incorporada pela Lei 14.133/2021, a nova lei geral de licitações e contratos.

A nova Lei de Licitações de Contratos

A Lei 14.133/2021 traz mecanismos que permitem maior disputa e barganha entre os interessados em contratar com a Administração.

De partida, a lei incorpora o pregão como modalidade de licitação, adotando-o como regra geral para as compras, serviços e determinados tipos de obras.

A lei também passa a prever o modo de disputa aberto para as licitações em geral. Não só: o traz como modo obrigatório quando adotados os critérios de julgamento por menor preço ou maior desconto (artigo 56, § 1º) — enquanto proíbe sua adoção caso o critério envolva a melhor técnica (artigo 56, § 2º). Daqui, aliás, já é possível afirmar uma aproximação bastante intensa entre as modalidades de licitação de pregão e concorrência (que será, como regra, pelo modo de disputa aberto).

Outro ponto interessante é que a Lei 14.133/2021 prevê (na esteira do que já constava na Lei do RDC) que, definido o resultado da licitação, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com a proponente colocada em primeiro lugar (artigo 61). Ainda que se possa questionar os resultados práticos de tal previsão (isto é, qual seria o interesse do particular já vencedor em negociar os termos de sua proposta), ela mostra uma tentativa da lei de aproximar a licitação a um procedimento mais negocial.

Apesar desses movimentos, a preocupação com a inexequibilidade das propostas permanece latente na nova lei. Tão latente que o legislador até se repete, dizendo que serão desclassificadas as propostas que "*apresentarem preços inexequíveis*" (artigo 59, III) e que "*não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração*" (artigo 59, IV).

Competição e barganha

Nesse contexto, há duas indagações que, embora pareçam divergentes numa primeira vista, nos ajudam a definir melhor o quanto de competição queremos nas licitações públicas.

De um lado, podemos nos perguntar se essas disposições trazidas pela Lei 14.133/2021 foram suficientes para propiciar uma disputa efetiva. Pregão e o modo de disputa aberta trazem, incontestavelmente, um procedimento de disputa entre proponentes. Não temos ainda, contudo, a possibilidade efetiva de a Administração negociar as condições das propostas em geral, barganhar com as proponentes e, inclusive, ajustar contrapartidas.

Por outro lado, devemos nos perguntar se temos algo a temer com a competição. A gente tem medo do quê? Há, é claro, a premente preocupação com a proteção da qualidade do objeto contratado e com a higidez da empresa contratada. Temos, exemplificativamente, o debate (já



presente nas contratações de pregão) quanto às dificuldades geradas a cumulação de um procedimento de lances (no qual se espera o mergulho de preços) com o procedimento de fases em que a habilitação ocorre após os lances. Nesse caso, o gestor contratante teria bastante dificuldade para inabilitar a licitante que ofertou uma proposta bem mais vantajosa para a Administração (sabendo-se que, em parte, o objetivo é esse mesmo: superar formalismos excessivos).

Mas, nesse caso, se a preocupação é com a qualidade do objeto contratado e da higidez da contratada, podemos indagar se travar a competição é, de fato, a melhor solução ou sequer uma alternativa eficaz. Aliás, pelo contrário: competição e barganha são mecanismos que buscam auxiliar a Administração a contratar a proposta mais vantajosa.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-jun-14/zago-competicao-licitacoes-publicas-temos-medo/>