Nota Técnica

A Retomada da Agenda Perdida das Compras Públicas: Notas Sobre o Novo Projeto de Lei de Licitações da Câmara dos Deputados em 2018-2019

Nº 47

Diset
Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura

Março de 2019

Eduardo Pedral Sampaio Fiuza
Fabiano Mezadre Pompermayer
André Tortato Rauen

ipea

Governo Federal
Ministério da Economia
Ministro Paulo Guedes

ipea Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

Fundação pública vinculada ao Ministério da Economia, o Ipea fornece suporte técnico e institucional às ações governamentais – possibilitando a formulação de inúmeras políticas públicas e programas de desenvolvimento brasileiros – e disponibiliza, para a sociedade, pesquisas e estudos realizados por seus técnicos.

Presidente
Carlos von Doellinger

Diretor de Desenvolvimento Institucional, Substituto
Manoel Rodrigues dos Santos Junior

Diretor de Estudos e Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia
Alexandre de Ávila Gomide

Diretor de Estudos e Políticas Macroeconômicas
José Ronaldo de Castro Souza Júnior

Diretor de Estudos e Políticas Regionais, Urbanas e Ambientais
Aristides Monteiro Neto

Diretor de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura, Substituto
Bruno César Pino Oliveira de Araújo

Diretora de Estudos e Políticas Sociais
Lenita Maria Turchi

Diretor de Estudos e Relações Econômicas e Políticas Internacionais
Ivan Tiago Machado Oliveira

Assessora-chefe de Imprensa e Comunicação
Mylena Pinheiro Fiori

Ouvidoria: http://www.ipea.gov.br/ouvidoria
URL: http://www.ipea.gov.br

A RETOMADA DA AGENDA PERDIDA DAS COMPRAS PÚBLICAS: NOTAS SOBRE O NOVO PROJETO DE LEI DE LICITAÇÕES DA CÂMARA DOS DEPUTADOS EM 2018-2019[1]

Eduardo Pedral Sampaio Fiuza[2]
Fabiano Mezadre Pompermayer[3]
André Tortato Rauen[4]

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/1988), em seu art. 22, inciso XXVII, atribuiu privativamente à União a competência de legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios e para as empresas públicas e sociedades de economia mista. A Lei nº 8.666/1993, que ainda rege as compras públicas, estabelecendo princípios gerais e definições, veio como uma resposta aos sucessivos escândalos do governo Collor e dos "anões do orçamento", e instituiu controles mais rígidos sobre as licitações. Esta lei foi alterada por seis medidas provisórias (MPs), 24 leis ordinárias e 1 lei complementar (LC) ao longo de sua existência até 2018[5] e, como veremos a seguir, ainda era alvo de dezenas de projetos de lei (PLs) para modificá-la.

Ao longo desta história, duas outras leis, em particular, conseguiram abrir flancos revolucionários nesse marco legal: a Lei nº 10.520/2002 criou o pregão, que não só deu nova dinâmica aos certames, ao introduzir uma etapa de lances abertos, como também trouxe a inversão de fases entre a disputa e julgamento das propostas e a habilitação dos licitantes; e a Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), no qual é possível inverter as etapas de lances abertos e fechados, e introduziu a contratação integrada, conhecida internacionalmente como "*design and build*" (Nóbrega, 2015) – a aplicação do RDC, no entanto, é bastante limitada a um segmento de aquisições, e nem todas as tentativas de ampliação de seu escopo foram bem-sucedidas, o que impediu que ele se tornasse o regime predominante.

O projeto de lei que até agora chegou mais perto de revolucionar o marco legal começou com o envio do PL nº 7.709, em 24 de janeiro de 2007, pelo Poder Executivo, ao Congresso Nacional. Seu substitutivo foi rapidamente aprovado e remetido ao Senado, em 9 de maio de 2007, onde foi renomeado e renumerado como Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 32/2007, e esteve em regime de urgência até 27 de junho de 2007, quando o Executivo solicitou a extinção da urgência. Foram

[1]. Agradecemos a valiosa assistência de Pedro Coimbra. Erros remanescentes são nossos.
[2]. Técnico de planejamento e pesquisa na Diretoria de Estudos e Políticas Regionais, Urbanas e Ambientais (Dirur) do Ipea.
[3]. Técnico de planejamento e pesquisa.
[4]. Tecnologista da Diretoria de Estudos e Políticas Setoriais de Inovação e Infraestrutura na (Diset) do Ipea.
[5]. Os números são inferiores aos informados por Fiuza e Medeiros (2014), que se baseava em uma apresentação do professor Jorge Jacoby Fernandes durante a consulta pública do Senado. A diferença provavelmente se deve ao critério aqui utilizado: não são contadas as alterações feitas por medidas provisórias que acabaram sendo registradas como introduzidas pelas leis em que aquelas MPs foram convertidas. http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3362/1/td_1990.pdf.

aprovados os pareceres da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), de 30 de maio de 2007, e de Comissão de Ciência e Tecnologia (CCT), de 12 de junho de 2007, e foi aprovado o substitutivo do relator (senador Eduardo Suplicy) na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), em 23 de outubro de 2007. Desde abril de 2009, o projeto dormitava na Subsecretaria de Coordenação Legislativa do Senado, aguardando a inclusão na Ordem do Dia, até que, em 3 de junho de 2013, pelo Ato do presidente do Senado Federal nº 19/2013, foi criada uma Comissão Especial Externa para Modernização da Lei de Licitações e Contratos (CTLICON). Essa comissão foi instalada em 13 de junho de 2013 e composta pelos senadores Vital do Rêgo, Kátia Abreu, Wilder Morais, Waldemir Moka, Francisco Dornelles, Eduardo Suplicy, Aloysio Nunes Ferreira e Armando Monteiro, funcionando sob a presidência do primeiro, relatoria da segunda e relatoria revisora do terceiro. Na mesma data foi aprovado o plano de trabalho e, em 25 de junho de 2013, foi realizada a primeira audiência pública da comissão, na qual foram feitas exposições orais e submissões por escrito por representantes da iniciativa privada. Convidado pela relatora a manifestar-se durante a consulta pública, o Ipea produziu um documento cujo resumo foi divulgado em 1º de novembro de 2013 como nota técnica (Fiuza e Medeiros, 2013)[6], posteriormente revisada, atualizada e estendida como texto para discussão do Ipea (Fiuza e Medeiros, 2014). Nesses dois textos, os autores propuseram a consolidação das três leis (nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.464/2011) em uma única lei e a remissão nesta nova lei à criação de mais três peças legislativas complementares: a primeira, regulamentando uma agência normativa de compras; outra, regulamentando uma agência executiva federal de compras centralizadas (vulgarmente conhecida como "central de compras"); e uma terceira, regulamentando carreiras de nível e superior em compras.

Em 5 de dezembro de 2013, a relatora do CTLICON, senadora Kátia Abreu, apresentou à comissão seu relatório final, já contendo o texto para uma nova lei que substituiria completamente a Lei nº 8.666/1993, e ainda revogaria a Lei nº 10.520/2002 (dos pregões) e os art. 1 a 42 da Lei nº 12.462/2011 (RDC). O senador Moka, como revisor, juntamente com o senador Suplicy, pediu vistas do relatório. Na reunião seguinte, exatamente uma semana depois, o senador Suplicy apresentou oito sugestões, que foram acatadas como emendas de Plenário 1 a 8. Em sequência, foi aprovado o relatório final de autoria da senadora Kátia Abreu, relatora da comissão, concluindo pela apresentação de um projeto de lei, que foi numerado como Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 559. Ao se retomarem os trabalhos da legislatura, em 5 de fevereiro de 2014, foram apresentadas mais 48 emendas. Este PLS foi ainda analisado em conjunto por três comissões permanentes da Casa – a CCJ, a Comissão de Serviços de Infraestrutura (CI) e a CAE,[7] – e seguiu para a Comissão Especial de Desenvolvimento Nacional (CEDN), onde recebeu mais manifestações e emendas. Na CI chegou-se a produzir um relatório, em dezembro de 2014, do senador Francisco Dornelles, mas que deu lugar ao substitutivo do relator Fernando Bezerra (a senadora Kátia Abreu estava licenciada como

[6] http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=20438.
[7]. Ver tramitação detalhada em <https://goo.gl/Z3MmFF>.

ministra da Agricultura), em novembro de 2015. No total, foram 56 emendas de Plenário, 4 na CAE, 4 na CCJ, 2 na CI e 18 na CEDN.

A versão final do substitutivo do senador Fernando Bezerra foi aprovada pelo Plenário do Senado em dezembro de 2016, após receber um total de 162 emendas de Plenário, parcialmente acatadas, e foi encaminhada à Câmara dos Deputados, onde recebeu a numeração PL nº 6.814. Depois de vários requerimentos, a tramitação passou a acontecer como um dos 115 projetos apensados ao LP nº 1.292/1995, que foram submetidos de 1994 a 2018. O substitutivo ora analisado está oficialmente, portanto, sendo oferecido em lugar desse conjunto de 113 PLs, mas o próprio relator, deputado João Arruda, reconhece que o ponto de partida para o seu trabalho foi o PL nº 6.814 – ao nosso ver, de excepcional qualidade – e é este substitutivo que retornará ao Senado para aprovação final (ou restauração do projeto original).

Após a bem-sucedida tramitação e aprovação pela Comissão Especial do substitutivo do João Arruda (doravante simplesmente "o Substitutivo"), o Ipea vem nesta nota técnica ressaltar os valiosos avanços obtidos no atual texto, e apontar espaços ainda disponíveis para um maior aperfeiçoamento.[8] Esperamos que nossas sugestões ainda possam contribuir com o aperfeiçoamento dessa notável peça legal durante as discussões no Plenário.

Além desta introdução, esta nota técnica está dividida em mais duas seções. A segunda seção apresenta as considerações gerais e a terceira seção, na forma de tabela, discute as propostas de emendas do IPEA ao substitutivo do PL.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS E DESENHO INSTITUCIONAL

A questão do controle é um elemento crítico para o sucesso de uma política de compras públicas, especialmente no Brasil. Por isso, qualquer marco legal que se dedique a regular as compras públicas precisa, invariavelmente, tratar explicitamente do controle.

O Substitutivo em questão faz isso de maneira indireta em diversas passagens e de forma direta no título IX, criado exclusivamente para dar tratamento ao controle das contratações.

De forma geral, o referido título dá um tratamento adequado a questão. Contudo, dois artigos, o 168 e o 172, parecem inverter a lógica de funcionamento das instituições envolvidas com a aquisição pública.

O art. 168 do Substitutivo estabelece:

> **Art. 168. Para fins de controle preventivo, os órgãos e as entidades poderão, na forma de regulamento, formular consulta ao respectivo tribunal de contas, com solicitação de posicionamento sobre a aplicação desta lei em processo de licitação ou contrato específico.**

[8]. De fato, nossas contribuições foram submetidas à Comissão apenas na primeira versão do substitutivo, apresentada em agosto de 2018. Muitas delas tivemos a satisfação de ver incorporadas; outras, talvez, não foram suficientemente explicadas, e esperamos com essa nota suprir essa deficiência.

No art. 168, o legislador cria a figura do controle prévio, que pode ou não ser empregado antes da realização da aquisição. Evidentemente, o objetivo final do artigo é reduzir a insegurança jurídica e permitir que o gestor atue com o maior amparo legal possível. Contudo, o que o artigo faz, na prática, é colocar os gestores sob a tutela prévia dos tribunais de contas. Pois, se existe tal possibilidade e o gestor é pessoalmente responsável pelos seus atos, então é evidente que existirá forte estímulo para que os gestores, antes de realizarem suas atividades legalmente estabelecidas, procurem a autorização desses tribunais.

Em outras palavras, o artigo impele à criação de uma nova etapa prévia de licitação, aquela na qual os tribunais de contas julgam se os gestores públicos podem fazer o que a lei já os permite a fazer. Isto é, antes de realizar sua função, legalmente estabelecida, os gestores precisam do aval do tribunal de contas.

Tal tutela, além de ser extremamente ineficiente do ponto da gestão pública, é incompatível com a separação dos poderes. Além disso, é preciso lembrar que os gestores públicos já contam com o auxílio legal das suas consultorias jurídicas.

Nesse mesmo contexto, o art. 172 deixa ainda mais evidente o desejo pelo endosso dos tribunais de contas:

> **Art. 172. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas respectivas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta lei, incluindo cursos presenciais e à distância, redes de aprendizagem seminários e congressos sobre contratações públicas.**

Aqui o legislador tenciona obrigar os tribunais de contas a exercer uma função que não lhes é devida, qual seja, a de doutrinar a gestão da execução pública. Não são os tribunais de contas que devem estabelecer as possibilidades de atuação dos gestores públicos, mas, sim, a lei. A capacitação de servidores é indiscutivelmente necessária, mas não há por que restringir essa competência aos tribunais de contas, a título de conferir segurança jurídica.

Acreditamos que a solução para questão do controle não esteja na subordinação antecipada aos tribunais de contas e, sim, na profissionalização da atividade de comprador público, tal como faz o próprio Substitutivo em outros momentos. Por esse motivo recomendamos a supressão integral do art. 168 e a modificação da redação do art. 172 do Substitutivo:

> **Art. 172. A administração deve promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta lei, incluindo cursos presenciais e à distância, redes de aprendizagem seminários e congressos sobre contratações públicas.**

Adicionalmente, recomendamos também a supressão do art. 182 do Substitutivo, que introduz o art. 337-E do Código Penal para criminalizar com pena de até cinco anos a realização de contratação direta irregular.

A contratação direta irregular em si não causa prejuízo à administração ou mesmo à sociedade. Ela pode apenas facilitar tais situações. Acontece que, muitas vezes, a linha divisória entre o uso da contratação direta e a licitação é muito tênue; seria desproporcional punir com prisão o gestor que simplesmente interpretou equivocadamente o caso concreto. A punição nesse caso, se existir, deve ocorrer no máximo no âmbito administrativo.

Essa discussão permeia o que Fiuza e Medeiros (2014) já apontavam: a falta de uma carreira estruturada e "horizontal" de gestor de compras. A criação desta carreira, que, na época, soava para leigos como algum tipo de inchaço da máquina pública, na verdade, visava aglutinar e migrar funcionários de carreiras diversas, com formação superior e capacitados na execução de compras, dar-lhes um treinamento extra que nivelasse por cima suas habilidades e competências e, a partir daí fazer sua reposição com concursos focados nessas competências. A carreira da Advocacia Geral da União (AGU) surgiu de um processo semelhante.[9] O Substitutivo menciona no art. 7º, que seria o embrião desse processo:

> **Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta lei com os seguintes requisitos:**
>
> **I - sejam servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da administração pública;**
>
> **II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público.**
>
> **§ 1º A autoridade referida no caput deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea nas funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.**
>
> **§ 2º O disposto no caput e no § 1º, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da administração.**

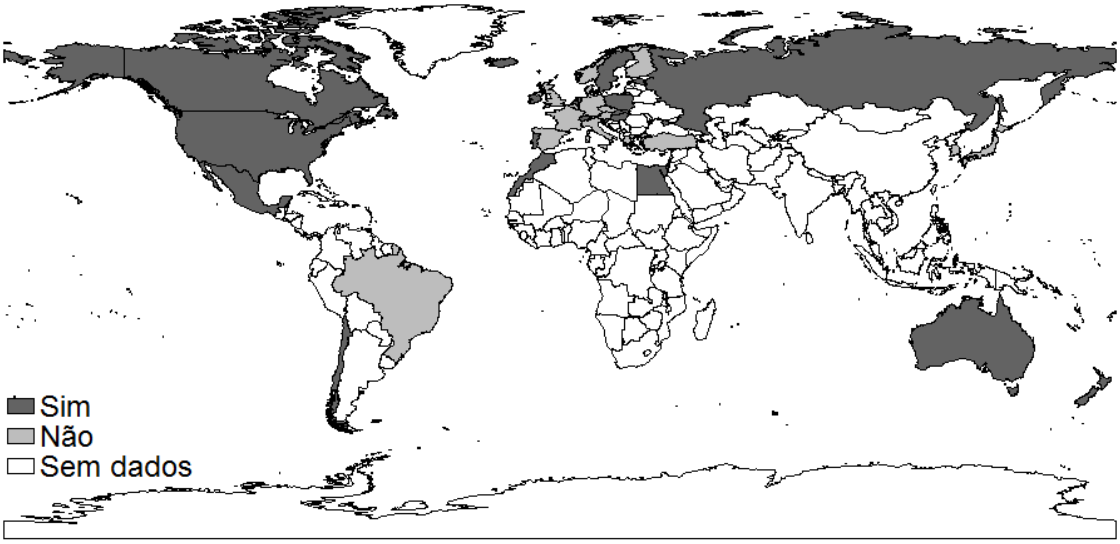
A sugestão de Fiuza e Medeiros (2014) foi, portanto, parcialmente acolhida, na medida em que o inciso II exige formação ou qualificação compatíveis. Mas ainda enseja que profissionais de carreiras diferentes ganhem valores diferentes para realizar uma mesma função. Esperamos que, num futuro próximo, isso possa ser resolvido pelo Executivo Federal, dentro do processo de reestruturação proposto pela equipe do Ministério do Planejamento de 2018, dos quais vários nomes foram mantidos em postos-chaves do novo Ministério da Economia. A reorganização já em curso, no

[9]. "Além da criação da Procuradoria-Geral Federal (PGF), em 2 de julho de 2002 a Lei nº 10.480 criou também o quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União e a Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU (GDAA). Até então, a Advocacia-Geral era composta por servidores públicos federais requisitados de diversos órgãos da administração pública. Com a publicação da lei, os cargos efetivos de nível superior, médio e fundamental ocupados por servidores não integrantes de carreiras estruturadas e que estavam em exercício na AGU naquela data passaram a integrar o quadro de pessoal da Advocacia-Geral da União. Na ocasião, servidores originários de ministérios, autarquias e fundações federais foram integrados à AGU". Disponível em: <https://goo.gl/DkEoJq>. Acesso em: 13 jul. 2018.

entanto, está mais voltada à mobilidade de servidores dentro de suas funções do que à readequação ou requalificação. Ainda assim, um movimento de redefinição de funções de agentes de licitações e de convergência de um contingente significativo deles para uma Central de Compras no âmbito federal não pode ser tratado fora desse contexto mais geral proposto pela equipe de transição.[10]

Por fim, para ressaltar a importância que a profissionalização da carreira de compras assume em países desenvolvidos, eis um levantamento da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de 2010 que revela que 18 dos 29 países consultados reconhecem o comprador como uma carreira específica – veja a figura 1.

FIGURA 1
Países da OCDE que reconhecem o agente de compras como carreira específica



Fonte: OCDE (2013). https://www.oecd.org/gov/government-at-a-glance-2017-highlights-en.pdf.
Elaboração dos autores.
Obs.: Dados não disponíveis para Dinamarca, Grécia, Coreia do Sul, Espanha e Reino Unido.

Por ora, entendemos que o parecer do deputado relator poderia incorporar esta sugestão de estruturação de carreira, e sua efetiva implementação dependeria posteriormente da elaboração de um PL detalhado e previamente estudado e debatido. Em contribuição a essa discussão, sugerimos analisar a composição de carreiras dos profissionais que têm se envolvido com a atividade de compras na União. O DW Comprasnet identifica profissionais que executam quatro tarefas: servir como pregoeiros, homologar compras, declarar inexigibilidade ou dispensa e ratificar a inexigibilidade ou dispensa. As figuras de 2A a 2 D mostram os principais grupos de carreiras inseridas nessa atividade, com respectivas escolaridades e remunerações médias. As carreiras mais bem remuneradas são as de auditor, analista ou gestor de nível superior, engenheiro e escrivão.

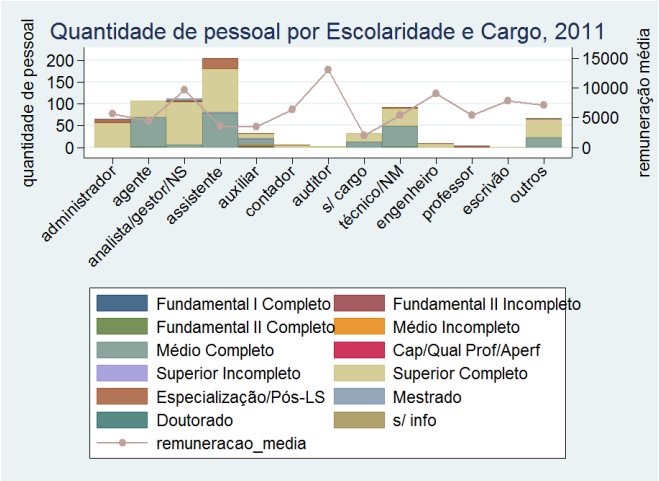
[10]. Disponível em: <https://goo.gl/gTV7Rt>, p. 60.

Note que em algumas carreiras há uma forte presença de profissionais com nível superior, mas três das mais numerosas na amostra têm ainda uma grande presença de funcionários detendo apenas o nível médio – embora essa proporção esteja decaindo ao longo do tempo (e aumentando o número de funcionários com especialização ou pós-graduação *latu sensu*). As condições para a capacitação são, portanto, bastante limitadas para carreiras de grande peso nas áreas de compras dos órgãos. A baixa escolaridade também pode estar afetando outras funções do processo de compra, tais como elaboração de edital (incluindo especificação de produto, cotação de preços de referência, estimação de quantitativos, divisão de itens), consulta, adesão e/ou gestão de atas de registro de preços, e gestão de contratos (incluindo fiscalização, aplicação de multas, celebração de aditamentos e apostilamentos), quando estão (e, de fato, devem estar) segregadas das atividades listadas no DW Comprasnet.

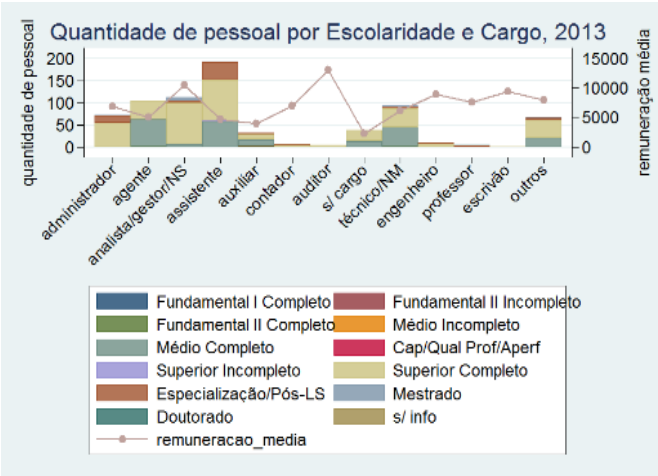
FIGURA 2

Quantidade de pessoal por escolaridade e cargo

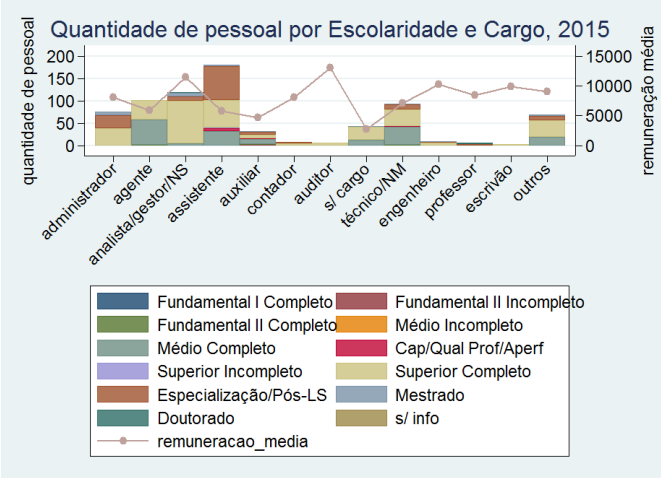
2A – 2011



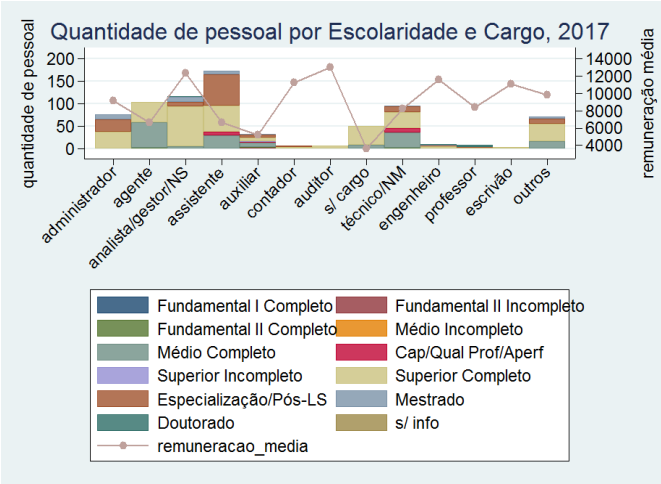
2B – 2013



2C – 2015



2D – 2017



Fontes: DW Siape e DW Siasg.
Elaboração dos autores.

Outra maneira de resguardar os profissionais de compras, criando um anteparo ou camada de mediação entre ele e os órgãos de controle, é aperfeiçoar a regulamentação das compras numa mesma esfera. Como Fiuza e Medeiros (2014) já enfatizavam, total discricionariedade por parte do agente público é um perigo, porque (com a exceção já verificada dos pregoeiros) ele pode ter sido mal preparado para a função, pode estar em desvio de função, e a dispersão desses agentes pelos órgãos afora desfavorece a gestão de conhecimento das boas práticas de compras. A criação de uma agência normatizadora de compras – que, novamente, não necessariamente envolve a contratação de novos funcionários públicos nem a criação de novos cargos, mas tão somente uma seleção de bons funcionários e o aproveitamento de estruturas existentes (na esfera federal, por exemplo, as de parte do antigo Ministério do Planejamento ou mesmo do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União Controladoria-Geral da União – CGU) possibilitaria a padronização dos entendimentos da lei, especificados em portarias, resoluções e instruções normativas. Isso

esvaziaria boa parte da atuação dos órgãos de controle no varejo: uma vez feita uma auditoria operacional na norma e o devido saneamento de suas imperfeições, o órgão de controle se concentraria apenas nas auditorias locais de conformidade, junto às unidades de serviços gerais, isto é, as unidades que operam as compras públicas no dia a dia. Isso seria muito mais eficaz que prestar consultoria órgão por órgão. A solução para mitigar os conflitos entre profissionais de compras e auditores, nós insistimos como Fiuza e Medeiros (2014), é a gestão do conhecimento de boas práticas de compras.

A esse respeito, vale a pena citar aqui o relatório de integridade da OCDE em compras públicas no Brasil (OECD, 2010), que já alertava sobre a falta de manuais operacionais:

> A Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação (SLTI) produziu manuais focados em sistemas eletrônicos para garantir que os dados sejam capturados dentro dos sistemas operacionais (e seus módulos de apoio) como meio de apoiar transparência e controle (...) ou em especificações padrão para trabalhos. (...) Esses manuais são estruturados em relação ao método de aquisição, em vez das competências exigidas pelas autoridades de compras. Por exemplo, os manuais são estruturados em relação aos principais sistemas operacionais (por exemplo, o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais – SIASG), seus módulos de suporte (por exemplo, o Cadastro Único de Fornecedores – SICAF) e a aplicação do sistema para métodos específicos de licitação (por exemplo, pregões). Eles não são definidos em torno do desenvolvimento das principais competências de aquisição - ou seja, a combinação de conhecimentos, habilidades e comportamentos que resultam em bom desempenho em um trabalho. A gestão de competências é usada no setor público em muitos países da OCDE. (...) A Revisão de Gestão de Recursos Humanos da OCDE de 2010 do Brasil observou que a administração pública federal começou recentemente a introduzir a gestão de competências (gestão por competências) como parte de uma estratégia para fortalecer a capacidade dentro da administração pública. No entanto, ainda está em sua muito tenra infância.
>
> Nem a SLTI nem a CGU fornecem materiais de orientação de "como fazer" sobre as dimensões discricionárias, mais qualitativas, da tomada de decisão de aquisição. Por exemplo, como conduzir um plano de aquisições (um grande problema é o planejamento de aquisições) orientando os oficiais de compras sobre quais informações poderiam ser coletadas, quais fontes poderiam ser usadas, como isso poderia ser verificado para avaliar as necessidades da organização e modelos para apresentar as informações em um formato amigável. Outros manuais podem orientar os oficiais de compras sobre como realizar uma pesquisa de mercado para entender as capacidades dos fornecedores e mercados de que eles compram. (...) Um manual sobre o envolvimento do fornecedor poderia incluir os padrões de conduta esperados por funcionários públicos na condução de avaliações de necessidades e pesquisas de mercado, bem como no tratamento de reclamações e recursos, ou interações com contratados durante a fase de entrega do contrato.
>
> O planejamento de aquisições é um instrumento-chave de gerenciamento para atingir os objetivos e objetivos estratégicos da organização. Apoia identificar: (i) a melhor maneira de abordar a aquisição de bens ou serviços específicos por meio de coleta e análise de informações; (ii) possíveis riscos associados com a aquisição de bens ou serviços em um estágio inicial para permitir um gerenciamento ótimo (por exemplo, possibilidade de não entrega ou identificação de uma variedade maior de fornecedores); e (iii) formas de atingir os objetivos definidos no plano de compras significativas, de acordo com o plano de compras da organização. Os planos são geralmente preparados anualmente (...) Não há nenhum módulo dentro do SIASG para ajudar a facilitar o planejamento de aquisições. (OECD, 2010, p.326-328, tradução nossa). https://www.oecd.org/competition/cartels/46235884.pdf.

A provisão de regulamentação infralegal para compras é um traço marcante do arcabouço institucional norte-americano. Lá, as regras que regem as compras federais são dispostas em vários estatutos, regulamentos e decisões. Os fundamentos são dados pela Lei de Concorrência em Contratação, de 1984, que acentuou a concorrência nas compras federais e estabeleceu uma variedade de procedimentos de aquisição, incluindo negociação competitiva; pela Lei de Simplificação das Aquisições Federais, de 1997; e pela Lei da Reforma das Aquisições Federais de 1995, leis que simplificaram os processos de compras federais.

As compras federais são regidas pelos Títulos 40 e 41 do Código de Leis dos Estados Unidos. Já a Regulação de Aquisições Federais (FAR) e suplementos refletem a implementação regulatória dos estatutos e estabelece políticas e procedimentos para a maioria das aquisições de órgãos federais. A FAR está no Título 48 do Código de Regulações Federais norte-americano, e foi elaborada conjuntamente pelo Departamento de Defesa, pela Nasa (Administração Norte-Americana do Espaço) e pela Administração de Serviços Gerais (GSA), as principais centrais de compras de lá.

Na Europa, as compras públicas com valores abaixo de certos limiares (que variam entre setores econômicos) são regulamentadas por leis e estatutos nos próprios Estados-membros. Compras acima dos limiares são regulamentadas por leis e estatutos que sigam as Diretivas da Comissão Europeia – atualmente as diretivas que tratam de contratações e concessões são três: 23/2014, 24/2014 e 25/2014. Normalmente, há um prazo para transcrição dessas diretivas para as legislações nacionais, que era maio de 2016, mas até dezembro de 2017 ainda faltavam quatro países notificar a Comissão dessas transposições: Áustria, Luxemburgo, Eslovênia e Espanha.

3. MODALIDADES DE LICITAÇÃO E CRITÉRIOS DE ADJUDICAÇÃO

3.1. O critério de julgamento de técnica e preço:

Enquanto a Lei 8666/93 está quase completando 26 anos ainda regendo as compras públicas majoritariamente pelo critério de adjudicação de menor preço, a União Europeia, em suas Diretivas de 2004 e de 2014 foi consagrando o critério da Proposta Economicamente Mais Vantajosa. A Diretiva 24/2014 tornou-o o único critério possível, ainda que abarque o menor preço como caso particular – mesmo assim, a Diretiva faculta aos Estados-Membros impedir o uso de menor preço se assim bem entenderem. Neste novo conceito, dimensões como qualidade e sustentabilidade devem ser adequadamente valoradas:

> *"(89) O conceito de «critérios de adjudicação» é fulcral para o regime instituído pela presente diretiva. Importa pois que as disposições pertinentes sejam apresentadas da forma mais simples e racionalizada possível. Este objetivo pode ser atingido utilizando a expressão "proposta economicamente mais vantajosa" como conceito primordial, já que todas as propostas vencedoras deverão, em última análise, ser escolhidas consoante o que a autoridade adjudicante considera ser a melhor solução, em termos económicos, de entre as apresentadas. A fim de evitar qualquer confusão com o critério de adjudicação atualmente*

conhecido como a "proposta economicamente mais vantajosa" nas Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, deverá utilizar-se uma terminologia diferente para abranger esse conceito, a saber, a "melhor relação qualidade/preço" Consequentemente, o mesmo deverá ser interpretado em conformidade com a jurisprudência referente a cada uma dessas diretivas, a não ser que haja uma solução clara e materialmente diferente na presente diretiva.

(90) A adjudicação de um contrato deverá realizar-se com base em critérios objetivos que assegurem o respeito dos princípios da transparência, da não discriminação e da igualdade de tratamento, com vista a assegurar uma comparação objetiva do valor relativo das propostas, a fim de determinar, em condições de concorrência efetiva, a proposta economicamente mais vantajosa. Convém estabelecer expressamente que a proposta economicamente mais vantajosa deverá ser avaliada com base na melhor relação qualidade/preço, que deverá sempre incluir um elemento de preço ou de custo. Deverá igualmente ser especificado que essa avaliação da proposta economicamente mais vantajosa também poderá ser efetuada apenas com base no preço ou na eficácia em termos de custos. Além disso, convém recordar que as autoridades adjudicantes poderão definir normas de qualidade adequadas através das especificações técnicas ou das condições de execução dos contratos.

A fim de incentivar uma maior orientação da contratação pública para a qualidade, os Estados-Membros deverão ser autorizados a proibir ou restringir a utilização exclusiva do preço ou do custo para avaliar a proposta economicamente mais vantajosa, quando o considerarem adequado. (...)

(92) (...) A fim de identificar a proposta economicamente mais vantajosa, a decisão de adjudicação do contrato não deverá assentar apenas em critérios diferentes dos custos. Os critérios qualitativos devem, por conseguinte, ser acompanhados de um critério de custos que poderá ser, à escolha da autoridade adjudicante, o preço ou uma abordagem custo-eficácia como o cálculo dos custos do ciclo de vida. Todavia, os critérios de adjudicação não deverão afetar a aplicação de disposições nacionais que determinem a remuneração de determinados serviços ou estabeleçam preços fixos para certos tipos de fornecimentos.

(93) Convém especificar que, caso as disposições nacionais determinem a remuneração de determinados serviços ou estabeleçam preços fixos para certos tipos de fornecimentos, continua a ser possível avaliar a relação qualidade/preço com base em fatores diferentes do preço ou da remuneração. Consoante o serviço ou o produto em causa, esses fatores poderão, por exemplo, incluir condições de entrega e pagamento, aspetos do serviço pós-venda (por exemplo, o âmbito dos serviços de aconselhamento e de substituição) ou aspetos ambientais ou sociais (por exemplo, se os livros foram impressos em papel reciclado ou em papel fabricado com madeira sustentável, qual o custo imputado às externalidades ambientais, ou se foi promovida a integração social de pessoas desfavorecidas ou membros de grupos vulneráveis entre as pessoas encarregadas de executar o contrato). Dadas as numerosas possibilidades de avaliar a relação qualidade/preço com base em critérios de fundo, deverá ser evitado o recurso ao sorteio como única forma de adjudicação de contratos. (...)

(96) (...) deverá ser esclarecido que, exceto se a avaliação for efetuada apenas com base no preço, as autoridades adjudicantes podem determinar a proposta economicamente mais vantajosa e o preço mais baixo utilizando uma abordagem assente no cálculo dos custos do ciclo de vida. O conceito de cálculo dos custos do ciclo de vida inclui todos os custos ao longo do ciclo de vida das obras, fornecimentos ou serviços.

Tal implica tanto os custos internos, por exemplo os que dizem respeito à investigação a efetuar, ao desenvolvimento, à produção, ao transporte, à utilização, à manutenção e à eliminação no fim de vida, como os custos imputáveis a externalidades ambientais, como a poluição causada pela extração de matérias-primas utilizadas no produto ou causada pelo próprio produto ou pelo seu fabrico, desde que possam ser quantificados monetariamente e controlados. Os métodos que as autoridades adjudicantes utilizam para avaliar os custos

imputados a externalidades ambientais deverão ser estabelecidos previamente de forma objetiva e não discriminatória e ficar acessíveis a todas as partes interessadas. Estes métodos poderão ser estabelecidos a nível nacional, regional ou local, mas deverão, a fim de evitar distorções de concorrência devidas a metodologias específicas, conservar um caráter geral no sentido de que não deverão ser especificamente concebidos para um determinado contrato público.

Deverão ser desenvolvidas metodologias comuns a nível da União para o cálculo dos custos do ciclo de vida de determinadas categorias de fornecimentos ou serviços. Sempre que sejam desenvolvidas metodologias comuns deste tipo, a sua utilização deverá ser tornada obrigatória.

Além disso, deverá ser estudada a viabilidade de criar uma metodologia comum para o cálculo dos custos sociais do ciclo de vida, tendo em conta metodologias já existentes como as orientações para a análise, em termos sociais, do ciclo de vida dos produtos (Guidelines for Social Life Cycle Assessment of Products) adotadas no âmbito do Programa das Nações Unidas para o Ambiente". (Diretiva 24/2014 União Europeia, exposição de motivos).

Lê-se, portanto, no corpo da Diretiva, art. 67 (Critérios de adjudicação):

1. Sem prejuízo das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais relativas ao preço de certos fornecimentos ou à remuneração de determinados serviços, as autoridades adjudicantes devem adjudicar os contratos públicos com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa.

2. A proposta economicamente mais vantajosa do ponto de vista da autoridade adjudicante deve ser identificada com base no preço ou custo, utilizando uma abordagem de custo-eficácia, como os custos do ciclo de vida em conformidade com o artigo 68.o, e pode incluir a melhor relação qualidade/preço, que deve ser avaliada com base em critérios que incluam aspetos qualitativos, ambientais e/ou sociais ligados ao objeto do contrato público em causa. Estes critérios podem compreender, por exemplo:

a) Qualidade, designadamente valor técnico, características estéticas e funcionais, acessibilidade,

b) Conceção para todos os utilizadores, características sociais, ambientais e inovadoras, negociação e respetivas condições;

c) Organização, qualificações e experiência do pessoal encarregado da execução do contrato em questão, caso a qualidade do pessoal empregue tenha um impacto significativo no nível de execução do contrato; ou

d) Serviço e assistência técnica pós-venda, condições de entrega, tais como a data de entrega, processo de entrega e prazo de entrega ou de execução.

O fator custo pode igualmente assumir a forma de um preço ou custo fixo com base no qual os operadores económicos concorrem exclusivamente em termos de critérios de qualidade.

Os Estados-Membros podem prever que as autoridades adjudicantes não possam utilizar o preço ou o custo como único critério de adjudicação, ou podem restringir essa utilização exclusiva a determinadas categorias de autoridades adjudicantes ou a determinados tipos de contratos.

O passo dado pelo atual Projeto de Lei, portanto, está na direção certa de ampliar sobremaneira o uso de *score auction* (cujo nome consagrado na legislação brasileira é a "técnica e preço"), considerando aspectos como ciclo de vida, custo de manutenção, externalidades ambientais, etc. (art. 6º, inciso XXIII, alínea "c"; art. 11, inciso I; art. 33, § 1º). Mas o avanço poderia ser menos

acanhado. Nota-se um claro conservadorismo na redação aprovada na Comissão Especial da Câmara, que admite o *score auction* apenas para contratação de (art. 35, § 1º):

> *I – serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que esse critério de julgamento deve ser empregado preferencialmente;*
>
> *II – serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;*
>
> *III – bens e serviços especiais de tecnologia da informação e comunicação;*
>
> *IV – obras e serviços especiais de engenharia;*
>
> *V – objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.*

A nosso ver, o único inciso que admite o uso de técnica e preço para bens (e não serviços ou obras) cria uma instância ou etapa adicional e desnecessária na instrução do processo de contratação, que é a de escrever uma justificativa da necessidade de adotar esse critério, em vez de se partir diretamente para o critério de adjudicação e se justificar os parâmetros de qualidade requeridos. Isso tolhe e intimida o gestor de compras, e onera o processo. Seria muito mais lógico exigir-se a "inversão da prova", isto é, o gestor deveria ter que justificar por que não adotou o critério de técnica e preço. Ou então, como em tantas outras sugestões feitas por nós ao longo da discussão dessa peça legislativa, remeter a regulamento qualquer tipo de restrição, seja para o uso da técnica e preço, seja para o menor preço, ou qualquer outro critério.

Por fim, é importante notar que o art. 36 do Substitutivo traz detalhes sobre o julgamento de propostas pelo critério de técnica e preço:

> *Art. 36. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por:*
>
> *I – apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados, que comprovem a capacitação e a experiência do licitante;*
>
> *II – atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerada a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;*
>
> *III – atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de trata o § 3º do art. 84 e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).*

A nosso ver, o inciso III contempla a sugestão feita por Fiuza e Medeiros (2014) de se criar um cadastro positivo de fornecedores, que expandiria o atual Sistema de Cadastro de Fornecedores (Sicaf) para registrar todos os aspectos do desempenho passado dos fornecedores, e não só as ocorrências que os desabonam. Uma lista de indicadores passível de coleta, e que deveria ser capaz de gerar métricas aptas à construção de indicadores-chaves de desempenho (Key Performance Indicators – KPI), é a descrita pelas orientações do sistema CPARS (Contract Performance

Assessment Reporting) do GSA (General Services Administration) dos EUA, que incorporou em janeiro/2019 o antigo PPPIRS (Past Performance Information Retrieval System) – o PPIRS ainda é usado nos órgãos que seguem a regulação de aquisições federais (FAR).[11] Isso inclui aspectos tais como os seguintes[12]:

1. Atributos do contrato: período, classificação do produto ou serviço fornecido, localização, tipo de contrato (cost-plus, incentivo, preço fixo, compartilhamento de custos, etc.), etc.

2. Fatores de avaliação:

a. Técnica ou Qualidade do Produto ou Serviço: complexidade, descrição do esforço, desempenho do produto, esforço de engenharia, suporte logístico, confiabilidade do produto, segurança, inspecionabilidade, etc.

b. Controle de custos (exceto em contratos a preço fixo): variância dos custos,

c. Tempestividade/Cronograma

d. Gestão das Relações Negociais: responsividade, resolutividade, etc.

e. Subcontratação de PME: controle de qualidade dos subcontratados, conformidade à legislação, etc.

f. Conformidade Regulatória

g. Outros: atrasos de pagamentos a subcontratados, violações de lei fiscal, falhas no fornecimento de dados e documentos, suspensões, etc.

Essas informações precisam ser preenchidas pelo órgão contratante ao longo de vários marcos temporais da execução do contrato, como descreve a Figura 3.

Não se deve subestimar a importância da avaliação do desempenho passado para a elevação da qualidade de serviços fornecidos ao governo quando usado o critério de julgamento por técnica e preço. Decarolis et al (2016) analisam o impacto de um programa de pontuação de fornecedores na Itália, que melhorou o cumprimento de 25 para 80% dos parâmetros utilizados, sem impacto significativo no preço.

3.2. As modalidades de licitação

Ainda usando como paradigma as Diretivas de Compras da União Europeia, cabe ressaltar que os chamados procedimentos abertos, restritos e negociados têm algumas nuanças quando comparados às modalidades de licitação brasileiras. A seguir, vamos explorar os convites, os procedimentos com negociação e a concorrência *stritu sensu.*

---

[11] A fusão de três sistemas de acompanhamento de desempenho atendeu a uma recomendação do GAO, órgão de auditoria do governo norte-americano, para padronizar os fatores de avaliação e escalas de classificação em todo o governo, consolidados num único *workflow.*

[12] Fonte: https://www.cpars.gov/pdfs/CPARS-Guidance.pdf

3.2.1. Convites e procedimentos com negociação

Na lei atual, a 8666/93, a modalidade de convite determina que a autoridade contratante seleciona alguns fornecedores e os convida, embora outros fornecedores já cadastrados possam submeter propostas. Em São Paulo, a legislação estadual permite que esses procedimentos sejam realizados eletronicamente através da Bolsa Eletrônica de Compras (BEC). Já existe um direcionamento claro, embora ele possa ser mitigado pela entrada de proponentes externos ao convite (mas internos ao Cadastro de Fornecedores). As outras modalidades de envelopes fechados (concorrência e tomada de preço) e o pregão têm uma divulgação mais ampla. Certamente o prazo de apenas cinco dias úteis entre a publicação da carta-convite e o recebimento das propostas, mais o fato de a maioria dos procedimentos de convite serem presenciais, dificulta a entrada de outros proponentes.

FIGURA 3

Linha do tempo da avaliação do desempenho do fornecedor contratado – CPARS

1.	Dentro de 30 dias da Adjudicação de Contrato	→	PF/PFA, RFA, ou FA registra informações básicas do contrato
2.	335 dias depois da Adjudicação de Contrato	→	Avaliação aparece na lista de afazeres do RFA/FA
3.	365-485 dias depois da Adjudicação de Contrato	→	RFA/FA começa classificações e relatórios da avaliação
4.	365-485 dias depois da Adjudicação de Contrato	→	FA envia avaliação ao RC
5.	1-14 dias depois do envio da Avaliação ao RC	→	RC pode enviar Comentários ↓ Se RC enviar comentários e FA/FR encerrar, avaliação está completa
6.	Dia 15 depois do envio da Avaliação ao RC	→	Avaliação disponível para seleção de fonte: - Com ou sem Comentários do RC *Note: Avaliação marcada como: "Pendente" se não encerrado
7.	Dias 15-60 depois do envio da Avaliação ao RC	→	RC pode enviar Comentários caso não tenha feito antes ↓ Se RC enviar comentário, Avaliação atualiza para refletir comentário do RC; Marcação "Pendente" removida quando FA/FR encerrar Avaliação
8.	Dia 61 depois do envio da Avaliação ao RC	→	Avaliação retorna ao FA, RC é bloqueado na Avaliação e não pode mais enviar comentários
9.	Dia 61 depois do envio da Avaliação ao RC – Dia 120 depois do fim do período de performance	Se CR concordou →	FA tem que seguir uma das opções: - Encerrar Avaliação - Modificar e Encerrar Avaliação - Enviar Avaliação ao FR (Avaliação atualiza para "Pendente") - Modificar e Enviar Avaliação ao FR (Avaliação atualiza para "Pendente") *Note: Marcação "Pendente" removida quando Avaliação encerrar
		Se CR não concordou →	FA tem que seguir uma das opções: - Enviar Avaliação ao FR (Avaliação atualiza para "Pendente") - Modificar e enviar Avaliação ao FR (Avaliação atualiza para "Pendente")
10.	Antes do dia 121 depois do fim do período de performance	→	FR fornece comentários e encerra Avaliação (marcação "Pendente" removida)

O processo inteiro tem que estar completo dentro de 120 dias após o fim do período de performance.

Legenda:
RC: Representante do Contratante (*Contractor Representative*)
FR: Funcionário Revisor (*Reviewing Official*)
FA: Funcionário Avaliador (*Assessing Official*)
RFA: Representante do Funcionário Avaliador (*Assessing Official Representative*)
PF: Ponto Focal (*Focal Point*)
PFA: Ponto Focal Alternativo (*Alternate Focal Point*)
Fonte: https://www.cpars.gov/pdfs/CPARS-Guidance.pdf

A proposta atual extingue a tomada de preços e o convite, mas mantém praticamente todas as instâncias de dispensa de licitação, que foram sendo introduzidas na lei em vigor ao longo dessas duas décadas e meia, e que são claramente resultantes dos *lobbies* de diversos grupos de influência, tanto de fornecedores como de órgãos compradores. A concorrência e o pregão passam a ser, portanto, as modalidades por excelência onde há franca entrada, seja em disputa aberta ou fechada.

Na comparação dessas modalidades com a UE, fica claro que as formas de contratação direta – dispensas e inexigibilidades – têm uma correspondência direta com os antigos procedimentos negociados com prévio anúncio da UE. Também o diálogo competitivo da proposta atual parece basear-se em boa medida no formato europeu, em que o contratante abre uma chamada e os proponentes pré-qualificados estabelecem diálogos separados com o contratante, até que este formata uma versão final do termo de referência e abre a solução técnica a todos os concorrentes nas especificações do serviço ou obra. O Quadro 1 estabelece a correspondência inciso por inciso entre: (i) as situações de dispensa e inexigibilidade descritas na legislação atual; (ii) o Substitutivo; (iii) as situações que ensejam o uso do Procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso na União Europeia que tem utilização em casos bem excepcionais (Diretiva Europeia 24/2014) e (iv) as propostas do Ipea. O Quadro 2 completa o Quadro 1 com a proposta do Ipea de equivalência entre as modalidades de licitação. Por fim, o Quadro 3 compara a nossa proposta de cotação eletrônica estendida com o atual pregão e a atual cotação eletrônica, e é uma revisão de quadro semelhante de Fiuza e Medeiros (2014). Voltaremos a esse tema ainda nesta seção.

Vale ainda notar que a Diretiva Europeia 24/2014 amplia o uso de regime simplificado para aquisição de bens e serviços em valor inferior ou igual a 750 mil euros[13]. O Quadro 4 detalha-o. Cabe ressaltar aqui que, para haver reserva da adjudicação de contratos de prestação de serviços de saúde, serviços sociais e serviços culturais a organizações com uma missão de serviço público ligada à prestação desses serviços, é necessário que:

- As organizações em causa redistribuam ou reinvistam os lucros que tenham e sejam geridas com base na participação dos trabalhadores no capital social ou noutros princípios participativos;
- O período de vigência destes contratos não seja superior a três anos (não renováveis).

As maiores vantagens para essas organizações são:

- As autoridades contratantes têm menores obrigações ao nível europeu: só têm que publicar um edital em formato simplificado e uma notificação de adjudicação do contrato – ainda que o tratamento equânime a fornecedores nacionais e de outros Estados-Membros esteja assegurado.
- O Estado Membro pode proibir o julgamento das propostas pelo critério exclusivo de custos (menor preço), focando mais na qualidade do serviço.

[13] Ver: https://ec.europa.eu/growth/content/more-flexibility-service-contracts-health-and-social-issues-and-education-0_en.

Por essa leitura, entendemos que o regime simplificado europeu também não pode servir de base para se defenderem no Brasil situações de dispensa para ONGs e instituições sem fins lucrativos de qualquer natureza, pois continua havendo nos procedimentos daquele regime uma rigorosa comparação de propostas, e não um direcionamento para um fornecedor A ou B.

QUADRO 1

Correspondências entre as Situações de Contratação Direta do Brasil e de Procedimento Negociado com Aviso Prévio da União Europeia.

Lei nº 8.666, de 1993 (Lei de Licitações)	SUBSTITUTIVO AO PROJETO DE LEI N° 1.292, DE 1995, E AOS APENSADOS (22/05/18)	Procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso (Diretiva 2014/24/UE)	Proposta Ipea
Art. 24. É dispensável a licitação:	Art. 73. É dispensável a licitação:		
I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior [R$ 15.000,00], desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;	I – para contratação que envolva valores inferiores a R$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia;		Manter incisos I e II e §§ 1º (com incisos) e 4º (renumerado como 7º) do art. 73 do Substitutivo, usando cotação eletrônica estendida conforme proposto no Quadro 3, portanto o § 3º passaria a ter a seguinte redação: § 3º : As contratações de que tratam os incisos I e II do caput serão precedidas de cotação – com prazo de obtenção estabelecido em regulamento – junto a três fornecedores com registro cadastral válido, que deverão ser submetidos eletronicamente e terão validade como proposta comercial. § 4º Uma vez obtidas as cotações, será divulgado no Portal Nacional de Contratações Públicas, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, o aviso com a especificação do objeto pretendido e utilizado para a cotação original, e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa. § 5º Os interessados poderão melhorar seus lances, observadas as regras de
II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior [R$ 8.000,00], e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;	II – para contratação que envolva valores inferiores a R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;		
	§ 1º Em relação ao valor, para fins de aferição de atendimento ao limite referido nos incisos I e II do caput, deve ser observado o somatório: I – do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora; II – da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais		

	aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.		melhoria de lances, regras de retirada de lances e regras de encerramento de disputa estabelecidos em regulamento. § 6º Na falta de cotações válidas, a Administração pode, com a devida justificativa, calcular o valor de referência com base no art. 22, § 1º, incisos I a III.
	§ 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do caput serão preferencialmente precedidas de divulgação em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, de aviso com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.		
	§ 4º As contratações de que tratam os incisos I e II do caput serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, devendo as informações referentes às compras e aos serviços ser imediatamente divulgadas, com o máximo de detalhamento, e mantidas à disposição do público em sítio eletrônico oficial.		
III - nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;	VII – nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem;		Substituir por: VI – Em caso de obras, serviços ou bens feitos sob encomenda, cuja contratação requeira confidencialidade; VII – Quando houver possibilidade de comprometimento da segurança pública ou segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;
IX - quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;	VI – quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das forças ou dos demais ministérios;		
XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos	IV – [...]		

contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força	h) bens e serviços para atender aos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar;		
	IV – [...] l) serviços técnicos especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e a obtenção de provas previstas nos incisos II e V do caput do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;		
XXXV - para a construção, a ampliação, a reforma e o aprimoramento de estabelecimentos penais, desde que configurada situação de grave e iminente risco à segurança pública.			
IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos,	VIII – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 360 (trezentos e	Art. 32, parágrafo 2: c) Na medida do estritamente necessário, quando, por motivo de urgência extrema resultante de acontecimentos imprevisíveis para as autoridades adjudicantes, não possam ser cumpridos os prazos exigidos pelos concursos públicos e pelos concursos limitados ou pelos procedimentos de concurso com negociação. As circunstâncias invocadas para justificar a urgência imperiosa não podem, em caso	A prioridade é usar o cadastro de reserva do AQ (ver abaixo o novo artigo) e/ou cotação eletrônica estendida. Portanto, manter inciso VIII e § 6º, mas com a redação alterada para: V – Em caso de emergência ou calamidade pública, e quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e

contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;	sessenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou da calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos e a recontratação de empresa já contratada com base neste inciso; § 6º Para os fins do disposto no inciso VIII, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, devendo ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 22 e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que, mediante ação dolosa, deram causa a situação emergencial.	algum, ser imputáveis às autoridades adjudicantes.	somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade; O Sistema de Aquisição Dinâmico é uma solução mais duradoura e efetiva para este problema. Ver Seção 7.
V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas;		Art. 32, parágrafo 2: a) Quando não forem apresentadas propostas, nem propostas adequadas, nem pedidos, ou pedidos adequados de participação em resposta a um concurso aberto ou limitado, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas e que, a pedido da Comissão, lhe seja transmitido um relatório. Uma proposta deve ser considerada inadequada quando for irrelevante para o contrato, não permitindo manifestamente satisfazer, sem alterações substanciais, as necessidades e requisitos da autoridade adjudicante	Art. 73: III – Se a licitação respectiva anterior por concorrência foi deserta, caso em que se procederá primeiro a cotação eletrônica estendida e somente se esta também for deserta, se passará à contratação direta;
VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei [regras de inexequibilidade] e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços,			

por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;		conforme especificados nos documentos do concurso. Um pedido de participação deve ser considerado inadequado caso o operador económico em causa deva ser ou possa vir a ser excluído, nos termos do artigo 57º, ou não preencha os critérios de seleção estabelecidos pela autoridade adjudicante nos termos do artigo 58º.	
VI - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;	X – quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;		Este inciso não existe na prática, e não tem razão para existir. Uma rápida inspeção nas justificativas de dispensas que invocam esse inciso no DW SIASG indica que elas estão classificadas equivocadamente. Sugerimos extingui-lo.
VIII - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;	IX – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado ou com os custos da entidade a ser contratada;		O órgão ou entidade deveria estar cadastrado para AQ em contratação direta. Suprimir o inciso.
XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação.	XI – para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração indireta, que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;		
XVI - para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para prestação de			Contratação direta; sempre que viável, usar AQ. Ex: portal Capes; produtos patenteados.

serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;			Suprimir todos os incisos aqui reunidos.
XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto;	IV – [...] g) materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;		
XXX - na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.			
XI - na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido;			Primeira opção, é claro, é celebrar AQ, com seleção de fornecedores para cadastro de reserva por concorrência. Fracassado isso, usar o inciso proposto para o art. 73: IV – Em caso de contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual;
XII - nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes,	IV – para contratação que tenha por objeto: e) hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário	Art. 32, parágrafo 3:	1) Órgãos que adquirem alimentos individualmente deveriam ter contratos de longo prazo com atacadistas, possivelmente usando cotações de

realizadas diretamente com base no preço do dia;	para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;	c) Quando se trate de fornecimentos cotados e adquiridos num mercado de matérias-primas;	bolsas de mercadorias e/ou cestas de produtos com especificações de calorias, vitaminas, subcestas sujeitas a sazonalidade, etc. Qualquer situação de emergência enquadra a compra em outro inciso, equivalente ao antigo inciso IV. 2) Empresas como Conab supostamente estariam fora da lei. Se existir algum outro órgão normalizando estoques, use leilões regulares com modo de disputa de relógio para aquisição. Se for inevitável manter esse inciso, sugerimos incluir um parágrafo: § XXXo: A utilização de cotações de commodities para fins de precificar as compras incidentes no inciso IV, alínea (e) serão objeto de regulamentação específica.
XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos;	XV – para contratação realizada por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) de instituição brasileira sem finalidade lucrativa que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou na contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;		Inclusão de critério de adjudicação adicional ou uso de set-asides (lotes separados) na concorrência ou pregão por técnica e preço. Suprimir inciso.

XIV - para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público;	IV – [...] b) bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração;		Aplicar a este caso também a cotação eletrônica estendida
XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.	IV – [...] k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;		Inexigibilidade, antigo inciso II (notória especialização) para restauração; inexigibilidade, antigo caput, para aquisição. Esse inciso é desnecessário. Suprimi-lo.
XVII - para a aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;	IV – [...] a) bens componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;	Art. 32, parágrafo 3: b) Quando se trate de entregas complementares efetuadas pelo fornecedor inicial e destinadas, quer à substituição parcial de fornecimentos ou instalações, quer à ampliação de fornecimentos ou instalações existentes, nos casos em que a mudança de fornecedor obrigaria a autoridade adjudicante a adquirir fornecimentos com características técnicas diferentes, originando incompatibilidades ou dificuldades técnicas desproporcionadas de utilização e manutenção; a duração desses contratos e dos contratos adicionais não pode, em regra, ultrapassar três anos;	Ou inexigibilidade (se existir revendedor exclusivo e a peça não for coberta pela garantia) ou inclusão das peças no custo total de propriedade para fins de formação de preço para lance em concorrência. E modificar o inciso para a seguinte redação: a) bens componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;
XVIII - nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando	IV – [...] i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou		Inclusão de critério de adjudicação adicional ou uso de set-asides (lotes separados) na concorrência ou pregão por técnica e preço.

em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea "a" do inciso II do art. 23 desta Lei:	localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;		Suprimir inciso.
XX - na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.	XIV – para contratação de associação de pessoas com deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;		Inclusão de critério de adjudicação adicional ou uso de set-asides (lotes separados) na concorrência ou pregão por técnica e preço, para que possa haver disputa entre associações assim enquadradas, que podem ser muitas. Suprimir inciso.
XXI - para a aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20% (vinte por cento) do valor de que trata a alínea "b" do inciso I do caput do art. 23 [R$ 300.000,00];	IV – [...]: c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais);	Nada consta	Aplicar a este caso também a cotação eletrônica estendida como prioritária.
§ 3º A hipótese de dispensa prevista no inciso XXI do caput, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica.	§ 5º A hipótese de dispensa prevista na alínea "c" do inciso IV do caput, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica		
XXII - na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário,			Apoiamos a supressão deste inciso. Para esse tipo de serviço, a Administração deve ingressar em mercado livre, usando

permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;			concorrência por menor preço ou técnica e preço
XXIII - na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.			Empresas públicas estão fora da nova Lei. Apoiamos a supressão deste inciso.
XXIV - para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão			Inclusão de critério de adjudicação adicional ou uso de set-asides (lotes separados) na concorrência ou pregão por técnica e preço. Apoiamos a supressão deste inciso.
XXV - na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica - ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida	IV – [...] d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada sua vantajosidade para a Administração;	Nada consta	1) Modificar o inciso V do PL para: para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 3°-B 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, regulados por legislação própria. 2) Inserir: § 6º Para garantir atendimento ao princípio da economicidade nas situações em que exista risco tecnológico, as contratações com vistas ao cumprimento do disposto no artigo 20 da Lei 10.973 de 2 de dezembro de 2004, incluídas no Inciso V do caput, poderão prever formas alternativas de remuneração, inclusive através de reembolso de custos, de acordo com o regulamento.
XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.	V – para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;	Art. 32, parágrafo 3: a) Quando os produtos em causa forem fabricados apenas para fins de investigação, experimentação, estudo ou desenvolvimento, excluindo-se do âmbito da presente alínea a produção em quantidade, destinada a garantir a viabilidade comercial do produto ou a	

		amortizar os custos de investigação e desenvolvimento;	
XXVII - na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.	IV – [...] j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;		Inclusão de critério de adjudicação adicional ou uso de set-asides (lotes separados) na concorrência ou pregão por técnica e preço, para que possa haver disputa entre associações ou cooperativas assim enquadradas, que podem ser muitas Suprimir inciso ou alínea.
XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão	IV – [...] f) bens ou serviços, produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;		Inclusão de critério de adjudicação adicional ou uso de set-asides (lotes separados) na concorrência ou pregão por técnica e preço. Suprimir inciso ou alínea.
XXXII - na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica.	XII – para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica;		Inclusão de critério de adjudicação adicional ou uso de set-asides (lotes separados) na concorrência ou pregão por técnica e preço. Suprimir incisos.
XXXIV - para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde	XVI – para a aquisição por pessoa jurídica de direito público interno de insumos estratégicos para a saúde produzidos ou		

produzidos ou distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, nos termos do inciso XXXII deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.	distribuídos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XIII, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.		
XXXIII - na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água.			Apoiamos a supressão do inciso.
§ 1º Os percentuais referidos nos incisos I e II do caput deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedade de economia mista, empresa pública e por autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas.	§ 2º Os valores referidos nos incisos I e II do caput serão duplicados para compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou autarquia ou fundação qualificadas, na forma da lei, como agências executivas.		Manter o parágrafo.

§ 2o O limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a administração pública estabelecido no inciso VIII do caput deste artigo não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS.			Apoiamos a supressão do inciso.
§ 4º Não se aplica a vedação prevista no inciso I do caput do art. 9º à hipótese prevista no inciso XXI do caput.			Apoiamos a supressão do inciso.
	XIII – para contratação de profissionais para compor a comissão para avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;		Substituir pela inexigibilidade, inciso I.
		Art. 32, parágrafo 3 d) Quando se trate da aquisição de fornecimentos ou serviços em condições especialmente vantajosas, seja a fornecedores que cessem definitivamente a sua atividade comercial, seja a liquidatários num procedimento de falência ou no âmbito de um acordo com credores ou procedimento da mesma natureza previsto nas legislações ou regulamentações nacionais.	A previsão dessa situação de dispensa seria demasiado arriscada em nosso país, pelo histórico de corrupção na gestão de compras.
		Art. 32: 4. O procedimento por negociação sem publicação prévia de anúncio de concurso pode ser utilizado para contratos públicos de serviços	Essa situação se assemelha mais às compras pelo critério de melhor técnica (art. 34 do Substitutivo). Institui-se o valor da obra, bem ou serviço, e o

		quando o contrato em causa venha na sequência de um concurso de conceção organizado em conformidade com a presente diretiva e deva ser adjudicado, de acordo com as regras previstas no concurso de conceção, ao vencedor ou aos vencedores desse concurso.	proponente da melhor técnica arremata o contrato. Alternativamente usa-se o diálogo competitivo.
Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:	Art. 72. É inexigível a licitação quando for inviável a competição, em especial nos casos de:	Art. 32, parágrafo 2, alínea b): ii) não existe concorrência por razões técnicas,	Manter incisos do Substitutivo, mas; sempre que viável, usar AQ. Ex: portal Capes; produtos patenteados.
I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;	I – aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo;	iii) é necessário proteger direitos exclusivos, incluindo os direitos de propriedade intelectual; As exceções previstas nas subalíneas ii) e iii) só se aplicam quando não exista alternativa ou substituto razoável e quando a inexistência de concorrência não resulte de uma restrição artificial dos parâmetros do concurso;	
II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; Art. 13 [...]: I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;	III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação: a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; b) pareceres, perícias e avaliações em geral;		

II - pareceres, perícias e avaliações em geral; III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.	c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;		
III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.	II – contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;	Art. 32, parágrafo 2: b) Quando as obras, os produtos ou os serviços só puderem ser fornecidos por um determinado operador económico, por uma das seguintes razões: i) o objetivo do concurso é a criação ou a aquisição de uma obra de arte ou de um espetáculo artístico únicos,	
§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.	§ 3º Para fins do disposto no inciso III do caput, entende-se por notória especialização o que dispõe o inciso XIX do art. 6º e por serviço singular aquele que tenha caráter eventual, seja complexo e possua características diferenciadas que exijam a contratação de profissional de notória especialização, não podendo ser prestado, sem prejuízo da qualidade, por servidores ou empregados públicos da própria Administração ou por outros profissionais ou empresas.		Manter parágrafo.

§ 2o Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.	§ 6º Na hipótese do caput, se comprovado sobrepreço ou superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado quem houver decidido pela contratação direta e o fornecedor ou o prestador de serviços.		Manter parágrafo.
	IV – objetos para os quais devam ou possam ser contratados todos os potenciais interessados, desde que o preço seja definido pela Administração e o mesmo para todos os contratados;		Suprimir o inciso
Art. 24, inciso X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;	V – aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e localização tornem necessária sua escolha		Manter o inciso neste artigo do Substitutivo.
	§ 1º Para fins do disposto no inciso I do caput, além de ser comprovada a impossibilidade de contratação de fornecedores de outros locais e observada a vedação à preferência de marca, a prova de que o objeto é fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo no local será feita mediante atestado fornecido pelo órgão de registro empresarial do local em que se realizar a aquisição, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes e também, se for		

	o caso, mediante apresentação de contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo, devendo ser verificada sua credibilidade pela Administração.		
	§ 2º Para fins do disposto no inciso II do caput, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.		
	§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do caput, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que justificaram a inexigibilidade.		
	§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do caput, devem ser observadas os seguintes requisitos: I – avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação e dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e prazo de amortização dos investimentos; II – certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;		

	III – justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e evidenciem a sua vantajosidade para Administração.		

Fontes: Lei 8.666/1993 consolidada; Substitutivo ao PL 1292/1995; Diretiva Europeia 24/2014; elaboração própria.

QUADRO 2

Matriz de transição do arcabouço de modalidades (exceto dispensa e inexigibilidade) para o arcabouço de procedimentos

Modalidade de compra	Procedimento na nova legislação
Pregão	Pregão (critérios de menor preço e maior desconto, sem acordo-quadro – AQ).
Concorrência	Concorrência (vários critérios, vários modos de disputa, com ou sem acordo-quadro – AQ).
Concorrência internacional	
Tomada de preços	
Convite	
Concorrência por técnica e preço	Concorrência por técnica e preço, com ou sem AQ
Concorrência internacional por técnica e preço	
Tomada de preços por técnica e preço	

Fonte: elaboração própria.

Mas e quanto aos procedimentos abertos e restritos da UE? Aqui a correspondência não é tão clara. A concorrência pode, em tese, combinar etapas de disputa aberta e fechada em diferentes ordens e, se acolhidas as sugestões desta Nota Técnica, ainda podem incluir disputas por relógio e *proxy*, ou repetir etapas do mesmo tipo de disputa. No caso em que a concorrência combinar duas ou mais etapas, em particular se elas forem do mesmo tipo de disputa, pode-se estabelecer alguma regra de progressão, que filtre uma parte dos licitantes e exclua outros. Se os critérios forem amplos, essas modalidades de concorrência se assemelharão ao procedimento restrito europeu. Veja a Figura 4.

A chave para a distinção entre a concorrência corresponder a um procedimento aberto ou restrito no sentido europeu está, portanto, nas regras de pré-qualificação, que, na versão atual do projeto de lei, são deixadas para serem disciplinadas em regulamento.

Onde fica o convite então? Bem, não encontramos no arcabouço comunitário europeu nada semelhante ao convite brasileiro. Como vimos na Figura 4, tanto o procedimento restrito como o diálogo competitivo são inicialmente abertos a todos os participantes, e a progressão de alguns desses participantes ("Pré-qualificação") deve seguir critérios objetivos, transparentes e anunciados publicamente na chamada inicial. Não há espaço para favorecimento a fornecedor A ou B, pois a adesão à chamada é divulgada e disponibilizada a todos os potenciais licitantes. E, mais importante, a restrição de número de participantes não tem nenhuma relação direta com o preço, mas tão somente com a complexidade e com o custo de preparar uma boa proposta.

A extinção do convite como é conhecido hoje, portanto, não traz prejuízo para a Administração, mas há que se encontrar fórmulas para agilizar compras de pequeno vulto ou que exijam bastante esforço na elaboração das propostas. Duas opções são:

i. O Sistema de Aquisição Dinâmico (Diretiva Europeia 24/2014, art. 34), *in verbis*:

> *1. Para a compra de bens ou serviços de uso corrente geralmente disponíveis no mercado e cujas características satisfaçam as exigências das autoridades adjudicantes, estas podem utilizar um sistema de aquisição dinâmico. O sistema de aquisição dinâmico deve funcionar como um processo inteiramente eletrónico e estar aberto, durante o período de vigência do sistema de aquisição, a qualquer operador económico que satisfaça os critérios de seleção. Pode ser dividido em categorias de produtos, obras ou serviços objetivamente definidos com base em características do concurso a lançar na categoria em causa. Essas características podem incluir uma referência à dimensão máxima autorizada dos contratos específicos a adjudicar ou a uma área geográfica específica na qual os contratos específicos a adjudicar serão executados.*
>
> *2. Para proceder a uma aquisição no âmbito de um sistema de aquisição dinâmico, as autoridades adjudicantes devem seguir as regras do concurso limitado. Todos os candidatos que satisfaçam os critérios de seleção são admitidos no sistema, sem que o número de candidatos a admitir possa ser limitado em conformidade com o artigo 65. Se tiverem dividido o sistema em categorias de produtos, obras ou serviços em conformidade com o nº 1 do presente artigo, as autoridades adjudicantes devem especificar os critérios de seleção aplicáveis a cada categoria.*

ii. Acordo-Quadro com múltiplos fornecedores adjudicados (ver Seção 7 abaixo).

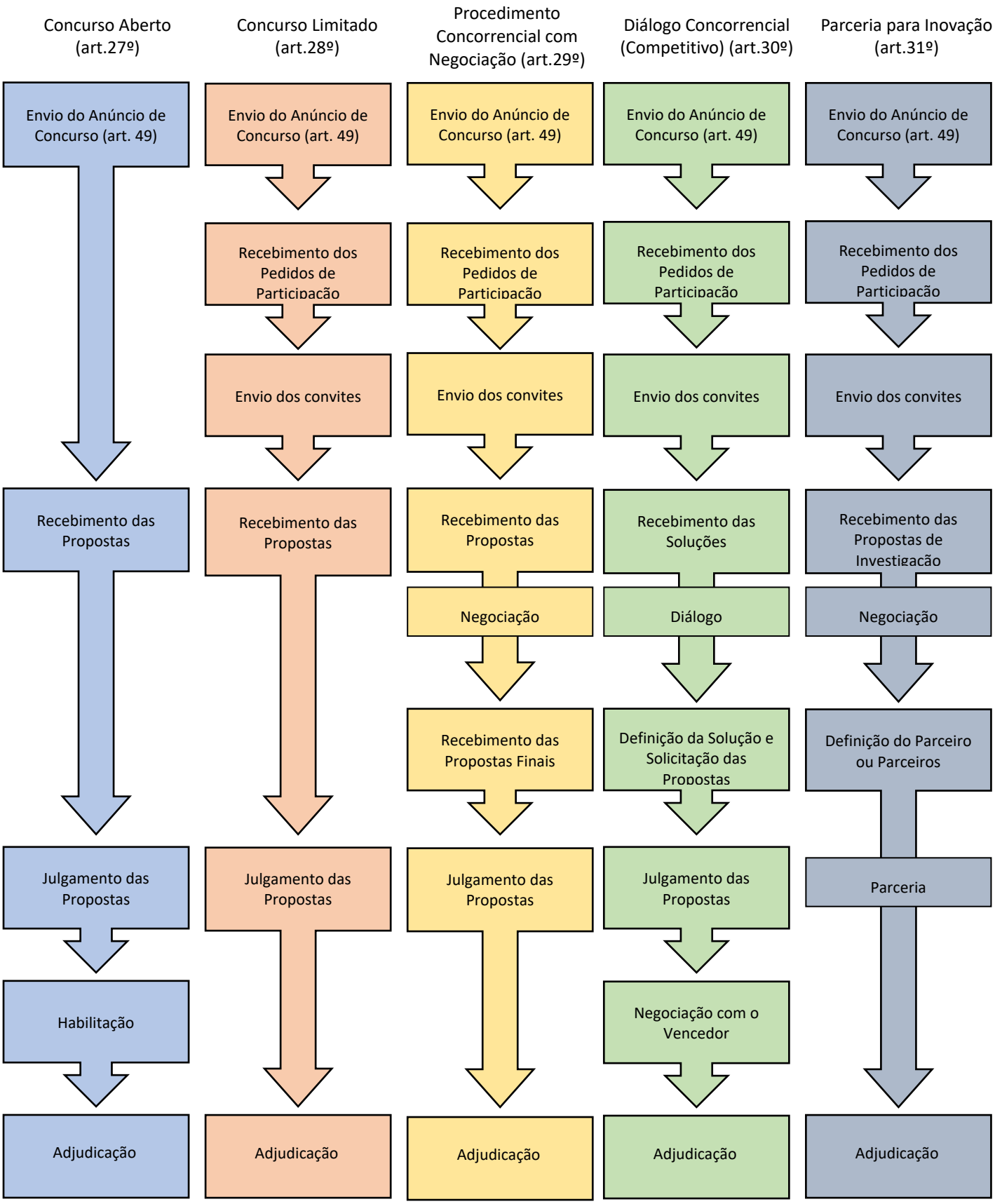
iii. A cotação eletrônica (ver a seguir).

Como já mostrou o Quadro 1, os critérios por excelência para se fazer contratação direta são: bem ou serviço singular e sem concorrência (casos de inexigibilidade), situações de emergência comprovada; fracasso de licitações passadas, e baixo valor. Como já apregoavam Fiuza e Medeiros (2014), o favorecimento a um tipo ou outro de agente econômico como fornecedor não deveria ser condicionante para uma dispensa de licitação, pois características que legitimamente norteiem as preferências da administração podem ser elencadas nas dimensões de técnica e preço ou usadas como critérios de desempate, como ocorre com as micro e pequenas empresas. As compras de soluções complexas podem passar para:

- Concorrências com pré-qualificação (os nossos equivalentes aos procedimentos restritos),
- Procedimentos concorrenciais com negociação (Diretiva Europeia 24/2014, art. 29);
- Parcerias para inovação (Diretiva Europeia 24/2014, art. 31), a nosso ver já cobertas pela legislação de encomendas tecnológicas (ver Seção 5 abaixo), ou
- Diálogos competitivos (já previstos no atual Substitutivo).

FIGURA 4

Os cinco principais procedimentos competitivos no ordenamento da União Europeia.



Fonte: Diretiva 2014/24/EU. Elaboração: Rafael S.O. Lima (ENAP) para o curso "Boas Práticas em Compras Públicas - Conhecendo a experiência europeia para refletir sobre o Brasil"

QUADRO 3

Cotação eletrônica estendida

Critérios de análise	Pregão eletrônico	Cotação eletrônica	Cotação eletrônica estendida – versão 2018
É uma licitação	Sim	Não	Sim. É um procedimento aberto (licitação competitiva) simplificado
Limite de valor	Não há	<=R$ 8 mil	Art. 73, Incisos I e II
Cotação do valor de referência	A praxe é obter três cotações, no mínimo	Uma cotação	A autoridade precisa solicitar três cotações, que automaticamente passam a concorrer no certame.
Critério de adjudicação	Menor preço	Menor preço	Menor preço ou PGMV, desde que a pontuação técnica tenha apenas uma ou duas dimensões, todas elas de mensuração objetiva (por exemplo: prazo máximo de entrega)
Antecedência da divulgação da sessão	Oito dias úteis	Os fornecedores são convidados diretamente. Não há referência a prazos.	Os fornecedores são convidados diretamente, mas outros fornecedores já cadastrados podem participar, enquanto a cotação estiver aberta
Número máximo de classes do catálogo de materiais (CATMAT) que podem constar do processo e da sessão	Não há limite máximo	Um	Um
Validade do preço	Sessenta dias, se outro prazo não estiver fixado no edital (Lei no 10.520/2002, Artigo 4o)	Trinta dias	A definir
Fornecedores participantes	Qualquer um que atenda à convocação pública	Selecionados aleatoriamente, em "quantitativo que garanta competitividade (...) entre aqueles registrados na correspondente linha de fornecimento e que tenham indicado possibilidade de entrega no município onde esteja localizado o Órgão Promotor da Cotação" (Brasil, 2001, Artigo 6o, inciso I).	Os convidados serão selecionados aleatoriamente, em "quantitativo que garanta competitividade (...), entre aqueles registrados na correspondente linha de fornecimento e que tenham indicado possibilidade de entrega no município onde esteja localizado o órgão promotor da cotação". Na falta de fornecedores que atendam a esses critérios, podem ser consultadas empresas ainda não habilitadas, que só se habilitariam após arrematarem o objeto.
Modo de disputa: fases	Duas: fase dos "envelopes fechados" (propostas) e fase descendente (lances, no pregão propriamente dito).	Uma: descendente. A partir da primeira rodada de propostas, todos os participantes estão livres para baixar os lances em rodadas sucessivas.	Uma vez inseridas as cotações iniciais como primeiras três propostas, a adesão é livre e a disputa é aberta. Se for descendente, já a partir da primeira rodada de propostas todos os participantes estão livres para baixar os lances em rodadas sucessivas. Regras de melhoria de lances e de retirada de lances podem ser definidas em regulamento.
Identidade dos lances durante a sessão pública virtual	Não revelada	Não revelada	Não revelada
Identidade dos lances após o encerramento da sessão pública virtual	Revelada na ata	Revelada no relatório de classificação de fornecedores	Revelada no relatório de classificação de fornecedores
Regra de encerramento	Encerramento aleatório numa janela de trinta minutos após o aviso de fechamento iminente.	Encerramento aleatório numa janela de trinta minutos após o aviso de fechamento iminente.	Tempo de abertura e regra de fechamento podem seguir o que for definido para outros procedimentos abertos (licitações competitivas).

Fonte: Fiuza e Medeiros (2014), adaptado.

QUADRO 4

Regime simplificado de contratações públicas versus Regime Geral (Europa)

Critérios de análise	Regime geral	Regime simplificado
Valor do contrato	Superior a 207 000 euros	Superior a 750 000 euros
Procedimento	Procedimento normal sujeito ao conjunto completo das regras processuais	• Publicação prévia simplificada dos contratos • Igualdade de tratamento dos proponentes
Serviços abrangidos (seleção)	Todos os serviços, exceto os abrangidos pelo regime simplificado (é apresentada uma lista exaustiva de todos os serviços abrangidos pelo regime simplificado num anexo da diretiva).	• Serviços sociais • Serviços de saúde • Serviços culturais • Serviços de educação • Determinados serviços jurídicos • Serviços de hotelaria e restauração

Fonte: https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15508/attachments/1/translations/pt/renditions/native

QUADRO 5

Evolução do número de situações de dispensa de licitação e inexigibilidade na legislação brasileira

Previsões	D.L. 2300 e 2360 (1986)	Lei 8666/1993	Substitutivo	Proposta Ipea
Dispensa de licitação	13	34	28 (= 16 incisos + 1 inciso X 12 alíneas)	9
Inexigibilidade	4	3	5	6

Fonte: elaboração própria.

Uma recente nota técnica do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União[14] mostra que os antigos limiares de valor para aplicação de dispensa de licitação pelo Art. 24, incisos I e II, da Lei 8.666/1993 estavam tão defasados que, assumindo-se algumas hipóteses de alocação de custos comuns, os custos estimados da montagem e execução de um pregão eletrônico (a modalidade mais rápida e simples atualmente disponível) superavam os ganhos obtidos (medidos pela diferença entre o preço obtido e o estimado). Desse resultado, a conclusão imediata (e que foi acatada através do Decreto 9412/2018) seria reajustar os limiares para cima, de modo que mais compras fossem feitas por dispensa utilizando-se aqueles

[14] NOTA TÉCNICA Nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC, disponível em: http://www.cgu.gov.br/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc-1.pdf.

incisos[15]. No nosso entender, essa conclusão é precipitada, porquanto incompleta. Muitas compras de pequeno valor ou de bens singulares podem ser extintas através de um bom trabalho de padronização de bens e serviços, combinado com a centralização de compras (registro de preços ou acordo-quadro; ver seção 7 abaixo). As restantes poderiam usar um tipo de cotação eletrônica estendida, cujas regras nós agora revisamos em relação à proposta original de 2014, e que nos parecem mais justas e seguras que as dispostas no art. 73, § 3º. Ver o Quadro 3.

O fato é, e nunca é demais repetir, que o Brasil tem um número inconcebivelmente grande de situações de dispensa de licitação, fruto da atuação histórica de diversos lobbies de grupos de interesse que não querem se sujeitar a uma mínima competição. Situações que naturalmente recomendam o não-uso da licitação são situações de emergência, baixo valor ou inexistência de substituto, ainda que imperfeito.

- "Emergência" só é emergência de verdade se o planejamento foi feito e um choque exógeno e imprevisível o arruinou. A esse respeito, A IN 01/2019, de 10/01/2019, é um passo importante que nem precisou da aprovação do PL em questão para introduzir os Planos Anuais de Contratação[16].

- "Inexistência de substituto" só pode ser validada após um rigoroso planejamento de compras que tenha alinhado as necessidades da máquina pública segundo padrões de interoperabilidade e objetivando ganhos de escala nas compras de produtos com as mesmas especificações.[17] É isso que as grandes empresas privadas fazem mundo afora.

- Por fim, "baixo valor" também só acontece após se esgotar todo esse mesmo processo de padronização, agregação e centralização. Mesmo se o fornecedor é um ente de direito público, NADA, absolutamente NADA justifica que ele seja privilegiado em compras. Ele deve competir em igualdade de condições com entes privados que possam oferecer o mesmo bem ou serviço. Qualquer ente público tem direito a competir em preço e ou qualidade pelos mesmos recursos (inclusive eventuais subsídios legalmente previstos) pagos a entes públicos na provisão dos mesmos bens ou serviços.

O número de incisos atuais, sua evolução histórica e a perspectiva dada pelo Substitutivo (ver o Quadro 5) comprova que cada um na sociedade busca muito mais o seu próprio remendo, quando deveria batalhar por um tecido institucional robusto e enxuto que valesse para todos.

---

[15] Na verdade, o efeito sobre os valores de dispensa foi obtido indiretamente. O que o decreto reajustou foram os limiares para convite, tomada de preços e concorrência para bens, serviços e obras. Os incisos I e II do art. 24 da Lei 8666 definem os limiares de dispensa como percentagens desses valores.

[16] Ver https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/1068-in-1-de-2019.

[17] Esta não é uma posição isolada dos autores. É corroborada, por exemplo, pela OCDE (2014a) e pelo Banco Mundial (2004, p.4).

3.3. A questão da divisão de lotes, dos lances condicionados e do modo de disputa

Como se sabe, as compras nas modalidades atuais podem envolver dezenas de itens. O número médio de itens por pregão, por exemplo, tem oscilado entre 29 e 33 nos últimos anos (ver Tabela 2a). Se levarmos em conta que as compras nas modalidades concorrência e pregão podem também ser realizadas pelo Sistema de Registro de Preços, que permite que diferentes Unidades Administrativas (UASG – Unidade Administrativa de Serviços Gerais) adiram à Ata de Registro de Preços e desfrutem do preço adjudicado ao exercer suas opções de compra, concluímos que alguns itens de compra podem gerar um ou mais itens-Unidades. O número médio de itens-Unidades em pregões (onde o SRP é majoritariamente usado) salta então para a faixa de 31 a 55 por compra. Isso significa que, em média, um mesmo fornecedor, num pregão, tem a oportunidade de disputar vendas em 31 a 55 "lotes" diferentes. Alguns desses lotes (itens-Unidades referentes a um mesmo item de compra) compreendem exatamente o mesmo produto, só que entregues a Unidades Administrativas diferentes. O Substitutivo, Art. 78, Inciso III, permite esses preços diferentes. Outros itens podem ser diferentes apenas marginalmente, e fazer parte de uma mesma linha de fornecimento das empresas licitantes. Por exemplo, uma distribuidora de produtos médicos e/ou farmacêuticos pode ter em seu mesmo portfólio: (i) agulhas e seringas; ou (ii) stents e fio de sutura e luvas cirúrgicas; ou (iii) levotiroxina sódica em comprimidos de 125 ou 175 mcg. Naturalmente, é de se esperar que, ao entregar mais de um item num mesmo endereço o fornecedor desfrute de economias de escala na logística; mesmo entregando a diversos endereços, se o "contrato" (no caso de compras públicas brasileira, o empenho basta) for um só, já se economiza em custos de transação administrativos.

Ora, um fornecedor que só pode disputar item por item separadamente não pode repassar esses ganhos de escala ou escopo aos seus lances, pois não tem a garantia de que arrematará os itens em conjunto – é o chamado risco de exposição. A solução alternativa adotada em alguns editais, de juntar alguns itens em blocos (conhecidos como "lotes", um nome que não se deve confundir com o termo "lote" na literatura de leilões) – baseada no consagrado método ABC, largamente utilizado em sistemas de controle de estoques e cadeias de suprimentos –, também não resolve todas as situações, pois impõe quais itens devem ser fornecidos conjuntamente, impedindo que empresas com linhas de produtos diferentes façam pacotes diferentes. O agente público não é capaz de adivinhar de antemão que pacotes serão formados[18]. Ele pode e deve deixar que as empresas licitantes revelem seus ganhos de escopo no fornecimento conjunto, e isso acontece de uma maneira relativamente simples: permitindo lances

[18] Isso não significa que o agente público não possa usar da inteligência de mercado para dividir os lotes em regiões geográficas ou grupos de Unidades Administrativas – ver mais em Grimm et al. (2006) e Egeberg (2016).

combinados, isto é, lances sobre diferentes cestas de itens, condicionados ao arremate conjunto da cesta.

Num exemplo simples de licitação de 3 itens A, B e C, a empresa licitante poderia dar lances por cada item separadamente, pelos pares A-B, A-C, B-C, e pelo trio completo A-B-C. Pode-se requerer, inclusive, que esses lances tragam necessariamente um desconto tal que o preço unitário médio de cada item seja estritamente menor no pacote do que no item individual. Depois, o leiloeiro "só" precisa comparar todas as combinações oferecidas e minimizar o custo de aquisição total. Ele pode, por exemplo, selecionar um pacote A-B de uma empresa e o item C de outra. Ou o pacote A-C de uma firma e o item B individual. Ou o pacote A-B-C de uma única firma. O edital pode também impor um teto ao número de itens a serem adjudicados a um mesmo fornecedor para impedir monopolização. É o que prevê a Diretiva Europeia 24/2014:

> *Artigo 46º -Divisão dos contratos em lotes*
>
> *1. As autoridades adjudicantes podem decidir adjudicar um contrato sob a forma de lotes separados e podem determinar a dimensão e o objeto desses lotes.*
>
> *Com exceção dos contratos cuja divisão seja obrigatória por força do no 4 do presente artigo, as autoridades adjudicantes indicam as principais razões para a sua decisão de não subdividir o contrato em lotes; tal deve constar dos documentos do concurso ou do relatório individual a que se refere o artigo 84º.*
>
> *2. As autoridades adjudicantes indicam, no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse, se podem ser apresentadas propostas para um lote, para vários lotes ou para todos eles.*
>
> *Mesmo que possam ser apresentadas propostas para vários lotes ou para todos os lotes, as autoridades adjudicantes podem limitar o número de lotes que podem ser adjudicados a um proponente, desde que o número máximo de lotes por proponente esteja indicado no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse. As autoridades adjudicantes devem indicar nos documentos do concurso as regras ou os critérios objetivos e não discriminatórios que tencionam aplicar para determinar a adjudicação dos lotes, nos casos em que a aplicação dos critérios de adjudicação resulte na adjudicação a um proponente de um número de lotes superior ao número máximo fixado.*
>
> *3. Os Estados-Membros podem prever que, se puder ser adjudicado mais do que um lote ao mesmo proponente, as autoridades adjudicantes possam adjudicar contratos que combinem vários lotes ou a totalidade dos lotes se, no anúncio de concurso ou no convite à confirmação de interesse, tiverem especificado que se reservam a possibilidade de o fazer e indicado a forma como os lotes ou grupos de lotes podem ser combinados.*

A submissão de lances combinados pode ser feita em qualquer um dos modos de disputa já previstos no Substitutivo: aberto ou fechado. São, respectivamente, o Leilão Descendente Simultâneo e o Leilão de Envelopes Fechados com Lances em Pacotes. Adicionalmente, alguns formatos de leilão se prestam ainda melhor a lances combinados: são eles o leilão de relógio (clock auction), o leilão de proxy (proxy auction) e a combinação dos dois em fases sequenciais, o leilão de relógio-proxy. O Quadro 6 descreve detalhadamente como funcionam esses três

tipos de leilão. O uso mais comum de disputas abertas com lances combinados tem sido na venda de direitos (leilão ascendente simultâneo), criado por Paul Milgrom e Preston McAfee e utilizado com sucesso pelo Federal Communications Commission americano desde a licitação de espectro para telefonia celular em 1994[19]. Leilões de relógio combinatórios, criados por Ausubel, Cramton e Milgrom (2006), foram usados em licitações de vendas de direitos de espectro, como os primeiros do Reino Unido (2008) e os de 4G no Reino Unido e na Áustria (2013) – Levin e Skrzypacz (2016). Os leilões de proxy são utilizados exaustivamente para venda de produtos no site e-Bay – ver Rogers et al. (2007). E os leilões de relógio-proxy são usados em leilões de espectro e de energia – ver Mochón et al. (2011). Por fim, note-se que a merenda escolar no Chile é licitada por meio de leilões de envelopes fechados, com apenas uma rodada, mas com a permissão de lances combinatórios – ver Olivares et al. (2012) e o Box 1.

TABELA 2A
Número médio de itens por compra, por modalidade

Ano	Concorrência	Concorrência Internacional	Convite	Pregão	Tomada de Preços
2008	1,94	3,10	14,03	29,82	2,71
2009	2,27	8,68	6,33	30,87	1,35
2010	1,82	3,80	3,50	31,90	1,35
2011	2,23	2,69	3,42	32,98	2,13
2012	1,96	5,48	2,66	31,29	1,36
2013	2,13	5,38	2,21	31,15	1,33
2014	4,54	4,98	2,22	29,99	1,29
2015	1,60	4,45	2,29	31,44	1,29
2016	3,75	6,00	1,62	32,32	1,15
2017	1,97	1,33	1,35	31,81	1,18
Total Geral	**2,42**	**4,59**	**3,96**	**31,36**	**1,52**

[19] Foi nesse tipo de leilão que foram desenvolvidas ideias para regras de retirada de lance, de incremento (no caso de compras públicas, decrementos) e de atividade.

TABELA 2A

Número médio de itens-Unidades-Compradoras, por modalidade

Ano	Concorrência	Pregão	Tomada de Preços
2008	1,94	31,83	2,71
2009	2,27	33,32	1,35
2010	1,82	35,81	1,35
2011	2,23	38,36	2,13
2012	1,96	40,26	1,36
2013	2,18	47,74	1,33
2014	5,18	46,18	1,29
2015	1,60	51,51	1,29
2016	3,75	54,99	1,15
2017	1,97	53,49	1,18
Total Geral	**2,49**	**43,35**	**1,52**

QUADRO 6

Comparação dos modos de disputa de relógio, de proxy e a combinação dos dois

Fases	Relógio	Relógio-proxy	Proxy
Primeira etapa	Comprador cota um valor (ou score) para cada lote e, se aplicável, a quantidade máxima de lotes (ou um índice de quantidade, caso os lotes não sejam simétricos) que um fornecedor pode arrematar	Igual ao leilão de relógio	Vai-se direto para a fase final.
	A cada rodada, o "relógio" vai baixando automaticamente o preço (se o critério for menor preço) ou aumentando o score (Se o critério for de técnica e preço) a intervalos regulares e com a mesma frequência temporal.	Igual ao leilão de relógio	
	Cada licitante observa o preço de cada lote e escolhe os lotes em que quer continuar participando. e oferece a quantidade em cada um. Ou se pode usar uma regra (em caso de indivisibilidade do lote) em que cada licitante tem que ofertar toda a quantidade de cada lote. No primeiro caso, pode haver lances intra-rodada.	Igual ao leilão de relógio	
	Enquanto a soma das quantidades ofertadas é maior do que a demanda num lote, o preço é baixado nele. Se o critério for de técnica e preço, isso equivale a aumentar o score (pois o score é sempre decrescente em preço)	Igual ao leilão de relógio	
	Preço para de cair num lote quando oferta iguala demanda	Igual ao leilão de relógio	
Fase final	Envelopes fechados; sistema guarda a memória dos lances anteriores, e pode usá-los na alocação ótima final	Licitantes instruem, cada um, um agente proxy, isto é, um robô (fornecido pelo comprador, com alguma chave de segurança) informando suas curvas de custo (ou de preços de reserva mínimos) para cada pacote que lhe interessa. Estes robôs submetem lances combinatórios automaticamente, seguindo uma regra pré-programada que maximiza seus lucros.	
		Comprador realiza uma etapa de lances descendentes admitindo lances combinatórios (que foram pré-programados nos agentes proxies)	
		Enquanto o lance vencedor informado em cada rodada é superior ao custo informado ao agente proxy, este baixa o respectivo preço. Quando não há mais lances, declaram-se os vencedores.	

Fonte: Cramton et al. (2006), vários capítulos

.

BOX 2

Merendas escolares no Chile: uma aplicação de leilão multiobjeto combinatório de primeiro preço com envelopes fechados

O governo chileno fornece diariamente café da manhã e almoço para 2,5 milhões de crianças em escolas primárias durante o ano letivo. Desde 1999, as empresas contratadas para esse serviço têm seus contratos adjudicados através de um leilão combinatório de primeiro preço com envelopes fechados em uma só rodada. As refeições são padronizadas (em dimensões como calorias, quantidades de cada nutriente, frequência de cada alimento, requisitos de higiene, instalações do refeitório, etc.) e as firmas competem em preços. O Chile é dividido em unidades territoriais e as firmas podem submeter propostas para qualquer conjunto ("pacote") de unidades, o que define o caráter combinatório desse leilão. Aproximadamente 20 firmas participam em cada leilão. Cada firma submete vários lances: o número de lances pode ir de um até centenas ou milhares (o Chile é dividido em aproximadamente 100 distritos escolares ou unidades territoriais). Os leilões combinatórios têm sido usados todos os anos desde sua introdução: a cada ano, um terço das unidades territoriais (UTs) é licitado. O caráter combinatório foi motivado pela crença de que as firmas estavam sujeitas a sinergias de custos ao servirem múltiplas UTs (em particular, quando elas são contíguas, permitindo a instalação de cozinhas centrais com ganhos de escala e despachos das refeições semiprontas às escolas).

Depois de uma fase de pré-qualificação dos potenciais fornecedores (com base em critérios de capacidade financeira e competência administrativa), procede-se ao leilão eletrônico. As firmas adjudicadas são responsáveis por gerenciar toda a cadeia de suprimento associada ao fornecimento das refeições (a partir de 2017 seria implementada gradualmente uma nova política requerendo ao menos 15% de insumos fornecidos localmente – ver https://www.wfp.org/content/smart-school-meals-nutrition-sensitive-national-programmes-latin-america-and-caribbean, p.141), desde a compra dos insumos até servir as refeições nas escolas. Cada lance pode combinar de um até oito UTs, e especifica o preço ao qual a firma serviria todas as refeições incluídas na UTs cobertas pela combinação. Cada firma pode submeter centenas ou milhares desses lances. Cada lance é totalmente aceito ou totalmente rejeitado. A alocação dos contratos é feita selecionando-se a combinação de lances que cobre a oferta a todas as UTs ao menor custo total. O *problema de determinação do vencedor* é um programa de otimização linear inteira e incorpora restrições tais como números máximos de refeições que podem ser atribuídas a uma mesma firma, tanto ao nível nacional como em determinadas regiões geográficas (para favorecer a concorrência pelo mercado). Estimativas de 2002 davam conta de uma economia de 40 milhões de dólares ao ano quando da implantação do leilão (Epstein et al, 2004). As economias geradas permitiram o *upgrade* das refeições, com o aumento da frequência do leite, do pão e da carne, substituição de peixe enlatado por fresco, introdução de saladas frescas, etc. Também possibilitou a expansão geográfica do programa para regiões de acesso mais difícil e, portanto, custos logísticos mais altos.

Fonte: Olivares et al (2012); Epstein et al (2014).

De um modo geral, estamos mostrando que há uma grande variedade de leilões a partir de quatro modos de disputa básicos, sendo dois já previstos no Substitutivo (o aberto e o fechado) e dois aqui sugeridos (relógio e proxy). Pode-se, portanto, realizar um leilão de uma fase com qualquer um dos quatro modos listados, ou ainda combinar uma fase aberta com uma fechada em qualquer ordem, como no RDC, ou ainda prever o leilão relógio-proxy. Por fim, uma combinação muito interessante é replicar a fase fechada por n ≥ 2

vezes, desclassificando licitantes entre uma fase e outra com base nos seus lances. Outras combinações, até onde sabemos, não foram ainda testadas na prática. As nossas sugestões, portanto, são de permitir a repetição de um mesmo modo de disputa e acrescentar os modos de disputa de relógio e proxy, ou, ainda melhor, deixar os modos de disputa para serem definidas em regulamento.

3.4. Regras de submissão de lances

Admitindo o Substitutivo a possibilidade de realizar leilões com uma fase em modo de disputa aberto, é importante notar que as fases de disputa aberta dos pregões brasileiros têm durações que impõem custos excessivos aos pregoeiros e participantes. Na Tabela 3 podemos notar que um quarto dos pregões leva menos que um dia ou tem que ser interrompido e retomado no dia seguinte. Outro quarto dos pregões leva até uma semana para ser encerrado. Por fim, no extremo superior, dez por cento dos pregões leva mais de um mês para ser encerrado[20]!

Além disso, os modos de disputa aberto, mesmo com todos os mecanismos de anonimato de licitantes já disponíveis no pregão eletrônico, podem dar margem a vários tipos de estratégia colusiva (Albano et al, 2006):

i. Lances em código (*code bidding*), pelos quais os licitantes sinalizam seus lotes/itens de preferência;

ii. Supressão de propostas: estratégia que permite acomodar divisões de lotes/itens entre membros de um cartel (ver seção 6).

iii. Lances em salto (*jump bidding*): um rápido corte nos preços por um dos licitantes pode assustar os outros, levando-os a sair do pregão.

Milgrom (2004) apontou que o problema de leilões muito longos, nos quais os participantes ainda estão aprendendo melhor sobre os custos (e evitando a "Maldição do vencedor"), podem ser evitados com regras de incremento no caso de venda – ou regras de decréscimo, no caso de compra pública. Essas regras podem disciplinar tanto o limite máximo (para evitar *jump bidding*) como o limite mínimo (para evitar que os leilões se prolonguem ou sejam vulneráveis a robôs). As seguintes regras, portanto, são bastante recomendáveis para serem incorporadas no atual Substitutivo[21]:

---

[20] Isso pode envolver suspensão da sessão por motivos diversos.

[21] Note-se que foi colocada em consulta pública pelo Ministério da Economia em janeiro/2019 uma minuta de decreto para mudar a regulamentação da Lei 10.520 (que instituiu o pregão). Em audiência pública no dia 16/01/2019 como parte desta consulta, o Ministério justificou a proposta de mudança da regra de encerramento do pregão pelo fato de que há

a. Limites ao valor da redução do preço (que chamamos aqui de "regra de melhoria de lance");

b. Limites ao valor dos lances a valores redondos (isso tanto evita o *code bidding* como diminui a efetividade dos robôs);

c. Tornar a retirada de lances custosa;

d. Fechamento do leilão item por item, com prorrogação em caso de novos lances (regra de encerramento + regra de atividade).

Por fim, como salientam tanto Albano et al (2006) como Kovacic et al (2006), é importante impedir que o anonimato dos lances seja quebrado. A esse respeito, é muito importante ressaltar que entre as principais virtudes do pregão eletrônico, ao contrário do que pensam muitos, não está a presença da fase de disputa aberta. O pregão presencial também tem isso, e faz uma peneira nos licitantes entre a fase fechada e a aberta, mas ele guarda um mesmo defeito que as licitações de envelope fechado tradicionais: a falta de anonimato. Mais ainda, a teoria econômica sugere (novamente, veja Kovacic et al, 2006) que a disputa fechada é muito mais danosa a conluios, pois qualquer membro externo ao cartel, não sendo identificado antes da abertura das propostas, pode apresentar um lance mais baixo e arrematar o objeto, sem que os demais concorrentes tenham condições de esboçar uma reação em preço, mas tão somente por outras vias, notadamente os recursos administrativos e impugnações. A OCDE (2016b, p.44) também recomenda que, quando houver suspeita de conluio, que se usem envelopes fechados em vez de leilões reversos (isto é, modo de disputa aberto). Em outro documento, a OCDE (2014b) salienta que os leilões de envelopes fechados propiciam maior entrada em comparação com leilões de lances abertos.

Nas duas últimas diretivas da Comissão Europeia (a de 2004 e a de 2014), estão presentes os leilões eletrônicos reversos, que são descritos assim no Art. 35 da Diretiva 24/2014:

> *"Artigo 35º Leilões eletrónicos*
> *1. As autoridades adjudicantes podem utilizar leilões eletrônicos com novos preços, mais baixos, e/ou novos valores relativamente a determinados elementos das propostas.*
> *Para o efeito, as autoridades adjudicantes organizam o leilão eletrónico como um procedimento eletrónico repetitivo, desencadeado após uma primeira avaliação completa das propostas, que lhes permita classificar as mesmas com base em métodos automáticos de avaliação."*

---

poucos lances abertos submetidos antes do anúncio da batida iminente de encerramento aleatório, e que quando o encerramento acontece muito cedo, os preços obtidos são mais altos porque se frustrou o *rally* de baixas de lances. É no mínimo curioso que a mudança de regra de encerramento tenha sido aventada e incluída na portaria, mas a regra de submissão de lances fosse deixada para ser implementada no sistema sem passar pela regulamentação no decreto e, portanto, sem ser discutida na consulta pública. Não há como se justificar, a nosso ver, essa disparidade de tratamento às duas regras, que formam um conjunto a ser harmonizado com as demais regras aqui listadas.

A redação sugere que se trate do modo de disputa aberto em formato eletrônico[22], e a Diretiva 24/2014 impõe que ele seja usado em certas condições. A Lei Modelo de Contratação Pública da UNCITRAL descreve o leilão eletrônico reverso de forma semelhante. A redação também não obriga os Estados-Membros a utilizarem esse formato de leilão, apenas lho permite. De fato, segundo a OCDE (2017a), vários Estados –Membros, apesar de terem transposto a Diretiva para suas legislações nacionais, como lhes era devido até maio de 2016, continuavam naquele ano sem terem instalado as funcionalidades de leilão reverso em nenhuma entidade adjudicante! Eram eles: Alemanha, Hungria, Irlanda, Islândia, Letônia e Países Baixos. Isso sem falar da Espanha, que estava atrasada na transposição da Diretiva. De fato, ainda é muito comum a recepção de propostas em disputa fechada por meio eletrônico quando a entidade adjudicante opta por um procedimento licitatório.

Como já foi comentado em Fiuza e Medeiros (2014), não há uma superioridade de um formato sobre o outro em todas as situações. Aqui reproduzimos uma fonte comumente citada quando se discute a aplicabilidade do leilão econômico reverso:

> *"Segundo a teoria econômica, o leilão eletrônico (inglês) é superior ao leilão de primeiro preço em vários aspectos. Em primeiro lugar, independentemente das circunstâncias do concurso e das características dos proponentes, o leilão inglês é o único formato em que a estratégia dominante dos proponentes deve ser sempre "reveladora da verdade", portanto, para fazer a sua própria avaliação real. Isso, por sua vez, pode garantir que os contratos sejam atribuídos aos provedores mais competitivos disponíveis e, assim, garantir um crescimento de longo prazo do mercado. Em segundo lugar, na maioria dos casos de aquisição (ou seja, quando os proponentes têm avaliações afiliadas), o leilão inglês também é mais capaz de garantir a melhor relação custo-benefício, o que é um objetivo comercial importante em nível nacional. Terceiro, o fato de o leilão inglês ser conduzido por meios eletrônicos reduz muitas dificuldades administrativas e custos associados ao procedimento aberto tradicional, tais como custos de manipulação e avaliação de licitações, custos de comunicação e até mesmo custos que os licitantes potenciais gastam em atividades de espionagem industriais e comerciais antes de apresentar propostas. O fato de o leilão inglês ser mais capaz de mitigar o problema da "maldição do vencedor" também é uma vantagem adicional em comparação ao leilão de primeiro preço. Por fim, o leilão inglês é favorecido em relação ao procedimento tradicional, devido à sua maior transparência no processo de adjudicação de contrato, que é um fator importante na implementação da EC, bem como nas políticas nacionais de aquisições.*
> *Por outro lado, a aplicação do procedimento de leilão eletrônico é limitada por definição. Isso ocorre porque é aplicável apenas a contratos que envolvem elementos que são quantificáveis para que possam ser expressos em números ou porcentagens. As propostas, em que elementos não quantificáveis devem ser*

[22] Mesmo essa conclusão não pôde ainda ser validada. Notar que a redação do artigo menciona ainda que "*o leilão eletrónico pode processar-se em várias fases sucessivas*". Ao nosso ver, isso serviria para, por exemplo, se fazerem várias rodadas de lances fechados, ainda que se vede a eliminação de concorrentes entre essas rodadas (Diretiva 24/2014, Exposição de Motivos, Parágrafo 67).

avaliados, não podem ser submetidas ao leilão eletrônico. Consequentemente, muitos contratos, como os que têm o desempenho intelectual como objeto ou projeto de obras, estão sujeitos apenas ao procedimento tradicional de licitação. Além disso, o leilão reverso é mais suscetível ao conluio em comparação com o leilão de primeiro preço. Este fato deve ser levado a sério, especialmente em projetos que são caracterizados por um pequeno número de licitantes, ou em licitações repetidas em que o mesmo grupo de licitantes participa. Por último, é possível que o leilão eletrônico seja inferior ao leilão de primeiro preço do ponto de vista da receita, quando os licitantes são avessos ao risco. No entanto, este último não é um resultado claro, especialmente quando as avaliações dos licitantes são dependentes". [Soudry, 2004]

O pregão eletrônico, além da fase aberta, diferencia-se dos leilões de envelopes fechados da Lei de Licitações atual (concorrência, tomada de preços e convite) por:

i. Adiar a habilitação para após o certame;

ii. Reduzir o custo de entrada de licitantes potenciais (uma vez que eles não precisam deslocar recursos humanos escassos aos locais de certame, muitas vezes distantes de suas bases)

iii. Promover o anonimato dos lances

iv. Redução de prazos

Os dois primeiros itens ampliam a concorrência potencial, ao facilitar o acesso de empresas pequenas e médias aos certames. Mas o terceiro item, ao nosso ver, é o mais fundamental para o sucesso dessa modalidade: nem os licitantes nem o pregoeiro conseguem identificar os outros participantes, e aqueles têm um nível de informação reduzido sobre os lances submetidos. Ora, essa característica pode ser introduzida em qualquer modo de disputa, seja ele aberto, fechado, relógio, proxy, com lances combinados ou não. Em verdade, o leilão de relógio domina o modo de disputa aberto em vários aspectos: não há *jump bidding*, não há "coelhos", não existe nenhuma assimetria entre licitantes pelo uso de robôs; o tempo máximo de encerramento está dado, e é muito mais difícil implementar esquemas de conluio.

Portanto o fundamental é garantir a submissão eletrônica, não a disputa aberta. Com a submissão eletrônica:

- O anonimato pode ser preservado
- Todo e qualquer ato dos licitantes no certame é devidamente registrado, facilitando a fiscalização dos órgãos de controle[23]

[23] A previsão de gravação em áudio ou vídeo dos certames para compensar o não-uso de lances eletrônicos anônimos é, na melhor das hipóteses, ingênua. Por melhor que seja a gravação ou filmagem, ela não impede que os concorrentes

Em outras palavras, o fundamental é impedir completamente a realização de certames presenciais. Não se deve deixar nenhuma brecha para que isso aconteça. Não se podem alegar razões técnicas, uma vez que a menor prefeitura que quiser realizar um pregão eletrônico pode facilmente contratar um portal de compras, aderir a um consórcio ou a um registro de preços. Pregões presenciais, como ocorrem às dezenas e centenas pelos municípios Brasil afora, devem desaparecer o quanto antes, pois são ocasiões propícias para a atuação de cartéis e ocorrência de licitações direcionadas por gestores desonestos e, são, portanto, inimigos da transparência pública. O simples fato de exigir a presença física dos licitantes já inibe, de antemão, a participação de firmas mais distantes, o que restringe a concorrência no certame desde o nascedouro. Em suma, há motivos de sobra para se abolirem os certames presenciais, e nenhum para justificar a sua manutenção.

Como bem recomenda a OCDE (2016b)) [grifos nossos]:

> *(...) agentes do governo responsáveis por compras públicas em todos os níveis de governo devem:*
> *1. Entender, em cooperação com os reguladores do setor, as características gerais do mercado em questão, a gama de produtos e / ou serviços disponíveis no mercado que atendam às exigências do comprador e os fornecedores potenciais desses produtos e / ou Serviços.*
> *2. Promover a concorrência maximizando a participação de possíveis licitantes por:*
> *i) estabelecer requisitos de participação que sejam transparentes, não discriminatórios e que não limitem a concorrência de forma não razoável;*
> *ii) conceber, na medida do possível, especificações do concurso e termos de referência centrados no desempenho funcional, designadamente no que deve ser alcançado, e não na forma de o fazer, para atrair ao proponente o maior número de proponentes, incluindo fornecedores de produtos substitutos;*
> *iii) permitir que empresas de outros países ou de outras regiões do país em questão participem, quando apropriado; e*
> *iv) sempre que possível, permitir que pequenas empresas participem, mesmo que não possam concorrer a todo o contrato.*
> *3. Elaborar o processo de licitação de modo a reduzir as oportunidades de comunicação entre os licitantes, antes ou durante o processo de licitação. Por exemplo, os procedimentos de licitações com lances fechados devem ser favorecidos, e o uso de reuniões de esclarecimento ou visitas presenciais atendidas pessoalmente pelos licitantes deve ser limitado, quando possível, a favor de procedimentos remotos onde a identidade dos participantes possa ser mantida confidencial, como comunicações por e-mail e outras tecnologias baseadas na web.*
> *4. Adoptar critérios de seleção concebidos i) para melhorar a intensidade e a eficácia da concorrência no processo de concurso, e ii) assegurar que existe sempre um número suficiente de possíveis concorrentes credíveis com um interesse continuado em licitar projetos futuros. A seleção qualitativa e os critérios de adjudicação devem ser escolhidos de forma a que os proponentes credíveis,*

conheçam as identidades uns dos outros e revisem seus lances em função disso. Além do mais, nenhuma gravação ou filmagem é perfeita a ponto de enquadrar e captar todo e qualquer movimento suspeito dos licitantes durante a sessão de lances.

incluindo as pequenas e médias empresas, não sejam dissuadidos desnecessariamente de participar em concursos públicos.
5. Fortalecer os esforços para combater o conluio e aumentar a concorrência nos concursos públicos, encorajando as agências de aprovisionamento a utilizar sistemas de licitação eletrónica, que podem ser acessíveis a um grupo mais amplo de licitantes e menos dispendiosos, e a armazenar informação sobre oportunidades de contratos públicos para permitir análise de comportamento dos licitantes durante os certames e de dados de lances.
6. Exigir que todos os licitantes assinem um Certificado de Determinação de Proposta Independente ou atestado equivalente de que a proposta apresentada é genuína, não colusiva e feita com a intenção de aceitar o contrato, se concedida.
7. Incluir no edital uma advertência referente às sanções por manipulação de propostas existentes na jurisdição em particular, por exemplo multas, penas e outras penalidades previstas na lei de concorrência, suspensão da participação em licitações públicas por um determinado período de tempo, sanções por assinar um Certificado de Determinação de Proposta Independente falso e responsabilidade por danos à agência contratante. As sanções devem assegurar suficiente dissuasão, levando em conta a política de leniência do país, se aplicável. [OCDE, 2016b, p.35]

As diferenças entre as modalidades atuais no quesito transparência estão resumidas no quadro 7. A Tabela 1 mostra que a modalidade atual de concorrência, realizada exclusivamente por envelopes fechados e presencialmente, tem um valor médio empenhado por item maior de cinco a quarenta vezes que um item de pregão. É para isso que precisamos despertar: não adianta termos pregões ou qualquer outra modalidade eletrônica se deixarmos a porta aberta para a realização de certames presenciais.

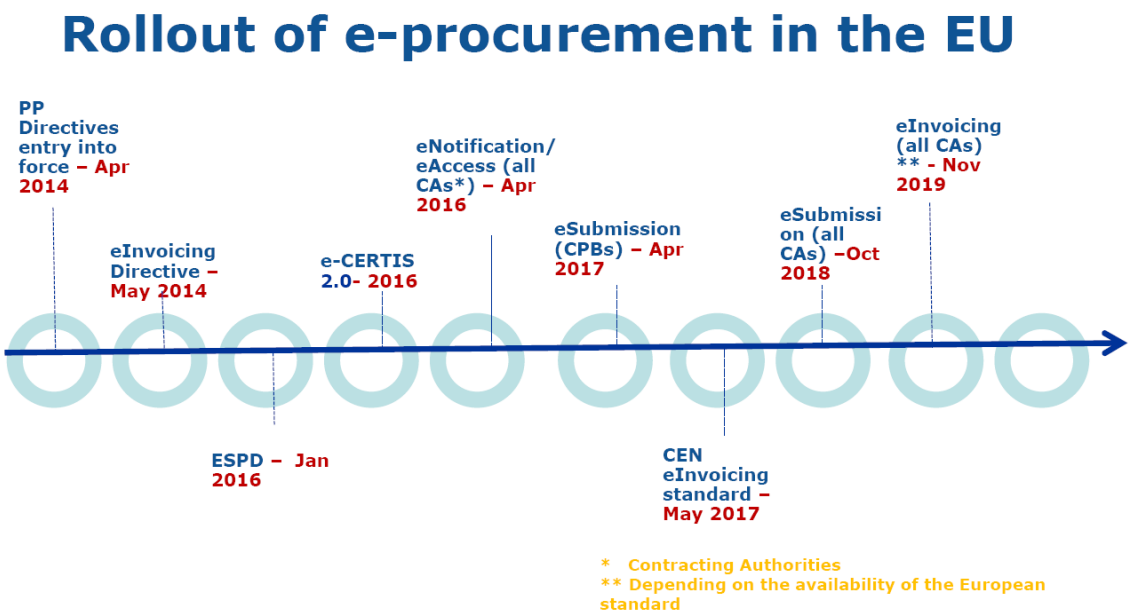
Diante de uma eventual grita dos pequenos municípios que possam alegar não ter estrutura para realizar certames eletrônicos, queremos enfatizar que já está previsto nas Disposições Transitórias, mais especificamente no Art. 175, um prazo de quatro anos para os municípios pequenos, com menos de 10 mil habitantes, cumprirem o art. 17, § 2º, que justamente é a que impõe a forma eletrônica, mas deixa a porta aberta para se justificar o uso da forma presencial. Isso é tempo mais que suficiente para eles aderirem a portais existentes ou a consórcios públicos, como regrado no art. 176, portanto tamanho de município não é desculpa.

Aqui, cabe notar que quatro anos foi também o prazo dado pelas Diretivas Europeias de 2014 para se chegar à obrigatoriedade de que todas as Autoridades Contratantes alcançadas por aquelas Diretivas tivessem implementados seus sistemas de submissão de propostas por via eletrônica[24], conforme cronograma na Figura 5:

[24] "*Os meios eletrónicos de informação e comunicação podem simplificar grandemente a publicação dos contratos e aumentar a eficiência e a transparência dos procedimentos de contratação. Deverão pois tornar-se os meios normais de comunicação e intercâmbio de informações neste domínio, uma vez que aumentam significativamente as possibilidades de participação dos operadores económicos em concursos em todo o mercado interno. Para o efeito, a transmissão dos anúncios em formato eletrónico, a disponibilização eletrónica dos documentos do concurso e, após um período de transição de 30 meses, as comunicações integralmente eletrónicas, ou seja, a comunicação por via eletrónica em todas*

FIGURA 5

Prazos da licitação eletrônica na União Europeia



Fonte: http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16332/attachments/1/translations

as fases do processo, incluindo a transmissão dos pedidos de participação e, em especial, a transmissão das propostas (apresentação eletrónica), deverão passar a ser obrigatórias." (Diretiva 24/2014/EU, exposição de motivos, item 52).

TABELA 1

Valor médio empenhado por item de compra efetuada por órgãos federais, por modalidade

Ano de Resultado da Compra	Modalidade							Razão Concorrência/Pregão
	Convite	Tomada de Preços	Concorrência	Concorrência Internacional	Pregão	Dispensa de Licitação	Inexigibilidade de Licitação	
2000	5.603	55.617	1.032.311	1.750.529	176.982	1.521	22.736	5,83
2001	26.035	193.857	3.471.368	15.612.502	409.364	9.638	122.255	8,48
2002	27.685	204.384	4.116.899	11.020.561	371.054	6.584	191.424	11,10
2003	21.580	198.028	2.943.606	5.654.469	346.152	8.297	185.302	8,50
2004	18.880	195.477	3.459.652	43.824.737	418.852	13.145	234.417	8,26
2005	21.206	231.185	6.137.755	4.310.336	392.549	18.980	380.798	15,64
2006	19.151	312.081	11.472.848	695.454	296.899	19.560	449.189	38,64
2007	21.960	305.954	12.068.955	3.436.728	276.243	22.442	368.572	43,69
2008	25.454	341.558	10.521.145	1.562.532	265.846	41.083	386.235	39,58
2009	40.822	346.846	9.845.365	22.336.328	310.471	24.411	549.413	31,71
2010	44.545	334.485	11.067.752	7.307.063	387.921	32.231	518.064	28,53
2011	43.759	354.635	5.392.711	2.036.786	380.175	44.812	511.616	14,18
2012	44.517	333.021	8.871.098	4.685.326	489.625	99.334	411.479	18,12
2013	35.180	308.289	4.448.726	295.147	394.836	51.033	380.165	11,27
2014	40.334	324.316	2.858.745	2.165.342	369.689	67.839	370.926	7,73
2015	31.220	267.903	2.525.645	313.875	306.026	73.640	431.907	8,25
2016	56.005	310.383	2.280.157	174.294	222.543	92.866	388.694	10,25

Fonte: DW Comprasnet. Elaboração própria.

QUADRO 7

Transparência e concorrência nas modalidades atuais de licitação, para fins de varredura pelos órgãos de controle e cidadãos

	Concorrência ou qualquer modalidade *sealed bid* federal (tomada de preços ou convite)	Pregão ou qualquer modalidade eletrônica conforme Substitutivo
Valor	Alto	Baixo
Identidade dos licitantes	Não	Sim
Disponibilidade dos lances	Não	Sim
Licitantes veem com quem estão disputando	Sim	Não
Habilitação	Antes	Depois
Presencial	Sim	Não

Fonte: lei 8.666 e Substitutivo.

TABELA 3

Duração (em dias) das sessões públicas dos pregões com resultado da compra entre 2010 e 2017 (diferença entre a data de abertura e a data de encerramento da sessão pública)

Ano do Resultado da Compra	p5	p10	p25	p50	p75	p90	p95	No. de Obs.
2010	0	0	1	5	13	30	46	43.499
2011	0	0	1	5	14	33	50	41.209
2012	0	0	1	5	14	33	50	44.882
2013	0	0	1	6	15	36	55	48.193
2014	0	0	1	6	17	40	61	45.566
2015	0	0	1	7	20	47	71	37.960
2016	0	0	1	7	19	43	67	37.979
2017	0	0	1	7	22	52	78	11.521
Total	0	0	1	6	16	37	57	310.809

Fonte: DW Comprasnet. Elaboração própria.

3.5. Margens de preferência? Não, obrigado.

Seguindo o exemplo de países mais desenvolvidos, o Brasil tem praticado políticas de preferência a produtores locais, manifestamente a Lei 12.349/2010, que consagrou as "margens de preferência", modificando o art. 3º da Lei 8.666/93 para prever margens com base em critérios de geração de emprego e renda, arrecadação de tributos,

desenvolvimento e inovação tecnológica, mas levando em conta o custo adicional e a avaliação retrospectiva de resultados. No artigo 25 do presente Substitutivo, está previsto:

> *Art. 25. Nos processos de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:*
> *I – bens de capital produzidos no País e serviços nacionais que atendam as normas técnicas-brasileiras;*
> *II - bens produzidos e serviços prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.*
> *III - bens produzidos e serviços prestados por empresas de Estados-Parte do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República.*

Tais margens garantem que produtos e serviços produzidos e/ou desenvolvidos no Brasil tenham preferência nas aquisições feitas por órgãos públicos. A regra de conteúdo local está explicitada no Substitutivo, enquanto a legislação atual remete-se ao Processo Produtivo Básico. Tais margens permitem majorar os preços de aquisição até 25% frente aos concorrentes estrangeiros, podendo essa margem ser estendida até a 50% em casos de desenvolvimento e inovação tecnológica feita no País. Esse benefício só pode ser concedido por cinco anos, sendo necessária uma revisão dos resultados para sua renovação.

A racionalidade econômica que justifica tal política está associada à preservação de emprego e renda no país através do uso do poder de compra do Estado. Ou seja, a eficiência da aquisição pública estaria subordinada ao estimulo da atividade econômica nacional.

Contudo, as poucas evidências disponíveis sobre a política brasileira de margens de preferência apontam para uma intervenção de baixa transparência (Rauen, 2016; Rauen, 2017). De fato, auditorias conduzidas pelo Tribunal de Contas da União (TCU)[25] comprovam a falta de transparência e *accountability* social.

Dos poucos estudos de avaliação realizados (mesmo que a legislação tenha exigido avaliações anuais), e que não estão disponíveis em nenhum *site* do Poder Executivo, não se pode concluir nada a respeito dos critérios de escolha dos produtos, serviços e setores beneficiados (muito embora seja evidente que o setor de brinquedos, um dos beneficiados, não deve ser prioritário no desenvolvimento nacional). Finalmente, o único documento

[25] Por exemplo: TCU. Processo 016.783/2013-1.Tribunal de Contas da União. Disponível em https://contas.tcu.gov.br/etcu/AcompanharProcesso?p1=16783&p2=2013&p3=1. Acesso em: 01 agosto. 2018.

disponível que trata dos impactos *ex-post* não apresenta o uso efetivo da intervenção e sim, o infere a partir de suposições[26].

Além da ausência de transparência, a política das margens de preferência foi estabelecida sem a devida tradução para o sistema federal de compras. Os decretos das margens apresentavam os produtos e serviços em termos da Nomenclatura Comum do MERCOSUL – NCM, mas até hoje não se tem notícia de um conversor – oficial e amplamente divulgado – entre os códigos NCM e o CADMAT e CATSER empregados pelo sistema federal de compras. Consequentemente, não se sabe exatamente quem utilizou as margens ou mesmo, como elas poderiam ter sido utilizadas na ausência de tal conversor oficial.

Dada a insistente baixa transparência (em que pese os esforços do TCU), associadas à ausência de informações de uso concreto e a ausência de critérios de seleção de setores, produtos e serviços beneficiados, bem como de uma análise de seu custo real, não se justifica a insistência em tal intervenção. De fato, a política brasileira de margens de preferência parece estar muito mais associada ao *lobby* de setores específicos do que ao estabelecimento criterioso de prioridades.

Note-se que margens de preferência não são a única maneira praticada pelo Brasil de beneficiar fornecedores locais: a legislação atual permite o desempate com base na produção doméstica ou em tecnologia desenvolvida no País. Os próprios benefícios a micro e pequenas empresas (cotas, lotes exclusivos e empate ficto) e preferências ligadas à adesão ao Processo Produtivo Básico (PPB) – notadamente para produtos de tecnologia da informação e comunicações no Plano Nacional de Banda Larga – acabam sendo apropriados por empresas brasileiras.

A boa notícia é que os dezessete decretos listando produtos enquadrados para margens de preferências expiraram entre dezembro de 2016 e junho de 2017[27]. Outros movimentos mais recentes do governo brasileiro sinalizam o abandono dessa postura protecionista em favor de uma maior abertura. Há pelo menos três iniciativas recentes do governo brasileiro na direção de ampliar o acesso a compras governamentais por estrangeiros:

---

[26] É, no mínimo, anedótico que a única avaliação disponível *ex-post* global das margens de preferência seja um documento supostamente assinado pela Secretaria de Política Econômica do ministério da Fazenda (não há papel timbrado nem qualquer simbologia oficial) que se encontra disponível apenas em site comercial especializado em consultoria jurídica: https://www.conjur.com.br/dl/avaliacao-impacto-compras-governamentais.pdf. (Acesso em 17/09/2018). Tal documento apresenta data de 15 de dezembro de 2015, exatos 15 dias antes do lançamento do decreto de renovação das margens.

Nesse sentido, também é curioso o fato de que existem relatórios de avaliação *ex-ante* que, inicialmente, foram classificados como sigilosos. Esse é o caso, por exemplo do relatório intitulado "Determinação dos Referenciais para Margens de Preferências para Licitações de Medicamentos e Fármacos", atualmente disponibilizado pelo TCU: https://contas.tcu.gov.br/etcu/ObterDocumentoSisdoc?seAbrirDocNoBrowser=true&codArqCatalogado=6827966.

[27] Ver https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/s358_e.pdf

1. O Brasil assinou em 2016 um novo acordo comercial cobrindo, pela primeira vez nas relações comerciais internacionais do Brasil, a não-discriminação em compras governamentais[28]:

> *Artigo 4.4. Princípios Gerais:*
> *(...) 3. Com respeito a qualquer medida coberta por este Capítulo, uma Parte, incluídas suas entidades contratantes, não poderá:*
> *(a) tratar um fornecedor estabelecido localmente de maneira menos favorável que outro fornecedor estabelecido localmente, em razão de seu grau de afiliação ou propriedade estrangeira; ou*
> *(b) discriminar contra um fornecedor estabelecido localmente com base no fato de os bens ou serviços oferecidos por tal fornecedor para uma contratação pública serem bens ou serviços da outra Parte.*

2. O Brasil se candidatou e foi aceito pelos membros efetivos do Acordo Plurilateral sobre Compras Governamentais (GPA) como membro observador. Em seu discurso na reunião de 13/10/2017, quando recebeu o aceite, o representante brasileiro declarou que "*a decisão de requerer o status de observador refletia um desejo mais amplo e meta da sociedade brasileira em modernizar sua Economia e melhorar a gestão de recursos públicos; para esse fim, era importante conhecer e ter acesso às melhores práticas internacionais, nos níveis regionais e multilaterais*"[29].

3. As negociações entre a União Europeia e o Mercosul, que tinham começado no ano 2000 e sido relançadas em 2010, foram pausadas em 2012, mas novamente retomadas em maio de 2016, quando novas ofertas foram trocadas entre as partes, seguindo-se uma rodada de negociações em outubro de 2016. Várias outras reuniões até setembro de 2018 progrediram em temas tais como tarifas, regras de origem, barreiras técnicas ao comércio, medidas sanitárias e fitossanitárias, serviços, compras governamentais, propriedade intelectual, desenvolvimento sustentável, pequenas e médias empresas.

Como se vê, o abandono das margens de preferência não só é a consequência lógica da falta de evidências a seu favor (minimamente instruídas dentro de uma Avaliação de Impacto formal), como também faz parte de um novo e mais amplo posicionamento do Brasil a favor de abertura econômica no comércio internacional de bens e serviços, incluindo compras governamentais com este fim. <u>A reintegração das margens ao arcabouço legal seria um lamentável retrocesso para esses esforços.</u>

---

[28] Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre a República Federativa do Brasil e a República do Peru, homologado pelo Congresso em 2017. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2017/decretolegislativo-42-24-marco-2017-784522-acordo-152213-pl.html.

[29] Citado em https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S009-DP.aspx?language=E&CatalogueIdList=239990,239222,238414,238253&CurrentCatalogueIdIndex=0&FullTextHash=&HasEnglishRecord=True&HasFrenchRecord=True&HasSpanishRecord=True

4. A PROVISÃO DE GARANTIAS EM PROPOSTAS SUBMETIDAS E EM CONTRATOS PÚBLICOS ASSINADOS[30]

Há mais de 100 anos o governo norte americano chegou à conclusão que a taxa de inadimplência contratual das empresas contratadas para a construção de obras públicas era alarmante e acima do limite aceitável. Os contratados com frequência tornavam-se insolventes ao longo das obras de forma que ao governo restava os projetos inacabados e a população, por meio de seus impostos, era forçada a arcar com custos da inadimplência. Assim, em 1894 o Congresso aprovou o 'Heard Act' e, mais adiante, o 'Miller Act', instituindo a obrigatoriedade da contratação do seguro-garantia ('Surety bond').

Como já foi destacado em Fiuza e Medeiros (2014), no caso brasileiro, a legislação faculta ao administrador público, caso a caso, a decisão de exigir garantia contratual.

Podemos listar, no entanto, vários argumentos a favor de tornar obrigatório o seguro-garantia em obras públicas:

1. O seguro-garantia é um mecanismo de transferência de risco no qual a seguradora absorve o risco de a empresa contratada não cumprir o contrato. Ao não exigir garantias dos seus prestadores de serviço antes do início das obras ou da prestação do serviço, o ente público assume o risco de arcar com o prejuízo financeiro caso a obra não seja cumprida. E, ainda, terá de contratar outra empresa para concluí-la.

2. A seguradora passará a ser a fiadora da empresa contratada pelo Poder Público. Para conceder essa garantia, deve realizar uma avaliação detalhada da empresa e seus sócios, analisando se há condições de garantir o contrato junto ao órgão público. Só após cumprir com os requisitos exigidos pela seguradora é que será emitida a apólice de garantia em favor do contratante. Nesse processo, a seguradora deve avaliar, por exemplo, se a empresa, em algum momento, não cumpriu algum contrato, ou se alguma seguradora já indenizou algum sinistro decorrente de um contrato seu. Se esse for o caso, a empresa terá sérias dificuldades para conseguir o aval de alguma companhia seguradora.

3. Em última instância, os prejuízos e as consequências de não haver o término das obras é da população, e não do administrador público. Assim, a decisão de exigir ou não o seguro não deveria ser alocada nos administradores público caso a caso, mas sim partir de uma diretriz geral que privilegiasse a segurança e término das obras.

4. A existência dos contratos de contragarantias constitui mais uma forma de incentivo econômico para que o contratado execute o contrato em sua íntegra. Em outras palavras,

[30] Seção fortemente baseada no relatório de Oliveira (no prelo).

a existência das contragarantias aumenta o custo de o contratado abandonar ou descumprir o contrato principal.

Por esses motivos, é de se esperar que haja relevantes ganhos para a administração pública na adoção obrigatória do seguro-garantia para obras públicas.

Deve-se tornar obrigatória a exigência de cobertura mínima de seguro nas contratações públicas.

4.1 Limite máximo das garantias

Nos últimos anos o cenário brasileiro foi marcado por graves revelações de prática generalizada de desvio de recursos públicos por meio do superfaturamento de contratos públicos. Com a opinião pública exigindo mudanças, uma das propostas discutidas é a ampliação do limite do seguro-garantia para que ele permita cobertura integral (100%) das obras públicas como forma de prevenção contra a corrupção. A lógica utilizada como argumento é que esse patamar de garantia incentivaria as seguradoras a fiscalizarem as obras, pois dependeriam da fiel execução contratual para não incorrerem em perdas pelo acionamento do seguro e garantirem seu lucro. As seguradoras passariam a funcionar como fiscais e isso criaria uma barreira para práticas ilegais.

Essa matéria já foi discutida pela Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos do Senado, da qual emanou o PLS 559, de 2013, que propunha manter o formato atual do seguro-garantia de forma opcional, mas estipulando-a em 30% no caso das grandes obras (acima de R$ 100 milhões) e de 10 a 30% para outras obras, e admitidas ainda as três formas de garantia originalmente previstas na Lei nº 8.666, de 1993.

Já o PLS nº 59, de 2016 propõe estabelecer a obrigatoriedade de prestação de seguro-garantia de 100% do valor do contrato em obras, serviços e fornecimento de bens de valor estimado superior a 200 milhões de reais. De forma similar, o PLS nº 274, de 2016, propõe tornar obrigatória a contratação do seguro-garantia nas contratações públicas a partir de 10 milhões de reais, e cobertura de 100% do valor do contrato. Nesse último caso, o argumento principal não é o do combate à corrupção, mas que os problemas de atrasos e abandono de obras públicas se associam, primordialmente, à falta de proteção do Poder Público nos contratos com empresas privadas, às quais é atribuída a responsabilidade por esse quadro. O baixo patamar de cobertura não incentivaria a fiscalização pelas seguradoras.

Para entender melhor essa questão, é fundamental ter em mente o funcionamento do mercado de seguros. A garantia do valor integral do contrato por seguro não irá, naturalmente, incentivar as seguradoras a fiscalizarem as obras. Isso porque o lucro das seguradoras não depende da fiel execução contratual. O prêmio cobrado para assunção de determinado risco,

independentemente do valor coberto, já considera uma determinada expectativa de ocorrência de sinistro, que está atrelada ao risco do segurado e da própria viabilidade inerente ao projeto a ser segurado. O risco contratado, independentemente do percentual segurado do contrato, é precificado quando da emissão da apólice e independe de fiscalização da seguradora em relação ao comportamento efetivo do risco assumido ao longo do contrato. Para isso, a seguradora faz a avaliação técnica atuarial do tomador, a análise de histórico mercadológico e verifica os métodos de controle e gerenciamento de riscos adotados na gestão da empresa. A ocorrência do sinistro torna-se, assim, uma questão meramente probabilística, já embutida na precificação ofertada pelas companhias seguradoras.

Nessa linha, deve-se ter em mente que é pequena a probabilidade de que as seguradoras questionem preços eventualmente superfaturados. Não há incentivo econômico para esse comportamento, posto que os prêmios pagos pelas apólices são proporcionais aos valores dos contratos. Note-se que se tal lógica fosse razoável, já seria esperado que as seguradoras realizassem fiscalizações em obras de maior vulto, mesmo com os limites percentuais atualmente permitidos.

Corroborando com a lógica acima, elevar o valor máximo a 100% do valor dos contratos não é percebido pelos atores do setor como adequado para incentivar o instrumento, podendo elevar significativamente o custo das garantias sem proporcionar retorno ao poder público e, ainda restringir demasiadamente as seguradoras dispostas a emitir garantias nessa condição, reduzindo a concorrência entre elas. A cobertura de 100%, proposta por exemplo no PLS nº 274, de 2016, pode representar um custo da ordem de R$ 20 bilhões apenas com contratação de seguro-garantia. Assim, não é esperado que a adoção de cobertura integral sirva de instrumento de combate à corrupção ou mesmo para aumentar a fiscalização das seguradoras sobre a execução dos contratos.

A alteração do percentual máximo deve ser avaliada à luz de outros dois argumentos. Primeiro, as atuais limitações de 5% e 10% para o seguro nas contratações públicas tendem a ser insuficientes para cobrir os prejuízos da inadimplência contratual e, ainda, a substituição da contratada por outra empresa que termine o contrato. Elevar o percentual máximo aumenta a proteção do contratante, garantindo que haja recursos para a substituição da empresa contratada se necessário.

Segundo, o aumento do percentual vai na direção de tornar mais custoso o inadimplemento contratual por conta das contragarantias prestadas do contratado para a seguradora e que podem ser exercidas pela seguradora para reaver o valor indenizado ao contratante. Isso contribui para que haja maior responsabilidade por parte das empresas, tanto na elaboração de propostas, reduzindo ‘aventureiros’, quanto na própria execução contratual.

Uma questão que pode surgir nessa discussão é se o valor segurado não deveria estar vinculado ao valor de referência do edital, para que todos os licitantes apresentem seguros no mesmo valor, pois em sendo em relação ao contrato, há um incentivo perverso aos licitantes para reduzirem o valor do contrato e, com isso, reduzir também o prêmio de seguro. De fato à medida que o licitante reduz seu preço na licitação, menor será o custo do seguro que terá que contratar se for o vencedor. No entanto, esse incentivo não supera outros presentes na licitação:

1. O preço que o licitante deve ser suficiente para cumprir o contrato. Não adianta o licitante baixar seu preço esperando baixar também o preço do seguro e não conseguir cumprir a obra. Esse último incentivo supera o primeiro, de baixar o preço para conseguir baixar o preço da apólice. Lembrando, ainda, que a existência do seguro-garantia pressupõe o contrato de contragarantia com a seguradora, pelo qual a licitante será cobrada em eventual ocorrência de sinistro.

2. O incentivo dos licitantes sempre será o de vender pelo maior preço possível, maximizando seus lucros. Mesmo que um preço maior resulte em valor do seguro também maior.

Pelo lado do poder público, se a lógica econômica prevalecer, o valor resultante da competição (e não do edital) é aquele que melhor exprime o valor real da obra, não fazendo sentido exigir seguro de um valor acima daquele calibrado por meio de competição entre os licitantes. Seria um aumento de custo sem um benefício atrelado.

Aumentar o limite permitido para o valor a ser segurado em obras públicas de forma que eventual sinistro possa ser plenamente compensado tanto em termos de prejuízos diretos como em termos de substituição do contratado. Lembrando que as atuais diretrizes sobre contratação de seguros dessa natureza foram também replicadas na lei 13.303/16, devendo, portanto, também ser alterada.

Com a modernização das regras do seguro-garantia e o aumento da maturidade na utilização do instrumento no Brasil, esse percentual poderia ser ajustado para melhor capturar as particularidades de cada setor e região. Nessa linha, haveria um limite definido no arcabouço legal federal para os casos ordinários, mas com a possibilidade de adoção de percentuais mais altos que o padrão da lei federal quando embasados em estudos técnicos e devidamente regulamentados por meio de ato oficial do Executivo (decreto ou mesmo portarias de órgãos executivos técnicos).

Não se recomenda a elevação de forma generalizada desses percentuais a patamares mais elevados como os praticados, por exemplo, nos mercados norte-americano e canadense,

podendo esta alteração tornar o seguro demasiadamente custoso para o atual estágio de utilização no Brasil.

Remeter para regulamento do Executivo a definição dos percentuais máximos por tipo de obra, setor e região do país.

Como há distintos níveis de riscos por tipo de obra, setor e região do país, a definição em lei federal do percentual a ser coberto por garantias pode, tanto implicar que tais garantias sejam insuficientes, como elevar custos desnecessariamente. A normatização infralegal permite também ajustar os percentuais à maturidade do mercado de seguros garantia, ainda pouco desenvolvido no país.

4.2 Decisão acerca da modalidade de garantias

Atualmente a escolha acerca da modalidade de garantia é da parte contratada. Quando exigida pelo poder público, o contratado pode optar entre três modalidades: depósito de caução, fiança bancária e seguro-garantia. Em sendo assim, naturalmente, a contratada tende a escolher a modalidade que melhor lhe convier, e não aquela que melhor atende aos interesses de seu contratante. Se a escolha pela modalidade de garantia for da empresa contratada, dificilmente esta escolherá a mais eficiente do ponto de vista público, uma vez que não têm incentivos diretos para minimizar os riscos da administração pública. Optará sempre por aquela que melhor lhe convier.

Ocorre que o seguro-garantia traz uma série de vantagens em relação a outras modalidades e, em geral, são mais interessantes para o poder público. Alguns exemplos dessas características são: (i) sua emissão envolve o empenho dos ativos da seguradora, de forma que esta tem incentivos para investigar o histórico de seu cliente e cobrar taxas proporcionais ao risco do cliente, além de exercer um papel mais ativo em prevenir riscos; (ii) taxas mais caras para empresas menos solventes são repassadas em seus preços nas licitações, de forma que se reduzem as chances de empresas menos solventes ganharem os contratos; (iii) nessa mesma linha, o acesso do contratado ao seguro-garantia é um bom sinalizador da solvência da empresa contratada; (iv) em caso de descumprimento contratual, a seguradora pode escolher entre reembolsar o comprador e ela mesma assumir a tarefa de completar o projeto; e (v) a exigência de um contrato de contragarantias entre contratado e seguradora e a verificação do sinistro por terceiros para execução da garantia são incentivos para que não haja descumprimento contratual.

Essas características tendem a levar a melhores resultados nas licitações públicas, com a contratação de empresas com situação financeira melhor, menores riscos de inadimplência

dos contratos e, ainda, possibilidade de finalização da obra com interveniência da seguradora em caso de sinistro. Assim, privilegiando a efetiva finalização das obras públicas, o poder público deveria dar preferência a seguros-garantias em vez de cauções em dinheiro ou fianças bancárias. Nessa linha, a decisão pela modalidade de seguro deve ser alocada no poder público e não na parte contratada.

Alocar a decisão acerca da modalidade de seguro no poder público. A escolha deve constar de cada edital de licitação, conforme melhor se enquadre em cada caso, ou – melhor ainda – seguir procedimentos estipulados em regulamento. O art. 100 do Substitutivo permite que o edital exija a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia em obras, o que é um avanço significativo. Mas este poder deveria ser prerrogativa da Administração, fosse qual fosse o objeto.

4.3 Padronização das cláusulas de cobertura e matriz de risco das apólices

Em geral, os diversos riscos contratuais não são suficientemente delimitados nos contratos públicos para que haja a execução segura das garantias em caso de sinistro. Principalmente em relação à alocação entre contratante e contratado. A falta de clareza acerca desse tema nos contratos dificulta a execução das garantias e prolonga a discussão de responsabilidades sobre o sinistro.

Como política pública, uma medida que traria ganhos expressivos seria padronização das cláusulas de cobertura e da matriz de risco da apólice. Essa normatização poderia ser no âmbito de cada estado, por exemplo via decreto, em articulação com a SUSEP e seguradoras.

Exemplo de regulamentação desse tema está na lei que rege as Parcerias Público-Privadas. A alocação detalhada de riscos é uma demanda inerente à confecção de todos os contratos de PPPs, conforme exigência do inciso III do art. 5º da Lei 11.079/2004, que estabeleceu como cláusula necessária de todo contrato de PPP "*a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária*", assim como o inciso VI do art. 4o da mesma lei, que definiu como uma das diretrizes fundamentais da PPP a "*repartição objetiva de riscos entre as partes*".

A racionalidade dessa partilha de riscos é o que permite gerar estruturas de custos mais eficientes e propiciar maior estabilidade contratual. É perceptível que o interesse na realização de contratos mais eficientes conduziu o legislador da PPP a não apenas autorizar, mas a estimular a alocação racional de riscos de forma a se reduzirem os custos gerais de prestação dos serviços por meio de PPPs.

A regulamentação sistemática como essa para os seguros tende a resultar em similar fenômeno. À medida em que se delimitem os riscos que são inerentes ao poder público (ou melhor, suportados pelo poder público), e aqueles riscos que não devem ser incorridos

pelo poder público, mas sim transferidos à seguradora, essa alocação deve ser claramente delimitada por uma matriz de risco (no caso das PPPs, normalmente um anexo contratual) e deve produzir, ao menos, dois efeitos desejáveis. Primeiro, o custo do seguro tende a ser mais compatível com o nível de risco que se transfere à seguradora. Segundo, em ocorrendo um sinistro, a execução da garantia tende a ser bastante mais objetiva.

Por fim, note-se que a padronização da matriz de riscos proporciona a possibilidade de o poder público, por meio de estudos técnicos específicos, otimizar os custos com seguros de forma geral, determinando os riscos que melhor são suportados pelo poder público (e portanto não devem ser incluídos nos seguros) e aqueles que devem ser transferidos à seguradora. Além disso, a avaliação do risco empresarial tende a ser mais padronizada e, portanto, atrair mais seguradoras capazes de competir entre si – um ponto positivo para o mercado de seguros garantia em geral. Na medida em que há uma maior padronização das cláusulas de garantia nos contratos públicos, cai a importância da análise do projeto e do contrato específicos e aumenta o número de seguradoras capazes de ofertar o instrumento garantidor.

Propõe-se que haja, no âmbito dos estados e de acordo com as características locais, a padronização das cláusulas de cobertura e da matriz de risco das apólices. Para isso, devem ser realizados estudos específicos para construção da matriz de alocação de riscos para cada tipo de obra, que passaria a ser utilizada e publicada nos editais de licitação.

4.4 Seguro-garantia como forma de substituição da comprovação de índices financeiros em licitações

Do ponto de vista econômico, a proposta parte do princípio de que, se há forma segura de prevenção contra eventual problema de execução contratual, as exigências para participação da licitação podem ser reduzidas. A introdução desse mecanismo pode, de fato, levar a um aumento da demanda por seguros garantia para atendê-lo. O risco, no entanto, é que ocorra um fenômeno conhecido no meio econômico como "seleção adversa". Como há um custo associado à emissão do seguro, apenas as empresas que não atendam aos requisitos econômico-financeiros (e, portanto, as menos saudáveis) se utilizariam desse instrumento para se habilitar nas licitações. Desta forma, selecionar uma empresa que tenha se habilitado por meio do seguro aumenta os riscos de descumprimento do contrato. Com o tempo, os administradores públicos passariam a não aceitar mais tal forma de habilitação por associarem empresas que se habilitam com seguro a maiores riscos de inadimplência contratual.

Cabe ressaltar que a proposta em tramitação consiste em se conceder a opção aos licitantes no processo licitatório. Uma determinada empresa poderia, ao invés de apresentar sua comprovação econômico-financeira, apresentar um seguro-garantia, em substituição à sua

documentação de qualificação econômico-financeira. Neste formato, a seleção adversa é quase certa. Alternativamente, poder-se-ia aventar substituir a qualificação econômico-financeira por seguro para todos os licitantes. Essa opção, no entanto, reduziria o nível de informação passada às comissões de licitação, posto que as empresa menos saudáveis também conseguiriam emitir as apólices, mesmo que a custos mais altos. A comissão julgadora não teria informações sobre os riscos financeiros de cada empresa.

Além disso, há que se recordar que a execução de uma garantia é uma situação extrema e indesejada. Assim, mesmo que a execução contratual seja segurada, cabe aos administradores públicos selecionar empresas que atendam a determinados requisitos econômico-financeiros para que o contrato corra naturalmente, sem sinistros. Desta forma, conclui-se que a aceitação dessa proposta pode levar ao desincentivo à utilização do seguro-garantia.

A obrigatoriedade do seguro-garantia não deve substituir a obrigatoriedade da submissão pelos fornecedores de seus indicadores econômico-financeiros, que servem para reforçar a sua eficácia.

4.5 Progressividade do seguro-garantia nas licitações

Corroborando com a argumentação acima, de que a substituição da comprovação econômico-financeira nas licitações por seguros garantia poderia piorar a qualidade das licitações, um dos pontos levantados em entrevista foi justamente a fragilidade dos critérios de inabilitação nas licitações públicas. Seja porque as regras para inexequibilidade são frágeis, seja porque frequentemente os órgãos de controle olham com desconfiança para procedimentos licitatórios em que a comissão declara inexequível a proposta de um licitante.

De fato tende a ser complexa a distinção entre uma proposta boa para a administração pública, na qual o desconto em relação ao preço de referência foi significativo, e uma proposta cujo preço é inexequível ou levará a descumprimento contratual.

Criar critérios de inabilitação mais rígidos nas licitações públicas poderia melhorar o índice de execução dos contratos. Ao mesmo tempo, correr-se-ia o risco de se descartarem propostas que eventualmente sejam as mais desejadas pelo poder público, por exemplo quando há inovações tecnológicas que permitam a redução significativa do preço em relação ao de referência.

Uma forma de encaminhar essa questão seria propor a progressividade do percentual a ser segurado. Quanto maior o desconto na licitação em relação ao preço de referência, maior teria que ser a garantia – dentro da lógica em que a redução do valor em relação à referência aumenta o risco de inadimplemento contratual. Desta forma, haveria

compatibilidade entre risco e retorno: uma contratação por valor mais baixo tende a ter um risco mais alto. Portanto, uma garantia de execução mais abrangente.

Essa proposta é também interessante para enfrentar uma tendência de concessão de descontos exagerados. Como os órgãos de controle cada vez mais olham com desconfiança processos licitatórios que não sejam concluídos com desconto sobre o preço de referência, o incentivo da administração é sobre-estimar o valor de referência e o incentivo aos licitantes é conceder descontos mesmo em licitações em que o preço de referência foi bem calibrado. Nesse caso, a progressividade das garantias passa a ser ainda mais interessante, posto que os descontos exagerados levam a maiores riscos de inadimplemento contratual.

Vale notar que o Art. 57 do Substitutivo ainda insiste na desclassificação de propostas "manifestamente inexequíveis", mas cria uma zona cinzenta na qual os licitantes pouco acima do valor de corte por inexequibilidade ainda têm que apresentar garantias adicionais.

> *Art. 57. Serão desclassificadas as propostas que (...):*
> *III – apresentarem preços manifestamente inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação; (...)*
> *§ 4° No caso de obras, consideram-se manifestamente inexequíveis as propostas cujos valores sejam inferiores a 80% (oitenta por cento) do menor dos seguintes valores:*
> *I – média aritmética dos valores das propostas superiores a 80% (oitenta por cento) do valor orçado pela Administração;*
> *II – valor orçado pela Administração.*
> *§ 5º Antes de concluído o julgamento das propostas, o licitante poderá demonstrar falhas no cálculo do valor estimado da contratação, que possam impactar na análise da exequibilidade da proposta.*
> *§ 6º Dos licitantes classificados na forma do § 4º que houverem apresentado proposta com valor global inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do menor dos valores a que se referem os incisos do § 4º, será exigida, para assinatura do contrato, prestação de garantia adicional, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com esta Lei, igual à diferença entre o valor da proposta e o menor dos valores a que se referem os incisos do § 4º.*
> *§ 7º A garantia adicional referida no § 6º deverá ser apresentada pelo licitante no prazo de 10 (dez) dias úteis do ato de classificação, sob pena de desclassificação de sua proposta.*

A regulamentação posterior da Lei poderia perfeitamente disciplinar que essa garantia fosse provida em alíquota superior à das demais garantias exigíveis. Mas note-se que aqui propomos que qualquer desconto em relação ao preço de referência seja objeto de garantia em "dose superior".

Podem ser previstas regras de proporcionalidade entre o desconto do licitante vencedor em relação ao preço de referência do edital e o valor a ser garantido por meio de seguro-garantia.

4.6 Aperfeiçoamentos na Administração Pública

O aumento da utilização do seguro-garantia depende, em boa parte, de alterações nas condutas do poder público, principalmente em relação às licitações e à forma de gerenciamento dos contratos. Nessa linha, esta seção aborda sugestões para alterações na forma como o setor público lida com esse instrumento e com suas contratações.

Antes de abordar as propostas efetivas, cabe ressaltar que se deve esperar uma melhora na qualidade das contratações públicas com a migração para contratações como as previstas na Lei 13.303/16 – válida para as empresas estatais, de economia mista e suas subsidiárias. Com isso, deve ocorrer um aumento da compatibilidade entre projetos e obras (por exemplo com a contratação semi-integrada) e migração para contratações baseadas em performance e não na pura execução da obra. Com essas mudanças, passa a ser mais objetiva a alocação de responsabilidades e riscos contratuais e, portanto, a identificação e comprovação de sinistros. Não haveria, por exemplo, a discussão, por vezes subjetiva, de se o descumprimento contratual foi causado por falhas no projeto, feito por empresa distinta daquela contratada para a realização da obra.

Migrar as contratações públicas para formatos mais modernos já permitidos pela Lei 13.303/16 não é propriamente uma proposta a ser feita em relação ao seguro-garantia, mas deve ser incentivado de forma geral e deve trazer consequências positivas para sua utilização e eficácia.

Mesmo com a migração das contratações para formatos mais modernos, a execução da garantia em caso de sinistro depende da comprovação documental do ocorrido e a administração pública, no dia a dia das obras, pode não destinar a devida atenção a esse aspecto de forma que, quando ocorre um sinistro, não consegue executar a garantia de forma apropriada. Além disso, a execução de uma garantia contratual depende de decisão administrativa que pode, eventualmente, ser de difícil execução por parte dos administradores diretos dos contratos. Dessa forma, aumentar a efetividade do seguro-garantia passa, por um lado, por estabelecer melhores e mais claras relações de risco e responsabilidades entre as partes e, por outra, por melhorar o acompanhamento de obras públicas para que seja possível executar as garantias em caso de sinistro. A ponderação entre essas duas frentes poderá ser ajustada de acordo com o tipo de contrato de obra.

Poderia se imaginar que uma forma de resolver essa questão seria impor à seguradora, que acaba conhecendo melhor o instrumento e acaba tendo a assimetria de informações a seu favor, que ela arque com o ônus de manter a documentação necessária para execução da garantia e estabelecimento do autor que deu causa ao sinistro. No entanto, há um elevado grau de conflito de interesse em atribuir à seguradora essas funções. Essencialmente porque

se a parte que deu causa é o contratado, caberá à seguradora arcar com a indenização e tentar cobrar o contratado por meio das contragarantias. Se a parte é o contratante, então não há que se falar em sinistro segurado nem em pagamento da indenização.

Em face dessas duas situações, uma proposta a ser avaliada é a criação no âmbito de cada estado federado, de equipe centralizada, vinculada à administração direta, que auxilie no desempenho de dois papéis. Primeiro, instruindo e mantendo a organização geral da documentação necessária para eventual execução das garantias. Segundo, centralizando a decisão de execução da garantia quando diante de um sinistro ou descumprimento contratual. Essa proposta, no entanto, por necessitar de alocação de recursos públicos, pode esbarrar em dificuldades de implementação pela atual situação da economia brasileira, da União e dos estados federados.

Alternativamente ou complementarmente à criação de grupo especializado acima proposta, poder-se-ia utilizar a estrutura já existente dos Tribunais de Contas dos Estados para fiscalizar a execução de garantias em caso de sinistros. Nesse caso, a atuação dos órgãos de acompanhamento e execução dos contratos seria complementada com maior foco na fiscalização de sua execução pelos administradores públicos nos casos em quem os contratos não forem levados a cabo como planejados pela ocorrência de um sinistro ou descumprimento contratual por parte do contratado. No entanto, mesmo nesse caso, como seriam novas atribuições aos Tribunais, haveria também custos administrativos novos. Assim, mais uma vez, a solução parece passar por contratações mais bem delineadas em termo de riscos, integradas e/ou por resultados, o que reduziria a necessidade de acompanhamento, seja para acompanhamento das obras seja para execução de sinistros.

Essa hipótese tem a vantagem de que a instituição de controle teria que lidar apenas com a execução das garantias relativas aos contratos que apresentassem problemas. Adicionalmente, os tribunais de contas, via de regra, possuem as informações acerca dos contratos (como cronogramas e cláusulas contratuais) e equipes já treinadas nesse tipo de fiscalização.

Ressalta-se que a atuação do TCU na fiscalização de obras inacabadas vem de longa data. A título de exemplo, com o objetivo de permitir diagnóstico sobre as obras inacabadas financiadas com recursos da União, em 2007, o Acórdão 1.188/2007-TCU-Plenário trouxe determinação para que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão implementasse sistema de informações para registro de dados das obras públicas executadas com recursos federais que consubstanciasse em Cadastro Geral de Obras e permitisse o controle e acompanhamento dos empreendimentos, bem como a ampla consulta pela sociedade. Tal sistema deveria permitir o cadastramento dos cronogramas físico-financeiros de todos os

contratos de uma obra em módulo específico para este fim, para o posterior acompanhamento das medições, de forma a cotejar a execução prevista e a realizada.

No entanto, recente auditoria operacional para avaliação do sistema de obras do Governo Federal (TC 013.444/2017-4) e verificação do cumprimento dos acórdãos 1.188/2007 e 617/2010 concluiu que o Sistema de Obras do Governo, disponível em: http://obras.planejamento.gov.br, não se mostrou adequado, tampouco atende às determinações dos acórdãos do TCU a respeito do assunto em tela.

Assim, em linha com diagnóstico já conhecido há vários anos, duas ações são importantes para aprimoramento da fiscalização dos contratos e poderiam ser de grande valia na execução das garantias em caso de sinistro: (1) efetivamente implementar sistemas informatizados que permitam o acompanhamento dos contratos, com cronogramas físico-financeiros programados e efetivos, e (2) aumentar o foco dos tribunais de contas estaduais para que verifiquem a execução das garantias em caso de sinistros nos contratos de obras públicas.

- Criação de equipe centralizada, vinculada à administração direta, que auxilie no controle e execução dos seguros garantia em caso de sinistro.
- Criação de sistema informatizado no âmbito federal e dos estados, para cadastramento e controle da documentação necessária à execução de garantias quando da eventualidade de ocorrência de um sinistro.

Para que esse sistema não leve ao aumento da burocracia pública, a obrigação de manter a documentação em dia, registrada e carregada no sistema seria do contratado. Em ocorrendo um sinistro, a falha em comprovar tal sinistro por omissão de um documento ou comprovação de obrigação do contratado penalizaria este último.

Aumentar o foco dos tribunais de contas estaduais para que verifiquem a execução das garantias em caso de sinistros nos contratos de obras públicas.

5. INOVAÇÕES E ENCOMENDAS TECNOLÓGICAS

5.1 Encomendas tecnológicas

Em que pese a inovação não ser central no conjunto de possibilidades legais permitidas pelo Substitutivo, existem avanços importantes. Por exemplo, o estabelecimento de diálogos competitivos é relevante para garantir que inovações sejam introduzidas no mercado através do uso do poder de compra do Estado. Outro exemplo é a inclusão da inovação como um dos objetivos do processo de licitação.

Recentemente o Brasil reformulou completamente seu marco legal de fomento à Ciência, Tecnologia e Inovação – CT&I com o advento da Lei n° 13.243 de 11 de janeiro de 2016,

que, dentre outras alterações, dá nova redação a Lei n° 10.974 de 2 de dezembro de 2004, conhecida à época como Lei de Inovação.

De forma geral, o Substitutivo parece adequado às possibilidades legais previstas no novo marco de CT&I. Mas, de forma específica, dois importantes instrumentos de fomento a inovação poderiam ser impulsionados com uma nova redação do Substitutivo: (i) as Encomendas Tecnológicas e; (ii) a possibilidade de cessão de bens imóveis para constituição de parques e polos tecnológicos.

Assim como a atual Lei n°8.666/93 o Substitutivo dispensa as Encomendas Tecnológicas – ENTEC previstas pelo artigo 20° da Lei n°10.973/04 do processo licitatório:

> *Art. 73. É dispensável a licitação:*
> *V – para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes;*

De forma inovadora, a Lei n° 13.243/2016, que dá nova redação a Lei n°10.973/04, prevê a possibilidade de que as ENTEC tenham formas adicionais de remuneração dos contratos. Ou seja, as Encomendas Tecnológicas já possuem regulamentação própria.

Evidentemente, tal previsão se justifica em razão da presença de incerteza e da consequente necessidade de garantir economicidade aos contratos. Em outras palavras, a remuneração tradicional, através de preço fixo invariável, é ineficiente, pois levaria aos fornecedores a internalizar todo o risco e, portanto, a incorporá-lo aos preços de venda dos serviços[31].

Nesse sentido, o Decreto n° 9.283/18, que regulamenta as ENTEC, prevê, de forma inédita, cinco tipos de remuneração, cada qual destinada a um nível de incerteza e risco distintos: (i) preço fixo; (ii) preço fixo mais remuneração variável de incentivo; (iii) reembolso de custos sem remuneração adicional; (iv) reembolso de custos mais remuneração variável de incentivo; e (v) reembolso de custos mais remuneração fixa de incentivo.

Apesar do ineditismo no Brasil, essas formas de remuneração de ENTEC são muito comuns e antigas no mundo desenvolvido. De fato, se constituem na grande força da ENTEC enquanto instrumento de solução de problemas nacionais e de desenvolvimento tecnológico nacional, uma vez que dá tratamento adequado à relação incerteza/economicidade nos contratos.

No sentido de dar segurança jurídica a utilização dessas formas contratuais, seria desejável que o Substitutivo previsse tal possibilidade. Por isso recomendamos a

[31] Ver RAUEN (2018).

inserção de parágrafo (6° ou 7°) no artigo 73 do Substitutivo que trata da dispensa de licitação, tal como segue:

> *§ 6º Para garantir atendimento ao princípio da economicidade nas situações em que exista risco tecnológico, as contratações com vistas ao cumprimento do disposto no artigo 20 da Lei 10.973 de 2 de dezembro de 2004, incluídas no Inciso V do caput, poderão prever formas alternativas de remuneração, inclusive através de reembolso de custos, de acordo com o regulamento.*

Destaca-se ainda que, as orientações de uso desses contratos já estão detalhadamente previstas em regulamento próprio (Decreto n°9.283/18).

Além disso seria extremamente proveitoso que o Substitutivo também permitisse dispensa de licitação no caso de contratações com vistas a apoiar a implantação de ambientes inovadores, tal qual previsto no artigo 3-B da Lei n°10.973/04. Por isso, sugerimos que o inciso V do artigo 73° passe a ter a seguinte redação:

> *Art. 73. É dispensável a licitação:*
> *IX – para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 3°-B, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, reguladas por legislação própria;*

Finalmente, o artigo 85 do Substitutivo, que trata da permissão para alienação, não considera as especificidades destes mesmos ambientes inovadores. Portanto, recomenda-se inserir no referido artigo o item "j" tal como se segue:

> *j) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis para o cumprimento do disposto no Art. 3°-B da Lei n°10.973 de 2 de dezembro de 2004.*

A intenção com essa inserção é dar maior segurança jurídica e aumentar as possibilidades de atuação no âmbito da política de ambientes inovadores.

5.2 Indo além das encomendas tecnológicas e da Lei 10.973/04

Depois das recentes alterações, a legislação de Encomendas Tecnológicas brasileira tornou-se suficientemente ampla para dar conta do fomento à inovação nas situações em que é exigido esforço de pesquisa e desenvolvimento (P&D). Contudo, o poder de compra do Estado também pode ser empregado no fortalecimento e estímulo a inovações já introduzidas, mas ainda pouco difundidas. Adicionalmente, é desejável que esse mesmo poder seja empregado no sentido de favorecer soluções tecnicamente superiores, de forma a criar uma demanda pública que se somaria à demanda privada. Esse é o princípio do que se denominou de *compras públicas para a inovação*.

A maneira mais eficiente de estimular a introdução e difusão de inovações com o uso das compras públicas se dá pela forma como a Administração formaliza a demanda. Ela pode simplesmente demandar um produto ou serviço específico ou, de forma alternativa e mais complexa, demandar o fornecimento de solução a determinado problema.

Por isso, a legislação deve ser suficientemente flexível para permitir que, em situações específicas e justificadas, a Administração contrate uma solução definida, não em função de características de produtos ou serviços específicos, mas sim de acordo com o funcionamento esperado.

Por exemplo, ao contrário de lançar edital demandando a aquisição de determinada quantidade de lâmpadas LED para iluminação pública, do ponto de vista do estimulo à inovação seria preferível que a Administração lançasse edital solicitando interessados em fornecer soluções para iluminação pública segundo padrões mínimos de eficiência energética e com determinado número mínimo de lumens. A escolha da tecnologia, incandescente, fluorescente, LED ou outra, ficaria a cargo do fornecedor.

Evidentemente, tal estratégia exige capacitação mínima do demandante, pois é preciso garantir que os requisitos mínimos da solução demandada sejam desafiadores do ponto de vista tecnológico.

Apesar da compra pública para a inovação ser mais uma abordagem de operação da lei de compras do que simplesmente um conjunto concreto de instrumentos é preciso que o texto legal a permita. Parece-nos que o advento do diálogo competitivo, previsto no Substitutivo, dá conta da questão do estímulo à inovação; contudo o artigo 31 do referido afirma ser adequado realizar tal diálogo apenas quando: as "especificações técnicas não possam ser definidas com precisão suficiente pela Administração" e quando "o órgão ou entidade não possa ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado". Discordamos dessas justificativas.

Os diálogos competitivos se justificam em razão da possibilidade de empregar a compra pública como instrumento de estímulo à inovação. Por isso, seu uso deve ocorrer sempre que a Administração julgar ser conveniente e racional promover o surgimento e difusão de inovações através da demanda pública. E não apenas quando nenhum outro instrumento legal estiver disponível.

Nesse sentido, recomenda-se que o art. 31 do substitutivo passe a ter a seguinte redação, excluindo-se a totalidade do inciso I:

> *Art. 31. O modo de diálogo competitivo é restrito a contratações em que a Administração observe uma ou mais das seguintes condições:*

De fato, nas as situações nas quais não se pode definir as especificações técnicas ou, nas quais a necessidade da Administração só pode ser satisfeita mediante adaptação de soluções disponíveis, deve-se empregar a encomenda tecnológica com opção de compra.

Diferente da encomenda tecnológica, o diálogo competitivo foi criado para promover inovações já introduzidas no mercado ou muito próximas de serem. Não é, portanto, um instrumento para lidar com a incerteza, tal qual a encomenda tecnológica.

Em essência, o diálogo competitivo permite que a demanda pública seja saciada através de uma abordagem criativa do problema em questão. Ao agir dessa forma, se estimula a introdução de inovações que podem, em última instância, diminuir o custo total da aquisição ou mesmo da manutenção da solução. Em outras palavras, a Administração permite que o mercado apresente soluções alternativas, mesmo que para problemas antigos.

Adicionalmente, no referido artigo é preciso inserir inciso que permita, ao longo do diálogo ou após o mesmo, que a Administração possa desistir do processo. Isso é relevante, pois o diálogo com potenciais fornecedores pode trazer à tona informações que tornem a aquisição inviável ou mesmo indesejada. Assim, recomenda-se a seguinte inserção no art.31 do substitutivo:

> *XIII – Ao longo do diálogo ou após seu término, a Administração pode, unilateralmente, desistir da aquisição da solução, sem que qualquer remuneração seja devida aos participantes.*

6. INTEGRIDADE E DEFESA DA CONCORRÊNCIA EM COMPRAS PÚBLICAS

6.1 A integridade contra a corrupção:

Os seguidos escândalos associados a recebimento de propinas em contratos públicos, expostos pela Operação Lava Jato e outras operações congêneres da Polícia Federal, Ministério Público e Polícias Civis estaduais, têm alertado a sociedade para a necessidade de se adotarem programas de integridade (*compliance*) nos fornecedores do governo. Mas antes mesmo desses escândalos de maior vulto virem à tona, a investigação de cartéis tinha sido elevada a um novo patamar com o advento das buscas e apreensões capitaneadas pela antiga Secretaria de Direito Econômico a partir de 2003, e os primeiros acordos de leniência – o primeiro deles justamente envolvendo práticas de bid-rigging, isto é, conluio em licitações públicas (o chamado Cartel dos Vigilantes). A SDE também implementou o primeiro programa de *compliance* para empresas em 2004, o Programa de Prevenção de

Infrações à Ordem Econômica (PPI) por meio da Portaria nº 14, de 09 de março de 2004, após procedimento de consulta pública[32].

Em 2010 o Poder Executivo enviou ao Congresso o PL 6826, que, aprovado em comissão especial somente em abril de 2013, foi logo remetido ao Senado como PL 39/2013 e aprovado em julho daquele mesmo ano, talvez não coincidentemente em meio às convulsões sociais nas ruas, desencadeadas no mês anterior pelo aumento de passagens de ônibus em grandes regiões metropolitanas. O projeto foi sancionado logo em 1º de agosto e entrou em vigor em 29 de janeiro de 2014, ficando conhecido como Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013). A legislação anterior previa apenas a responsabilidade individual de agentes públicos corrompidos (peculato) e de agentes (pessoas físicas) corruptores, em crimes como formação de quadrilha e corrupção ativa, que continuam em vigor. Pela nova lei, todas as empresas brasileiras (independentemente do tamanho) e seus dirigentes passaram a ser expostos a graves consequências, na esfera civil e administrativa, por práticas de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, tenham sido eles praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não, nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, nos três níveis de governo – federal, estadual e municipal. Isso inclui atos de corrupção e fraudes em processos licitatórios e/ou quaisquer contratos com a administração pública.

As principais novidades dessa Lei foram, portanto:

(i) Responsabilização das pessoas jurídicas que praticam atos lesivos contra a Administração Pública, independentemente da responsabilização das pessoas físicas envolvidas nas práticas;

(ii) Acordos de leniência relacionados a atos de corrupção (os acordos com o Cade se referiam a práticas anticompetitivas, não necessariamente associadas a práticas de corrupção).

O *Compliance* pode, então, ajudar como proteção dos dirigentes de empresas contra alegação de culpa por omissão, além de reduzir as sanções aplicáveis à empresa. Segundo consta na Lei Anticorrupção:

> *"Art. 7o - Serão levados em consideração na aplicação das sanções:*
> *(...)*
> *VIII – a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;"*

[32] Ver, por exemplo, https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI6899,51045-O+Programa+de+Prevencao+de+Infracoes+a+Ordem+Economica+PPI.

Um Programa de Compliance ou integridade deve ser composto por um conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, política e diretrizes com o objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos. As pessoas jurídicas, ainda, deverão constantemente aprimorar e adaptar os seus programas. Segundo Tamasauskas e Bottini (2013), os seis princípios básicos estabelecidos pelo *Bribery Act* inglês bem poderiam ser aproveitados para a avaliação de consistência desses programas:

- Procedimento proporcional, isto é, a empresa deve estruturar seus sistemas de prevenção de forma proporcional aos riscos que enfrenta, conforme a natureza e complexidade de sua atividade, seu tamanho, a localidade onde atua, dentre outros;
- Compromisso hierárquico, mediante o comprometimento de toda sua estrutura com a cultura de *compliance*;
- Assessoria de risco, com avaliações periódicas sobre a exposição da empresa;
- *Due diligence*, que significa a aferição de comportamentos de seus colaboradores e parceiros comerciais segundo seus códigos de conduta;
- Treinamentos e comunicações internas, periódicos;
- Monitoramento, revisão e atualização constante de seu programa de integridade.

Mas os programas de integridade não devem se limitar aos fornecedores. A OCDE (2016a) aponta algumas providências a serem adotadas em sistemas de compras para resguardar a integridade dos agentes de compras e assim reduzir o risco de corrupção:

1. Padrões nacionais de integridade para todos os agentes públicos: não se pode dizer que o Brasil não disponha de instrumentos para tal, mas infelizmente não se aplicam a todos os servidores. O Regime Jurídico do Servidor Público Federal (Lei 8112/1990, por exemplo, em seu art. 116, lista os deveres do servidor, entre os quais destacamos dois: VIII – "guardar sigilo sobre assunto da repartição" e IX – "manter conduta compatível com a moralidade administrativa". O Código de Ética do Servidor Federal (Lei 8.027/1990) institui como faltas administrativas, entre outros: "I - valer-se, ou permitir dolosamente que terceiros tirem proveito de informação, prestígio ou influência, obtidos em função do cargo, para lograr, direta ou indiretamente, proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; (...) VIII - aceitar ou prometer aceitar propinas ou presentes, de qualquer tipo ou valor, bem como empréstimos pessoais ou vantagem de qualquer espécie em razão de suas atribuições".

2. Padrões específicos para agentes de compras (ex: Código de Conduta em Compras do Canadá)

3. Gestão de conflitos de interesse: um levantamento da OCDE em 2014 sobre gestão de conflitos de interesse apontava que 47% dos governos dos países inquiridos tinham regras específicas para lidar com esse problema para agentes de compras. Por este critério, o Brasil dispõe de legislação própria recente, mas ela se aplica apenas ao Poder Executivo federal. Em julho de 2013, entrou em vigor a Lei do Conflito de Interesses, da qual destacamos o art. 5º e alguns de seus incisos:

> *Art. 5º Configura conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego no âmbito do Poder Executivo federal:*
> *(...)*
> *II - exercer atividade que implique a prestação de serviços ou a manutenção de relação de negócio com pessoa física ou jurídica que tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe;*
> *(...)*
> *IV - atuar, ainda que informalmente, como procurador, consultor, assessor ou intermediário de interesses privados nos órgãos ou entidades da administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;*
> *V - praticar ato em benefício de interesse de pessoa jurídica de que participe o agente público, seu cônjuge, companheiro ou parentes, consanguíneos ou afins, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, e que possa ser por ele beneficiada ou influir em seus atos de gestão;*
> *VI - receber presente de quem tenha interesse em decisão do agente público ou de colegiado do qual este participe fora dos limites e condições estabelecidos em regulamento; e*
> *VII - prestar serviços, ainda que eventuais, a empresa cuja atividade seja controlada, fiscalizada ou regulada pelo ente ao qual o agente público está vinculado.*

Com o objetivo de definir os procedimentos para o envio de dúvidas pelos agentes públicos que estão sob sua esfera de atuação, a CGU, em conjunto com o Ministério Planejamento, Orçamento e Gestão, editou a Portaria Interministerial nº 333, de 19 de setembro de 2013, que regulamentou dois importantes instrumentos de prevenção: a consulta sobre a existência de conflito de interesses e o pedido de autorização para o exercício de atividade privada. Foi criado pela CGU, inclusive, um Sistema Eletrônico de Prevenção de Conflitos de Interesses (SeCI), que permite ao servidor ou empregado público federal fazer consultas e pedir autorização para exercer atividade privada, bem como acompanhar as solicitações em andamento e interpor recursos contra as decisões emitidas.

Essa Lei, em tese, assim como a 8.027/1990, não teria aplicabilidade imediata em servidores dos outros poderes, nem das outras esferas de governo, embora haja

controvérsias[33]. A inserção de dispositivos na versão atual do Substitutivo, sugeridos pelo Ipea, vedando a participação de parentes em empresas contratadas ou subcontratadas, ajudou a garantir que a Lei valha para todas as atividades de compras regidas por ela, em todos os níveis de governo.

Note-se ainda que os órgãos de controle federais atualmente também são capazes de cruzar informações dos registros de pessoal com informações societárias e de funcionários, um exemplo a ser seguido.

4. Declaração de bens, empregos anteriores e trabalhos pagos fora do serviço público: alguns países da OCDE têm níveis de requisitos de exposição e disponibilidade pública maiores para agentes de compras. Esse tipo de informação, a nosso ver, é de grande importância para se aferirem riscos de corrupção em contratos públicos. Os Portais da Transparência brasileiros são citados pela OCDE (2016a) como referências mundiais.

Chega-se, então, à necessidade de se criarem também programas de integridade no Serviço Público. A Portaria 1089, de 25/04/2018, do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (CGU), nesse particular, lança as diretrizes para que cada órgão tenha seu próprio programa de integridade[34]. Em cada um deles, deve haver uma unidade responsável pela promoção da ética e das regras de conduta para servidores, e da transparência ativa e acesso à informação; pelo tratamento de conflitos de interesse e nepotismo; pelo tratamento de denúncias; pela verificação do funcionamento de controles internos e do cumprimento de recomendações de auditoria, e pela implementação de procedimentos de responsabilização.

Para aferir o risco de corrupção em cada órgão federal, no decorrer de 2018, o Tribunal de Contas da União (TCU) promoveu uma auditoria operacional para avaliar se os controles de prevenção e detecção relacionados a fraude e corrupção de órgãos e instituições do Poder Executivo Federal estavam compatíveis com seus poderes econômico e de regulação, bem como propor melhorias em práticas específicas, com o intuito de eliminar ou mitigar causas sistêmicas[35].

---

[33] Urbano (2015) advoga que, a "*despeito de, aparentemente, não ter sido a intenção do legislador de criar norma de incidência a todos os Entes Federados, feita a remissão à aplicação da Lei Federal nº. 8.429/1992 como consequência da configuração das situações de conflito de interesses, alterou-se a natureza do âmbito de incidência da Lei Federal nº. 12.813/2013, ao contrário do disposto no seu próprio texto. Os artigos 5º e 6º desta norma deixaram de ser regras específicas, com limitada aplicação à esfera do Poder Executivo Federal, e passaram a ter incidência em todos os Poderes de todos os membros da Federação*" (http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/HugoEvoMagroCorreaUrbano_Conflito_de_interesses.pdf, pp. 2-3).

[34] A portaria "*dispõe sobre as fases e os procedimentos para a estruturação, a execução e o monitoramento dos programas de integridade dos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional*."

[35] Ver https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/organizacional/levantamento-2018/resultados.htm

Como parte da auditoria, foram construídas metodologias de cálculo dos poderes acima mencionados e consolidadas informações sobre a implementação dos controles: Gestão da Ética e Programa de Integridade; Transparência e Accountability; Governança e Auditoria Interna; Gestão de Riscos e Controles Internos; Designação de Dirigentes. A mensuração da implementação dos controles foi determinada a partir de um subconjunto de questões do levantamento do Índice Integrado de Governança e Gestão – IGG, do ano de 2018 (acórdão 2699/2018-Plenário), realizado por meio de questionários autoavaliativos. O dado alarmante foi constatar que 86% das organizações que responderam ao questionário da auditoria em 2017 declararam que não estabeleciam diretrizes para gerenciar riscos nas aquisições, e 88% não realizavam nenhuma gestão de riscos. A evolução subsequente foi considerada insuficiente pelo Tribunal.

Além dessas medidas, que procuram selecionar melhor e disciplinar a admissão de servidores a postos-chaves das operações de compras públicas, vimos aqui resgatar outras sugestões já presentes em Fiuza e Medeiros (2014), seção 2.5, que ainda não foram atacadas pelo Substitutivo atual, mas que podem ser implementadas por meio do *enforcement* dos controles internos por meio dos instrumentos de integridade já referidos, ainda que requerendo alguma adaptação neles:

i) Desconcentração do poder decisório;

ii) Desconcentração dos privilégios de acesso aos sistemas;

iii) Evitar-se um contato frequente e por longo período entre os vendedores e os funcionários públicos

iv) Desenhar mecanismos para que as firmas revelem se enxergam algum direcionamento na fórmula de pontuação (em caso do uso do critério de adjudicação por técnica e preço).

6.2 Os mercados definidos por licitações e a defesa de sua concorrência:

Diferentemente da União Europeia, onde a regulação econômica e a defesa da concorrência são aplicáveis ao Estado quando este age como intermediário em mercados (Sánchez-Graells, 2015; Garzaro, 2016), o Estado brasileiro paira "acima" da empresa privada contratada. Em particular, a licitação pode não resultar em nenhuma aquisição, ou seja, a Administração tem o direito de não contratar, mesmo depois de licitar, selecionar, homologar e adjudicar (Justen Filho, 2005, apud Fiuza, 2009). Aquisições do Estado, na medida de sua importância para seus respectivos mercados relevantes, podem ter o condão de erguer ou derrubar barreiras à

entrada, reduzir ou aumentar o nível de concorrência, elevar ou baixar o padrão de qualidade dos bens e serviços, entre outros efeitos.

As compras públicas têm um grande peso no PIB de países da OCDE: em média 12% (OCDE, 2016b). Aqui no Brasil não existe ainda uma estimativa que agregue as compras públicas dos três níveis de governo: Federal, Estados e Municípios. As compras registradas no Comprasnet em 2016, segundo o Boletim de Compras Públicas, totalizavam 57,6 bilhões de reais em valores homologados, ou menos de 1% do PIB. Se, por um lado, há compras estaduais e municipais realizadas através do Comprasnet, por outro lado o valor homologado não necessariamente era empenhado, boa parte das compras estaduais e municipais, e mesmo de muitos entes federais, passa ao largo do Comprasnet.

Isso é pouco ou muito? Comparado à OCDE, este subtotal é bem pouco, pois representa apenas 0,9% do PIB nacional. Bem, comparemos com as Receitas Operacionais Líquidas de alguns setores de serviços regulados por agências exclusivas (Tabela 4). Note-se como as compras cobertas pelo Comprasnet cobrem, sozinhas, a soma dos setores de transporte aéreo e transporte aquaviário (regulados respectivamente pela Anac e Antaq). Também supera o valor de vendas de todo o complexo farmacêutico-farmoquímico (regulado pela Anvisa e pela CMED).

TABELA 4

Receita operacional líquida ou Valor de Vendas segundo as atividades - CNAE 2.0 – atividades selecionadas

Brasil	
Ano - 2016	
Atividades de serviços	Variável
	Receita operacional líquida (Mil Reais)
Telecomunicações	159.903.389,00
Transporte ferroviário e metroferroviário	18.112.798,00
Transporte rodoviário	209.909.756,00
Transporte dutoviário	16.154.726,00
Transporte aquaviário	19.018.455,00
Transporte aéreo	38.701.279,00
Esgoto, coleta, tratamento e disposição de resíduos e recuperação de materiais	24.867.573,00
Fabricação de produtos farmoquímicos	704.511,00
Fabricação de medicamentos para uso humano	35.032.858,00
Fabricação de medicamentos para uso veterinário	3.742.945,00
Fabricação de preparações farmacêuticas	524.961,00

Fonte: IBGE - Pesquisa Anual de Serviços (PAS) – Receita Operacional Líquida; Pesquisa Industrial Anual (PIA – Produto) – Valor de Vendas.

Esses números deveriam ser bem contundentes para convencer o leitor de que a atuação do governo em compras de bens e serviços afeta uma considerável parte da economia. Para alguns segmentos bem específicos de bens e serviços, as compras públicas podem representar uma parcela significativa das receitas das empresas e, portanto, a maneira como a Administração Pública compra pode determinar o ritmo de crescimento daquele mercado, a facilidade de entrada, o grau de concorrência, a solvência financeira das empresas, os níveis de emprego geral e local, a adoção de práticas sustentáveis, a adoção de inovações, etc.

Deve ter ficado claro até agora que mudanças em artigos, incisos, parágrafos e alíneas da Lei de Licitações e de suas regulamentações infralegais (decretos, portarias, instruções normativas e resoluções), bem como qualquer outra regulamentação do governo que impacte compras públicas (ex: dispositivos das legislações trabalhista, previdenciária sanitária, ambiental, tributária, tráfego urbano, etc.), podem ter o condão de alterar condições de concorrência entre os fornecedores do governo, se alterarem preços e custos relativos entre as empresas. Esse raciocínio funciona, a bem da verdade, para qualquer ato do governo que possa ter impacto regulatório, e daí o *boom* observado nos últimos anos no aperfeiçoamento das técnicas empregadas na Avaliação de Impacto Regulatório. Em verdade, neste presente momento, o substitutivo número 10/2018 da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado 6621/2016, a chamada "Lei Geral das Agências Reguladoras", que dispõe sobre "a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras" está aos cuidados da Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor do próprio Senado desde 14/02/2019, aguardando a designação do relator[36]. Ele abrange as agências Aneel, ANP, Anatel, Anvisa, ANS, ANA, Antaq, Ancine, Anac, ANM e Inmetro. Destacamos nele o seguinte:

> *Art. 6º A adoção e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores ou dos usuários dos serviços prestados serão, nos termos de regulamento, precedidas de realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR), que conterá informações e dados sobre os possíveis efeitos do ato normativo.*
> *Art. 9º Serão objeto de consulta pública, previamente à tomada de decisão pelo conselho diretor ou pela diretoria colegiada, as minutas e as propostas de alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, dos consumidores ou dos usuários dos serviços prestados.*
> *§ 1º A consulta pública é o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora, que possibilita o envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados.*
> *(...)*

[36] Posição em 12/03/2019. Fonte: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134809

> *§ 3º A agência reguladora deverá disponibilizar, na sede e no respectivo sítio na internet, no início da consulta pública, o relatório da AIR, os estudos, os dados e o material técnico usados como fundamento para as propostas submetidas a consulta pública, ressalvados aqueles de caráter sigiloso.*

Não se deveria esperar menos do arcabouço regulatório das compras públicas. Neste sentido, é de se aplaudir que, antes mesmo da entrada em vigor da nova Lei de Licitações, o Ministério da Economia já tenha realizado Consulta Pública para discussão de uma minuta de decreto mudando a regulamentação do pregão eletrônico[37]. Infelizmente, porém, ela não veio acompanhada de um relatório de AIR, como seria mandatório se: (i) a atual redação do Projeto de Lei Geral das Agências Reguladoras estivesse aprovada nos termos acima apresentados; (ii) estivesse em funcionamento uma instância reguladora de compras públicas, sujeita a essa mesma Lei como as demais agências nela já listadas.

Segundo enquete realizada pela International Competition Network, que congrega agências de concorrência de dezenas de países, "*um importante traço influenciando a relação entre agências de competição e os órgãos de compras públicas é se o país tem legislação e estatutos nacionais de compras públicas obrigatórios para todos os órgãos de governo ou se cada órgão tem poder independente para estabelecer suas próprias regras de compras. Os sistemas nacionais podem variar entre esses dois extremos, tendo, por exemplo, algumas regras gerais obrigatórias para todos os órgãos, enquanto permitem a cada órgão a capacidade de desenvolver suas próprias regras. Outra possibilidade seria que as jurisdições impusessem legislação de compras a um grupo de órgãos, deixando outros órgãos fora desse grupo, proporcionando-lhes a oportunidade de desenvolver suas próprias regras de aquisição. Na prática, muitas jurisdições usam uma combinação dessas estruturas.*" (ICN, 2015).

Como foi visto em Fiuza e Medeiros (2014), pp. 131-140, há diversas naturezas de instituições regulatórias para a atividade de compras públicas. Naquele levantamento, 26 delas eram classificadas como "autoridades", 7 como agências governamentais autônomas, 4 como conselhos transversais, 4 como conselhos públicos-privados e 3 como "outros". Os autores também discutiram (seção 4.1) os prós e contras de se ter uma agência reguladora autônoma para esse fim, e concluíram que as vantagens superariam as desvantagens[38]. Reiteramos essa posição aqui. O Substitutivo aqui tratado já é suficientemente complexo para ainda incluir todas as competências e a organização de

---

[37] Ver https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/noticias/1066-consulta-pregao.

[38] Entre as razões para haver uma agência, a importância do tema; a disparidade de tratamentos dada pelos órgãos Brasil afora, recomendando uma abordagem técnica e embasada no paradigma de Avaliação de Impacto Regulatório; existência de estruturas semelhantes em países desenvolvidos. Os riscos seriam os mesmos de outras agências: captura e aparelhamento. Entendemos que as vantagens superariam as desvantagens, porque esses riscos já existem espalhados nos órgãos, e fica mais fácil monitorá-los numa estrutura centralizada.

uma agência reguladora, e por isso apenas ressaltamos aqui a necessidade da formulação de uma nova peça legal instituindo-a ao nível federal e dando diretrizes e prazos para os Estados terem suas próprias agências se assim for considerado oportuno – dado que alguns detalhes sobre as compras ainda são passíveis de regulamentação própria por eles. O debate sobre isso ainda precisa ser iniciado[39]. Naturalmente, como mencionado acima, uma vez tomada a decisão de se instituir uma agência reguladora, o Projeto de Lei a ser apresentado já deveria inseri-la no escopo legal da nova Lei Geral de Agências Reguladoras.

Um aspecto curioso que foi notado no mesmo levantamento supracitado de Fiuza e Medeiros (2014) era que, em dois países resenhados (Suécia e Tchéquia), a agência autônoma a cargo da regulação era a própria agência de concorrência. Segundo Kovacic (2011), haveria quase 100 jurisdições nacionais com sistemas de concorrência no mundo, dos quais mais de 100 teriam sido criados a partir de 1990. Ainda segundo ele, a maioria das agências de concorrência faziam mais do que política de concorrência: disciplinavam propaganda, compras públicas, propriedade intelectual e regulação de serviços públicos. A atuação em compras públicas, por sua vez, variava de origem em cada jurisdição. Ora era uma escolha consciente (ex: Bulgária, Rússia, Tchéquia), ora uma evolução não antecipada na época de sua criação, ora um reconhecimento de complementaridades, ora uma mudança tecnológica. Além disso, os critérios normativos das duas áreas eram bastante convergentes: fundamentos intelectuais comuns, complementaridades das políticas, o capital e a captura políticos, a integração operacional e os transbordamentos (*spillovers*) no ecossistema regulatório.

Do ponto de vista da concorrência, sabemos que as atividades de defesa da concorrência se dividem em três frentes (SEAE, 2017): (i) o controle de estruturas (função preventiva); Iii) a repressão de condutas anticompetitivas (função repressiva); e (iii) a advocacia da Concorrência. A colaboração entre os órgãos de compras e as agências de concorrência podem dar-se apenas na colaboração para as funções repressivas. As agências de concorrência têm o *know how* sobre os tipos de mecanismos utilizados pelas firmas em esquemas de bid rigging, e os agentes de compras o conhecimento dos mercados relevantes o comportamento das empresas neles ativas. A devida troca de informações permite que um lado ensine o outro a detectar sinais de bid-rigging – e, acrescentaríamos, também práticas exclusionárias – e os dois estejam alinhados para que as informações levantadas subsidiem a abertura e/ou a condução de investigações. Os links intelectuais comuns e as complementaridades de políticas são, portanto, evidentes

[39] Lembrando que "*existem também diferenças importantes entre as jurisdições em que as leis nacionais de concorrência se aplicam à decisão de aquisição pública pelos órgãos governamentais apenas no nível nacional/federal, e aquelas em que as leis nacionais de concorrência também se aplicam ao nível estadual/municipal. Em ambos os casos, pode haver órgãos governamentais isentos da legislação nacional de concorrência, no todo ou em parte"* (ICN, 2015).

entre as duas partes, como também salienta Kovacic (2011): o combate a cartéis (função repressiva) e a eliminação de barreiras à entrada desnecessárias (função de advocacia) são o foco das agências de concorrência; do lado dos órgãos de compras, a atividade tem profunda influência no desempenho de mercado e frequentemente é fonte de distorções competitivas.

De fato, no Brasil o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (inicialmente formado por SDE/MJ, SEAE/MF e Cade; e atualmente apenas pelos dois últimos) tem sido ativo na preparação e disponibilização de material e de check-lists que ajudam os compradores públicos a detectarem estes sinais. Exemplos são a *Cartilha de combate a cartéis em licitações*, da antiga SDE[40], a Estratégia Nacional de Combate a Cartéis (ver Martinez, 2014) e o Projeto Cérebro[41], que desenvolve estratégias de detecção proativa de cartéis usando ferramentas de mineração de dados. Outros países têm estratégias semelhantes ao Projeto Cérebro, como os EUA, o México e a Coreia do Sul (ver OCDE, 2013c).

Além do Projeto Cérebro, o Cade tem acordos de cooperação com diversos tribunais de contas, ministérios públicos estaduais e federal e CGU (que, por sua vez, mantém uma unidade permanente voltada à aplicação de metodologia científica para o aprimoramento do controle interno, o chamado Observatório da Despesa Pública).

De fato, como salientou a OCDE (2010):

1. A colusão e a corrupção são problemas distintos nas compras públicas, no entanto eles podem frequentemente ocorrer em paralelo e ter um efeito de reforço mútuo. Eles são vistos melhor, portanto, como ameaças concomitantes à integridade das compras públicas.

2. O carácter distintivo das compras públicas e o seu contexto tornam o processo particularmente vulnerável ao conluio e à corrupção, ao mesmo tempo que aumentam a magnitude dos danos causados por estas infrações.

3. A cooperação entre os vários órgãos de *enforcement* (auditores, procuradores e investigadores de concorrência) com jurisdição sobre colusão e corrupção nas compras públicas é primordial, a fim de se alcançar uma estratégia global coerente e garantir a sua total implementação, e, além disso, facilitar uma persecução eficaz contra essas infrações.

4. Além do arcabouço existente de lei de concorrência, legislação de justiça criminal e regulamentações de compras públicas, uma variedade de mecanismos mais especializados foi desenvolvida para proteger e melhorar a integridade do processo de compra pública. No entanto, tais técnicas devem equilibrar os requisitos por vezes concorrentes da

---

[40] Disponível tanto em http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/cartilha_licitacao.pdf/view como em http://www.comprasnet.gov.br/banner/seguro/cartilha_licitacao.pdf

[41] Ver OCDE (2016c) e http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/eventos/2018/organizacao-de-centro-de-dados-cade/organizacaocentrodados-projeto-cerebro-cade.pdf.

prevenção do conluio e da corrupção[42] e a necessidade de alcançar uma acomodação mútua destes objetivos.

5. A estratégia ideal para combater o conluio e a corrupção nos contratos públicos parece exigir uma abordagem em três frentes: desenvolvimento de regras de melhores práticas para compras públicas; extensos esforços de *advocacy*; e vigorosa ação de execução tomada contra quaisquer casos de corrupção e/ou conluio que sejam descobertos.

A cooperação entre os entes de fiscalização, controle e persecução em conjunto com as centrais de compras, uma eventual agência reguladora de compras e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência revela-se, portanto, um fator chave no aperfeiçoamento do arcabouço institucional, que nada mais é que a advocacia da concorrência, definida como "*a atividade destinada a promover um ambiente competitivo através da influência sobre o processo de regulamentação e o aumento da consciência pública sobre os benefícios da concorrência*", atividade esta da competência da SEAE (Secretaria de Advocacia da Concorrência e Produtividade do Ministério da Economia) e que atua para[43]:

- Remover entraves desnecessários e nocivos à concorrência.
- Promover uma economia competitiva, por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a concorrência.

Outras iniciativas de cooperação de agências de concorrência com autoridades de compras públicas são relatadas pela OCDE (2016b):

- Austrália: o ACCC desenvolve advocacia anti-bid-rigging com governos nacionais e estaduais, agências anticorrupção e órgãos de licitações;
- Canadá: o Bureau de Concorrência treina os funcionários da principal central de compras canadense no combate ao bid-rigging;
- Colômbia: a agência de concorrência colombiana tem acordo de cooperação com a Colombia Compra Eficiente para a detecção de colusão;
- Hungria: a autoridade de concorrência húngara coopera com a autoridade de compras da Hungria no desenvolvimento de ferramentas para detecção de esquemas colusivos;

---

[42] Como também aponta a OCDE (2010): "*Combater o conluio e a corrupção não são objetivos mutuamente exclusivos, portanto é necessário acomodar ambos para melhor proteger o processo de aquisições públicas. As tensões entre as abordagens, por vezes conflitantes, à prevenção do conluio e da corrupção no âmbito dos contratos públicos acarretam* trade-offs *para alcançar ambos de forma eficaz. Por exemplo, embora a transparência seja indispensável para a prevenção da corrupção, deve-se evitar a transparência excessiva ou desnecessária*".

[43] Ver SEAE (2017).

- Itália: a autoridade de concorrência italiana coopera com a Consip para otimizar o desenho de licitações e combater bid-rigging. Também tem um Memorando de Entendimentos com a autoridade anticorrupção italiana (ANAC);

- Japão: cada agência de compras designa funcionários para fornecer informações ao JFTC (Japan Fair Trade Commission) sobre possíveis violações da Lei Antimonopólios em licitações de obras públicas. O JFTC também provê treinamento para funcionários em níveis central e local de governo;

- Eslováquia: cooperação entre o Escritório Antimonopólio, o Escritório de Compras Públicas e o Escritório Supremo de Auditoria para reforçar cooperação e intercâmbio de informações. O primeiro também aumentou o *advocacy* junto aos municípios;

- Espanha: a Comissão Nacional de Mercados e Concorrência CNMC) pode ser consultada quando novas regulações, editais ou ações podem afetar a concorrência, e emite pareceres setoriais sobre especificações de editais;

- Suécia: a autoridade sueca de concorrência é responsável pelo *enforcement* tanto das leis de concorrência como das de compras públicas. Para combinar suas tarefas de supervisão nas duas áreas, cria sinergias valiosas pelo compartilhamento de conhecimento e experiência entre seu corpo técnico.

- EUA: o Departamento de Justiça (DoJ) tem conduzido programas de integração e treinamento para agentes de compras e investigadores.

Lembramos que os "*cartéis em licitações públicas podem sofrer repressão tanto na esfera administrativa quanto na esfera penal. O tratamento administrativo está refletido especialmente na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, enquanto que o tratamento penal está centrado na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*". (Martinez, 2014).

ICN (2015) e OCDE (2009) trazem uma valiosa lista de meios práticos de facilitar um ambiente competitivo e prevenir o *bid-rigging* (grifos nossos):

1. Desenho do Processo de Compra para Reduzir o Risco de Colusão:

a. Aumentar o conjunto de licitantes potenciais (*bidding pool*);

b. Permitir a substituição de produtos quando possível (por exemplo, evitando a solicitação de tecnologias específicas e indicação de marcas, e focando nos critérios de qualidade dos bens e serviços adquiridos);

c. Permitindo mais de um vencedor (por exemplo, através de uma criteriosa divisão de lotes, ou múltiplas adjudicações concomitantes);

d. Evitando a previsibilidade;

e. Requerendo os licitantes a assinar uma declaração anticonluio (Declaração de Independência de Proposta) ao submeterem propostas, e que estas sejam anônimas;

f. Disciplinando a que tipo de informação os licitantes têm acesso antes, durante e depois dos certames;

g. Sempre que houver receio sobre possível conluio entre os licitantes, recorrer, sempre que possível, leilões de envelopes fechados por menor preço em vez do modo de disputa aberto;

h. Limitar tanto quanto possível a comunicação entre os concorrentes durante o certame. Disputa aberta permite a comunicação e a transmissão de informações e sinais entre os concorrentes. A exigência de apresentação pessoal das propostas permite que as empresas comuniquem entre si e concluam acordos de última hora. Estas situações podem ser evitadas, por exemplo, mediante a submissão eletrônica de propostas.

i. Não divulgar nem limitar de forma desnecessária o número de concorrentes;

j. Exigir que os concorrentes revelem claramente se pretendem subcontratar outras empresas, já que a subcontratação pode ser um meio para dividir lucros entre concorrentes em conluio;

k. Uma vez que as propostas conjuntas (ou em consórcio) podem ser uma forma de partilhar lucros entre concorrentes em conluio, é necessário prestar atenção especial às propostas conjuntas apresentadas por empresas que já foram condenadas ou multadas pelas autoridades da concorrência por conluio. A prudência é necessária mesmo se o conluio ocorreu noutros mercados ou se as empresas envolvidas não têm capacidade para apresentar propostas separadas;

l. Evitar qualquer tipo de tratamento especial para determinadas classes ou tipos de fornecedores.

m. Não favorecer as empresas já estabelecidas.

n. Não dar demasiada importância aos registros de desempenho prévio. Sempre que possível, será útil ter em conta outras experiências relevantes.

o. Evitar dividir os contratos entre fornecedores com propostas idênticas. Devem ser investigadas as razões que geram a semelhança das propostas e, se necessário, considerar a hipótese de relançar o processo ou adjudicar o contrato a um único fornecedor.

p. Investigar os preços ou as propostas caso não façam sentido, porém nunca discutindo esses temas com os concorrentes em conjunto.

2. Uso de leilões eletrônicos para:

a. Obtenção de transparência no procedimento e prevenção de vazamentos de informação;

b. Consolidar a informação do leilão no website em tempo real, minimizando os contatos pessoais entre os licitantes;

c. Expandir o alcance e a participação dos fornecedores potenciais;

d. Redução da disseminação de informação entre os participantes sobre os lances dos outros concorrentes;

e. Prevenção de corrupção: na medida em que todos os atos do agente de compras na sessão pública são registrados e publicizados, reduzem-se os riscos de decisões arbitrárias e de distorção da informação.

f. Transparência do julgamento das propostas;

g. Aumento da participação das PMEs;

h. Aumento da concorrência.

Note-se que vários desses procedimentos podem ser disciplinados em regulamento e no material de formação, na forma de guias de boas práticas. Notemos ainda que muitas dessas recomendações, em especial as por nós grifadas, já foram exploradas em seções anteriores dessa Nota, nomeadamente:

- 1(g): Quando contestamos a superioridade apregoada do modo de disputa aberto como justificativa de sua obrigatoriedade (que não existia no texto do Senado);
- 1(h), (i): Quando falamos da necessidade de se garantirem certames eletrônicos sempre, sem abrir espaço para subterfúgios;
- 1(l): quando criticamos o ainda alto número de situações de dispensa de licitação presente no Substitutivo

Os itens 1(j) e 1(k) merecem neste espaço uma atenção especial nas seguintes subseções. Como salienta ICN (2015), *"é importante que os agentes de compras entendam que um comportamento que é legítimo sob as regras de licitação pode mesmo assim estar violando a lei de concorrência. Em outras palavras, procedimentos ou ferramentas licitatórias podem ser usadas de maneira anticompetitiva"* (p.8).

Reiteramos a importância de se reunirem as melhores competências em compras públicas com uma visão de eficiência e competitividade numa agência reguladora para a área. A cooperação entre os entes de fiscalização, controle e persecução em conjunto com as centrais de compras, essa agência reguladora de compras e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é um fator chave no aperfeiçoamento do arcabouço institucional, que nada mais é que a advocacia da concorrência.

6.1.1 Os riscos da subcontratação:

A subcontratação é um mecanismo consagrado de repartição de lucros extraordinários obtidos em esquemas de *bid-rigging* puros – isto é, sem a participação de agentes públicos em conluio com o cartel de fornecedores –, além de ter se revelado nas investigações da Operação Lava Jato e congêneres que também serve como uma maneira de lavar dinheiro de propinas e, portanto, sustentar operacionalmente esquemas de corrupção (seja sustentado por um cartel, seja em conluio direto do agente público com um único fornecedor, direcionando contratos para este). Para entendermos isso, precisamos dar um passo atrás e lembrar como surgem tais esquemas:

Nos leilões de envelopes fechados "de primeiro preço" – que, para fins didáticos, podemos admitir como abrangendo também os leilões de técnica e preço –, o licitante vencedor recebe como preço aquele que ele mesmo submeteu em lance. Nesse tipo de leilão, a estratégia competitiva de equilíbrio é que nenhum licitante dê como lance o valor que ele mesmo atribui ao contrato, mas sim a esperança do segundo menor valor, condicionado a que este seja realmente maior que aquele. Isso introduz um "sombreamento", ou, no caso de leilões de compras públicas, um acréscimo nos lances. Ora, se os licitantes entrarem em acordo, eles podem designar um deles para vencer oferecendo o "preço de reserva", isto é, o preço máximo que a Administração está disposta a pagar e que, em muitos casos, ainda que não seja publicizado, pode ser facilmente estimado por eles. Normalmente o vencedor designado é aquele que tem o menor custo de fornecimento daquele bem ou serviço. Este designado vencedor se encarrega, então, de repartir a diferença entre o preço obtido (que é o máximo possível) e o seu custo (que é o menor do cartel) com os demais membros do cartel. As maneiras como o cartel implementam o resultado desejado requerem, porém, uma grande coesão entre os membros. Isso porque, no momento do certame, apenas um membro dará um lance válido ou um pouco abaixo do preço de reserva. Os demais, ou o "cobrirão" com preços bem altos (propostas de cobertura), ou se ausentarão do certame (supressão de propostas). Esse perfil de estratégias não é, porém, no jogo estático (o certame propriamente dito e visto isoladamente), um equilíbrio, pois qualquer licitante com custos mais baixos que o preço de reserva estará tentado a furar o cartel, apresentando um lance intermediário, isto é, menor que o preço combinado para o "vencedor designado", mas acima do seu próprio custo. Note-se que o leilão reverso, isto é, com disputa em lances abertos, permite aos membros do cartel presentes ao certame que reajam a defecções desse tipo, o que as desencoraja, enquanto o leilão de envelopes fechados, sendo de uma única rodada, não permite essa reação – e a punição teria que acontecer em certames futuros.

QUADRO 8

Marcadores colusivos

Estrutura de mercado	Técnica de colusão	Sub-contratação	Consórcios/ propriedade conjunta	Coordenação de propostas	Pagamentos paralelos informais
Monopólio	Supressão de Propostas	A			
	Propostas de cobertura	B			
	Propostas conjuntas		C		
Falsa competição	Supressão de Propostas	D		F	
	Propostas de cobertura	E		G	
	Propostas conjuntas				

Notas: toda dimensão é mensurada, algumas dimensões são mensuradas, conceitualmente não existentes.
Fonte: Tóth et al (2014).

O cartel necessita, portanto, de mecanismos de *enforcement*, isto é, dispositivos que o tornem autoaplicável[44]. O Quadro 8 resume as maneiras como o cartel ou monopólio pode ser implementado, a maneira de repartir os ganhos, e os "marcadores colusivos" que certas combinações deixam como rastro. Claro, a maneira mais óbvia seria transferir parte dos lucros diretamente aos cúmplices através de off-shores, dinheiro em malas e outras práticas de lavagem que ocultassem a verdadeira finalidade dos pagamentos. Essas foram as práticas mais amiúde reveladas pela Operação Lava Jato e congêneres, e o uso delas como evidência de conluio requer ações de quebra de sigilo bancário e rastreamento de recursos. Elas podem ser enquadradas no que o Quadro 8 chama de "pagamentos paralelos informais".

Outras formas de repartição são um pouco mais sofisticadas, e são elas que nos detêm aqui. As propostas de cobertura e a supressão de propostas, podem, por exemplo, ser compensadas aos cúmplices do cartel através da subcontratação de fornecimento de seus bens ou serviços pelo fornecedor oficialmente contratado. Ora, enquanto é relativamente fácil se suspeitar de preços muito altos em concorrentes num certame, é um pouco mais difícil inferir a participação de uma empresa num cartel pela sua simples ausência – deve-se observar um conjunto mais amplo de certames para se ter um quadro mais nítido; veja mais adiante a coordenação de propostas. Em ambos os casos, porém, em que a repartição dos lucros se dá via subcontratação, ela pode facilmente ser detectada e regulamentada

[44] Depende também da implementação de estratégias exclusionárias para deter a entrada nos certames de empresas fora do cartel, os *Mavericks*. Isso inclui estratégias de lobby para criar barreiras legais, regulatórias ou de especificações de editais, bem como impugnações. Tanto o uso de impugnações como a adoção de esquemas de rotação de concorrentes para definir quem ficaria de fora (supressão de propostas) e quem submeteria propostas de cobertura estão bem documentadas na investigação do Cartel dos Vigilantes, condenado pelo Cade.

pelo Poder Público. Foi isso que motivou a nossa sugestão à relatoria de que a subcontratação fosse disciplinada em regulamento. Embora a subcontratação de uma firma que não participou do certame seja uma evidência menos contundente do que a de uma firma perdedora, ela pode e deve ser usada em conjunto com outras evidências para construírem um marcador oclusivo e, assim, alimentar as trilhas de auditoria dos órgãos de fiscalização, controle e investigação. Por exemplo, a comprovação de que a firma vencedora estava apta a executar o contrato sozinha reforça a suspeita de que a subcontratação de uma terceira firma seja colusiva. Esse tipo de raciocínio vale também para as propostas conjuntas, como veremos abaixo.

Naturalmente a subcontratação, em si, não é perversa. Ela é usada em várias partes do mundo como instrumento para aumentar o acesso (no caso, indireto) de pequenas e médias empresas ao mercado de contratos públicos. Na Itália, por exemplo, firmas que se qualificam isoladamente para um serviço podem optar por subcontratar ou não, enquanto firmas com qualificação insuficiente podem ser obrigadas a fazer a subcontratação para cumprirem com os requisitos (Rondi e Valbonesi, 2016). O que nos parece indiscutível é que a decisão sobre a permissão de subcontratação deve ser estudada e regulamentada com base em evidências, e não inscrita em lei sem a devida avaliação de impacto. Por último, mas não menos importante, vale notar que fornecedores com subcontratados em comum podem usar essa "agência comum" (jargão do economês para arranjos em que um Agente responde a dois Principais) para extrair informações de custos dos concorrentes (Balat et al, 2017), o que também pode reforçar o conluio, ainda que tácito.

É assim que conclui o International Competition Network: [Um] "exemplo de conflito potencial surge na área de regras de subcontratação. Em algumas jurisdições, é aceitável que um ou mais dos licitantes vencidos se tornem subcontratantes do licitante vencedor. No entanto, se este for o resultado de um acordo anterior, com uma entidade concordando em perder a oferta em troca da promessa do vencedor de subcontratar o perdedor, isso pode violar a lei da concorrência." (ICN, 2015, p.8).

Subcontratação é um mecanismo consagrado de transferências de sobrepreços entre firmas praticantes de cartel de licitações. Ela deve ser rigidamente disciplinada. Também deve ser prevenida a obtenção de vantagem indevida por servidor público disfarçadamente por meio de contratação de parentes e outros prepostos por empresa. O relator acertadamente acatou a nossa sugestão de prever regulamento para discipliná-la (art. 120, parágrafo 2º). Consideramos a inserção suficiente.

6.1.2 Os riscos dos consórcios:

Existem, é claro, refinamentos que se situam no meio-termo entre as estratégias de supressão de propostas e de propostas de cobertura. Um potencial concorrente pode, por exemplo, aliar-se a outro e fazer uma proposta conjunta. No Brasil, isso é possível através da formação de um consórcio.

ICN (2015) relata que "*em algumas jurisdições, joint ventures e consórcios entre empresas são formas tipicamente legítimas de cooperação entre os licitantes. Esses consórcios podem ser uma maneira útil de ajudar fornecedores novos e/ou menores a superar as barreiras potenciais à entrada que podem ser levantadas através, por exemplo, de contratos agregados e exercícios conjuntos de aquisição. Nas licitações em que os licitantes enfrentam altos custos de transação em licitações, eles podem superar os altos custos de transação envolvidos na preparação de propostas, compartilhando recursos (por exemplo, compartilhando um relatório especializado sobre um projeto), o que fortalecerá o processo de aquisição. Por conseguinte, um consórcio é geralmente considerado pró-concorrencial se as empresas associadas não puderem realizar de forma independente o contrato para o qual licitam, porque acrescenta novos concorrentes ao concurso. No entanto, se as empresas que colaboraram pudessem executar o contrato independentemente, então, em algumas jurisdições, deve haver uma defesa das eficiências geradas* (efficiency deffense) *para que a combinação se qualifique como uma forma legítima de cooperação do ponto de vista antitruste. Além disso, os consórcios e joint ventures devem ser temporários e estar em conformidade com a finalidade de prestar serviços para um processo de licitação concreto. Se as partes pretendem criar joint ventures e consórcios com o mesmo participante em diferentes processos licitatórios, isso pode ser entendido como uma fusão pela agência de concorrência e, consequentemente, esta pode exigir a submissão da operação na forma de Ato de Concentração. Em algumas jurisdições, empresas independentes podem apresentar uma proposta conjunta, desde que apresentem e obtenham autorização da agência de concorrência*" (p.8).

De fato, como relatam Albano *et al* (2008), a regra mais indicada para consórcios, quando existe, foi adotada justamente a partir de consultas às agências de concorrência: se as empresas têm condições sozinhas de atender ao contrato, não se deve deixá-las formar consórcios. Foi isso que decidiram fazer a Itália, Áustria, Bélgica e Romênia. Como as empresas têm de demonstrar capacidade técnica e financeira (inciso III do caput do art. 15º do Substitutivo), a equipe de compras ou comissão de licitação pode com razoável facilidade avaliar se essa capacidade as habilita a disputar sozinhas.

Uma situação em que os consórcios são abundantemente justificáveis é o caso de encomendas tecnológicas e outros tipos de aquisição de inovação. A literatura econômica[45] aponta para a vantagem dos consórcios quando há transbordamentos (*spillovers*), e isso poderia ser alegado como eficiência compensatória, como ficou sugerido a partir do levantamento do ICN (2015) acima.

O Substitutivo acertadamente acatou a sugestão do Ipea que obriga o registro do consórcio antes da celebração do contrato (nova redação do art. 15, § 4º). Isso, porém, ainda é insuficiente. À luz do que acabamos de relatar, recomendamos que um regulamento, ou, em sua falta, o edital, preveja regras de aceitabilidade de consórcios. A regra a ser sugerida em seguida seria, claro, a de vedar consórcios de empresas suficientemente qualificadas, e, como sugeriu o ICN (2015), apurar Atos de Concentração quando as agências de concorrência detectam, em parceria com órgãos licitantes e de fiscalização e controle, que uma mesma empresa ou grupo econômico está habitualmente formando consórcios com os mesmos "concorrentes".

Por fim, notemos no Quadro 8 que a supressão de propostas e as propostas de cobertura também se sustentam como equilíbrios em jogos repetidos, isto é, quando os membros do cartel negociam entre si a divisão de contratos por meio de rotação de vencedores ao longo do tempo ou transversalmente alocando territórios ou clientes entre si. Naturalmente a subcontratação, o consórcio e a rotação de vencedores podem ser combinados para se fazer um ajuste fino das participações de mercado entre os membros do cartel. A estabilidade dessas participações obtida por qualquer combinação dessas três estratégias de repartição, combinada com a evidência de cobertura de propostas, é um poderoso marcador colusivo em investigações de *bid rigging*. A supressão de propostas é mais capciosa de se usar, mas existem iniciativas de filtragem de cartéis nas agências de concorrência que, se bem desenvolvidas, podem se tornar eficazes no futuro para detectá-las.

Foi acatada a sugestão do Ipea que obriga o registro do consórcio antes da celebração do contrato (nova redação do art. 15, § 4º). Isso, porém, ainda é insuficiente. Recomendamos que um regulamento, ou, em sua falta, o edital, preveja regras de aceitabilidade de consórcios.

[45] Ver, por exemplo, Shy (1995), p. 232.

7. COMPRAS CONJUNTAS E O SISTEMA DE REGISTROS DE PREÇOS

O Ipea tem fartamente apontado para a necessidade de repensar o Sistema de Registro de Preços (Barbosa, 2012; Barbosa e Fiuza, 2012; Fiuza e Medeiros, 2014). Não se trata simplesmente de colocar limites a caronas. Isso é tímido e não resolve o problema de fundo.

Existem quatro grandes vícios de origem no Sistema de Registro de Preços, que residem:

1. Na sua descentralização e na sua desobrigação: Organizar uma compra por este sistema tem um caráter de bem público no sentido econômico (embora rigorosamente o acesso à ata seja não-excludente e, ao se alcançar o teto atual de caronas, passe a ser rival), e isso, em condições normais de concorrência por adesões a atas de registros de preços, geraria uma suboferta de compras conjuntas. Essa suboferta só não acontece porque a lógica do serviço público, infelizmente, não se guia pela minimização de custos administrativos, então novas atas são geradas porque os órgãos desembolsam recursos escassos para tal. Claro, sempre pode haver um procurador indicando ao órgão que ele deva aderir a uma ata existente em vez de abrir outra licitação. O agente de compras pode insistir que as condições de compra da ata existente não lhe atendem, seja em termos de prazo de entrega, de especificação do bem, garantias, etc. Outros ainda podem argumentar que conseguem preços melhores, sem, no entanto, contabilizar os custos administrativos de realizar nova licitação[46].

E isso nos leva de volta à questão da descentralização: se cada órgão tem liberdade para definir sua compra e não consulta os outros; se as Intenções de Registro de Preços são não-obrigatórias; se existem impedimentos para compras conjuntas sem licitação; etc., é claro que não resolveremos o problema da fragmentação das compras.[47]

2. Na sua incapacidade de agregar demandas com pequenas nuanças, por se exigir uma especificação completa do bem e das condições de entrega: agregar demandas é uma arte. Há que se pesquisarem as principais especificações de compras passadas dos órgãos (compradas em conjunto ou isoladamente), consultá-los de uma maneira estruturada, indicar uma especificação-padrão que atenda a todos, sujeito a uma restrição orçamentária para o seu ciclo devida (e, portanto, sujeito a um teto de custo de ciclo de vida, que inclui o preço pago, o consumo de energia, o custo das paradas de manutenção, o custo de acessórios e suprimentos, o número de pessoas requerido para operá-lo, etc.) e requisitos

[46] E ainda que estes estejam contabilizados, existe um contrafactual de difícil quantificação: quanto cairia o preço da compra centralizada se a demanda "firme" incluísse o órgão "rebelde" em questão, desde o início?

[47] A obrigatoriedade do uso do acordo-quadro da Central de Compras foi, aliás, uma das recomendações da OCDE a um de seus mais novos membros, a Colômbia (OCDE, 2013b, p.420).

mínimo de qualidade (desempenho, durabilidade, reparabilidade, menor tempo necessário para treinar o usuário, cobertura da garantia, etc.).[48]

3. Na sua restrição a bens adquiridos por licitação: o Registro de Preços foi pensado para agregar compras por licitação. Atualmente, se um órgão precisa adquirir um serviço monopolizado, seja por razões tecnológicas, cláusulas de exclusividade legítimas, propriedade intelectual (patente, modelo de uso, desenho), ele não pode aderir a uma ata de outro órgão, simplesmente porque não se pode usar o Registro de Preços nesses casos, onde se aplica a inexigibilidade de licitação. Replica-se o custo administrativo de instrução da inexigibilidade, e mesmo o fornecedor informando o mesmo preço praticado para outros órgãos, esses órgãos compradores não puderam negociar em conjunto um contrato mais vantajoso aproveitando-se a escala. De fato, como já foi apontado por Fiuza e Medeiros (2014), existe um grande número de inexigibilidades de diversos órgãos para uma mesma descrição de bem ou serviço, e esses órgãos não podem comprar conjuntamente a não ser que um receba o recurso, execute a compra e repasse o(s) bem(s) para os demais órgãos.

4. Na proibição de uso de outros critérios de adjudicação que não o menor preço e na restrição a múltiplas adjudicações do mesmo item/lote: se não for necessário padronizar ao extremo o bem a ser comprado conjuntamente, e se o acordo incluir mais de um fornecedor habilitado, os órgãos podem perfeitamente selecionar dentre os pré-qualificados introduzindo algum critério extra de qualidade, ou exigir que algum dos requisitos de qualidade seja elevado, nos chamados *call-offs*, que são minicertames para desempatar entre os fornecedores qualificados.

A versão do Substitutivo aprovada na Comissão Especial em 05/12/2018, a nosso ver, não supera todas essas limitações do sistema. Basicamente foi proposta a figura do credenciamento, que, na subseção abaixo, explicamos por que não é a melhor solução, e, no registro de Preços propriamente dito, o máximo em que se avançou foi permitir a cobrança de preços diferenciados, que evita distorções relacionadas ao fornecimento do mesmo bem a distâncias bem díspares. Essa cobrança de preços diferenciados, por outro lado, não resolve o problema da fragmentação das encomendas, que oneram sobremaneira os fornecedores, pois os custos fixos de logística incidem sobre quantidades pequenas a serem entregues.

---

[48] Recente Instrução Normativa do Ministério da Economia (IN 01/2019; ver https://www.comprasgovernamentais.gov.br/index.php/legislacao/instrucoes-normativas/1068-in-1-de-2019) dá um grande passo em direção a essa compatibilização de demandas: seguindo a sugestão de Fiuza e Medeiros (2014) e antecipando-se à promulgação da nova Lei de Licitações, ela institui a obrigatoriedade de elaboração do Plano Anual de Contratações em cada Unidade Administrativa de Serviços Gerais (UASG):

> ***Art. 6º O setor de licitações deverá analisar as demandas encaminhadas pelos setores requisitantes promovendo diligências necessárias para:***
> ***I - agregação, sempre que possível, de demandas referentes a objetos de mesma natureza;***
> ***II - adequação e consolidação do PAC; e***
> ***III - construção do calendário de licitação (...).***

7.1 As nossas propostas para modernizar o Sistema de Registro de Preços:

As nossas propostas para superar esse quadro são, do ponto de vista da redação da lei, bem simples:

1. Substituir a figura do Registro de Preços, que carrega o ranço da adjudicação pelo critério único e exclusivo de menor preço, pelo Contrato-Marco de Fornecimento ao Setor Público (que melhor seria chamado de Acordo-Quadro, como na União Europeia, por razões que explicamos abaixo), adjudicável pelo critério de técnica e preço (*score auction*) em caso de licitação. O AQ também poderia admitir especificações incompletas e múltiplos fornecedores qualificados.

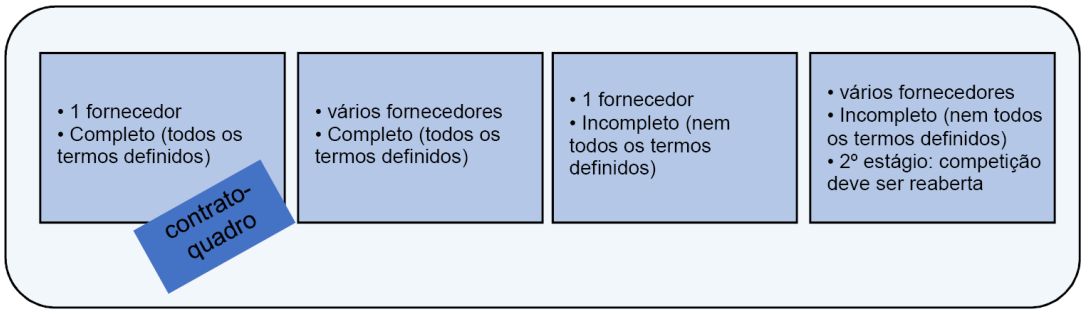
2. Admitir o uso do Contrato-Marco em compras diretas por inexigibilidade. Não é com credenciamento que se resolve o problema da escala, pois ele não junta os compradores na mesma mesa de negociação com o fornecedor.

Como ficará claro a seguir, não existe nenhuma criatividade da nossa parte em propor essa expansão do Sistema de Registro de Preços. Estamos apenas nos inspirando nas melhores práticas de compras conjuntas, presentes nos países da OCDE. A Figura 6 resume os quatro tipos possíveis dos chamados Acordos-Quadros.

Segundo a OCDE (2014a), os chamados Acordos-quadros (AQ, do inglês Framework Agreements) podem ser concluídos com um único fornecedor (AQs de fornecedor único) ou com muitos fornecedores (AQs de múltiplos fornecedores). Os AQs de um único fornecedor provavelmente serão atraentes para os fornecedores, devido à relativa certeza de que o vencedor receberá uma boa quantidade de pedidos de compra e, portanto, poderá resultar em preços competitivos. Por outro lado, os AQs multi-fornecedores dão, em princípio, uma maior segurança de fornecimento aos compradores, uma vez que, se um fornecedor não responde a um pedido de compra, ele pode ser redirecionado a outro fornecedor.

Além disso, as AQs multi-fornecedores não vinculam as autoridades contratantes (ACs) a um determinado fornecedor, mas permitem que elas façam a escolha entre diferentes fornecedores com base em procedimentos ou critérios pré-acordados específicos. Os AQs também podem ser construídos para permitir a adição ou remoção de fornecedores ao longo do tempo.

FIGURA 6
Tipos de acordos-quadros



Fonte: OCDE (2014a)

Os quatro tipos de AQs presentes na Figura 6 são descritos da seguinte forma:

1) AQ com termos fixos, com um fornecedor: A Central de Compras entra em um AQ com um fornecedor por um período de até quatro anos. O contrato de *call-off* baseado no AQ é concluído diretamente pela AC usando as condições estabelecidas no AQ, sem qualquer alteração.

2) AQ sem termos fixos, com um fornecedor: A Central de Compras entra em um AQ com um fornecedor por um período de até quatro anos. O contrato de *call-off* é celebrado com base em uma solicitação por escrito da AC enviada ao fornecedor, solicitando ao fornecedor que envie uma nova oferta.

Um pedido por escrito pode conter, além dos termos originais, condições precisamente definidas e outras pequenas alterações aos termos do AQ. Depois de receber a nova oferta, a AC e o fornecedor celebrarão um contrato próprio. Os termos essenciais do AQ não podem mudar na etapa do pedido por escrito.

3) AQ com todas as condições definidas, com mais fornecedores: A Central de Compras entra em um AQ com três ou mais fornecedores por um período de até quatro anos. Se a Central não obtiver três ou mais propostas que atendam aos critérios de seleção, ela poderá entrar em uma AQ com um número menor de fornecedores adequados, se permitido por lei. Os contratos de *call-off* no âmbito da AQ serão concluídos diretamente pela AC com base nos termos da AQ.

No caso de o melhor fornecedor não conseguir entregar, o contrato será concluído com o próximo melhor fornecedor disponível. As AC devem, dentro de um prazo razoável – por exemplo, no prazo de sete dias após a conclusão do contrato –, enviar uma decisão a todos os fornecedores na AQ sobre a conclusão de contratos de *call-off*.

4) AQ sem todas as condições definidas, com mais fornecedores: A Central entra em um AQ com pelo menos três fornecedores por um período de até quatro anos. Se não houver três ou mais propostas que atendam aos critérios de seleção, a Central poderá entrar em um AQ com um número menor de fornecedores adequados, se permitido por lei.

Ainda segundo a OCDE (2014a), após a celebração de um AQ multifornecedores, os contratos individuais de *call-off* entre os compradores e fornecedores são definidos por miniconcorrências.

> "*Para garantir a transparência, os critérios de adjudicação da miniconcorrência (segunda etapa) devem ser indicados no edital. Esses critérios poderão, por exemplo, dizer respeito à quantidade, valor ou características da oferta ou do serviço em causa ou à evolução do mercado ou às alterações dos níveis de preços, em comparação com um índice de preços predeterminado; Assim, a miniconcorrência pode servir para se buscar um desconto ou pedir produtos melhorados.*
> *A miniconcorrência inclui os seguintes passos:*
> *1. Convidar todos os fornecedores a submeter propostas;*
> *2. Definir um prazo suficiente para preparar e submeter as propostas*
> *3. Após análise e avaliação das propostas recebidas, com base nos critérios de adjudicação definidos no edital, celebrar o contrato com o proponente que submeteu a melhor proposta;*
> *4. Num prazo razoável, por exemplo, no prazo de sete dias a contar da celebração do contrato, informar todos os licitantes que tenham apresentado uma proposta sobre os resultados da miniconcorrência.*
> *Durante o procedimento de call-off, os fornecedores não podem oferecer preços mais altos do que aqueles estabelecidos no AQ, a menos que um índice de preços indicado o permita. Os termos essenciais do AQ não podem mudar no estágio de call-off."* (OCDE, 2014a, p.94)

A Diretiva Europeia 24/2014 prevê em seu artigo 33, além das quatro situações acima, a possibilidade de se celebrar um AQ multifornecedor pelo qual a divisão dos lotes segue critérios pré-definidos no edital, dispensando a realização dos *call-offs.* Não sabemos qual a representatividade desse formato de AQ nas compras europeias regidas por essa Diretiva ou por suas transcrições para as legislações dos Estados-Membros.

Vale notar que a adoção de AQs multifornecedores deve ser feita com muito cuidado, para não se ampliar demais o número de fornecedores aptos a fornecer e, com isso, se frustrar a concorrência pelo mercado de compras públicas, como foi observado nos *Convenios Marcos* chilenos (OCDE, 2017b). Excluir fornecedores nas licitações que gerem os AQs é o único modo de criar disputa em preço e fomentar a agregação de compras e obtenção de economias de escala. Além disso, os fornecedores pré-selecionados precisam ter uma expectativa de que o AQ vai gerar uma certa receita para eles[49]. A diversidade de

[49]Enquete feita pela Autoridade Dinamarquesa da Concorrência e do Consumidor (https://www.en.kfst.dk/media/3299/20150416-coi.pdf) encontrou que a certeza de receita advinda do AQ é essencial para a competição e o preço.

fornecedores se encarrega de prover a diversidade de bens e serviços desejada, mas precisa ser sopesada àqueles objetivos (Saban e Weintraub, 2015). A esse respeito, uma regra de bolso que pode ser adaptada ao Brasil é aquela aplicada pela central de compras italianas, a Consip – veja o Box 2. O histórico dos acordos-quadros italianos multi-membros está no Box 3.

BOX 2

Balanceamento do número de fornecedores em acordos-quadros: o exemplo da itália

A Consip determina o número de fornecedores usando uma regra flexível que depende do número de propostas válidas recebidas. Isso equilibra competição e máxima participação.

Exemplos de regras em alguns acordos-quadro:

Acordos-quadro	Número de fornecedores sob o acordo-quadro
Terceirização de infraestrutura de TI (Desktop outsourcing)	Propostas válidas ≤ 6 => 3 fornecedores Propostas válidas > 6 => 4 fornecedores
Código Aberto (Open Source)	Propostas válidas n => n-1 fornecedores (máximo 7)
Serviços de agência de turismo	Propostas válidas ≤ 5 c => 3 fornecedores Propostas válidas 6-7 => 4 fornecedores Propostas válidas ≥ 8 => 5 fornecedores

Esse sistema permite economias significativas, uma vez que os fornecedores têm um grande incentivo para serem classificados em primeiro lugar.

Fonte: OCDE (2017b).

A lei atual e o Substitutivo só permitem a divisão das compras dos órgãos públicos de maneira centralizada se uma central de compras ou qualquer órgão gestor de Ata de Registro de Preços fizer um edital (de concorrência ou pregão) dividindo as quantidades demandadas pelos membros da Ata de acordo com algum critério de agrupamento (ex: por similaridade de produto, tamanho da demanda e/ ou localização do comprador).

Por fim, para resolver o problema da fragmentação dos pedidos, sugerimos que os preços propostos nos AQ sejam cotados com mais duas taxas em separado: a taxa fixa de frete por remessa e a taxa de frete por item de compra (que pode ser fixa ou proporcional ao preço, quantidade e ou volume). Isso permite que, também no AQ, os fornecedores revelem suas economias de escala e escopo relacionadas ao tamanho dos pedidos. Quem arrematar compras de mais itens e fizer pedidos mais volumosos pode desfrutar de economias na logística, que, naturalmente, devem ser balanceadas em relação ao custo de manutenção de estoques maiores. Os fornecedores membros do acordo-quadro podem, portanto, competir nessa dimensão de preço em particular, quando o órgão público comprador faz sua escolha de fornecedor.

BOX 3

Acordos-quadros de fornecedor único utilizados pela Consip SpA

- A Consip SpA nos primeiros 10 anos de operação utilizou contratos de quase um único fornecedor. A escolha de começar com este tipo de acordos de enquadramento esteve principalmente relacionada com o forte foco na relação custo-benefício e simplificação do processo que orientou a atividade da Consip na sua fase de arranque.
- As principais vantagens dos acordos-quadros identificados pela Consip SpA são:-
  - Para as autoridades públicas: simplificação dos processos de compras, redução dos custos unitários e prazos de entrega, maior transparência e concorrência, redução dos custos do litígio, melhor qualidade dos produtos e serviços. A navegação pelo catálogo de produtos permite a identificação do fornecimento de bens e / ou serviços oferecidos através de acordos de estrutura e a possibilidade de encomendar on-line permite um processo de compra rápido.
  - Para fornecedores: acesso a um mercado com alto potencial de vendas, possibilidade de se tornar um fornecedor para várias autoridades através de uma única proposta, garantia de um processo de transação completamente transparente.
- Os inconvenientes dos acordos-quadros de um só membro estão relacionados principalmente à falta de flexibilidade e, em segundo lugar, ao possível forte impacto no fornecimento através da compra de uma única fonte. Para algumas categorias de bens e serviços, um acordo-quadro multilateral concluído com vários operadores econômicos é uma ferramenta mais útil. Hoje em dia, a Consip escolhe o tipo apropriado (membro único ou multi-membro) de acordos-quadros, identificando a melhor estratégia caso a caso, através de uma sólida análise do mercado nos lado da compra e da oferta.

Fonte: Consip, apud OCDE (2013b).

7.2 A solução proposta pelo Substitutivo: o credenciamento

Em diálogo com a relatoria, esta alegou que a proposta de ampliar o Registro de Preços para contemplar contratos multifornecedores estava contemplada na nova figura do credenciamento. Eis o que diz o texto do Substitutivo a respeito:

> *Art. 6º Para os fins desta Lei consideram-se: (...)*
> *XLIII – credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, credenciem-se no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados;*
> *Art. 74. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:*
> *I – credenciamento;*
> *II – pré-qualificação;*
> *III – sistema de registro de preços;*
> *IV – registro cadastral.*
> *§ 1º Os procedimentos auxiliares de que trata o caput obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.*
> *§ 2º O julgamento que decorrer dos procedimentos auxiliares das licitações previstos nos incisos II e III do caput segue o mesmo procedimento das licitações.*
> *Art. 75. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:*

I – paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;
II – com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;
III – em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.
Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:
I – a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público em sítio eletrônico oficial edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;
II – na hipótese do inciso I do caput, quando o objeto não permitir a contratação simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;
III – o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do caput, deverá definir o valor da contratação;
IV – na hipótese do inciso III do caput, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;
V – não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;
VI – será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

De fato, esses trechos representam um avanço nessa direção, mas, a nosso ver, são uma solução parcial, desconectada do Sistema de Registro de Preços, e portanto insuficiente para resolver todos os problemas apontados. Vamos aos problemas encontrados nessa proposta:

1. O Art. 6º, inciso XLIII, fala em *convocar "interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, credenciem-se no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados*". Isso é muito diferente de uma primeira fase de Acordo-Quadro multifornecedor ou mesmo unifornecedor, pois fala apenas em *preencher os requisitos necessários* – o que dá a entender que se trata apenas de um *pass-or-fail*, de modo que, uma vez preenchidos esses requisitos, qualquer um está credenciado para a segunda fase. Ora, foi justamente esse o problema apontado pela OCDE no *convenio-marco* do Chile: excesso de fornecedores; não se faz uma competição pelo direito de fornecer, não se obtém escala (pois não haverá contratos para todo mundo); como mostramos, na Itália há uma regra simples para que se crie um funil e os fornecedores efetivamente disputem o direito de fornecer, seguindo uma lista de critérios objetivos, entre os quais pode estar, inclusive, o preço (sem incluir, por exemplo, o frete, como apontamos mais acima);

2. O art. 75, inciso I, fala em *hipótese de contratação "paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas"* – isso aqui seria um exemplo de *multiple sourcing*, que até é

uma hipótese vantajosa para a Administração, mas não reflete o espírito do AQ, que é a existência de múltiplos contratos de um mesmo tipo de serviço para diferentes entes da Administração. Enfim, é um elemento a agregar e avançar na figura do AQ, mas não faz parte do AQ.

3. O art. 75, inciso II, fala na *hipótese de contratação "com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação"* – esse é o trecho mais próximo da figura do AQ multifornecedor com call-off. Note-se que o art. 74, § 1º, e o art. 75, parágrafo único (caput), remetem os procedimentos a regulamento, o que permite alguma criatividade na forma de adjudicação, mas o art. 75, § 2º, diz que o julgamento deve seguir o mesmo procedimento das licitações. Como já apontamos na subseção 3.1, a dificuldade em se usar técnica e preço transborda para esses procedimentos. Além disso, se valem procedimentos licitatórios aqui, a redação do art. 6º, inciso XLIII deveria ser reformada para ficar mais condizente.

Além disso, fica confuso quem é o "beneficiário direto da prestação". Se se pretende substituir o AQ com esse credenciamento, a lei deveria ser clara: a entidade adjudicante seleciona os fornecedores com algum critério, cria um teto para o número de fornecedores seguindo também algum critério seu ou do regulamento, e depois a entidade contratante (não um vago "beneficiário direto da prestação", que não está definido em lugar algum do Substitutivo) faz a seleção do fornecedor. Não pode ser tão difícil – e não é de modo algum inconveniente – deixar esses conceitos bem amarrados.

4. O art. 75, inciso III prevê a *hipótese de contratação* "*em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação"*. Isso nos soa mais parecido com o Sistema de Aquisição Dinâmico, ainda mais que o inciso I do parágrafo único do art. 75 rege que "*a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público em sítio eletrônico oficial edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados"* [grifo nosso]. Permanente? Bem, isso definitivamente sepulta qualquer semelhança ou equivalência pretendida entre o AQ e o credenciamento. AQ tem duração máxima, não é um credenciamento permanente.

5. O art. 75, parágrafo único, inciso II, fala que, *"na hipótese do inciso I do caput, quando o objeto não permitir a contratação simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda*". Novamente enfatizamos: se estivéssemos aqui falando de um procedimento para fazer as vezes do AQ, ele deveria fazer um filtro efetivo nos fornecedores. Como dissemos na subseção anterior, os fornecedores

disputam efetivamente se há uma perspectiva concreta de serem contratados, mas isso não pode ser assegurado a eles, senão a competição é esmorecida.

6. O parágrafo único do art. 75, inciso III, fala que *"o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do caput, deverá definir o valor da contratação"*. Dois problemas nesse inciso:

i. Condições padronizadas de contratação: como vimos na subseção anterior, um AQ multifornecedor "incompleto" pode deixar algumas condições em aberto. Isso quer dizer que a entidade adjudicante (que, esperamos, seria uma Central de Compras) definiria no AQ apenas as condições de acesso ao AQ propriamente dito, e cada entidade contratante poderia definir condições contratuais e critérios de julgamento próprios. Seria arriscado dar tanto poder ao órgão contratante e com isso permitir que gestores mal-intencionados e/ou mal preparados acabem impondo condições ad-hoc que restrinjam a competição? De antemão, não podemos prever se dar mais discricionariedade aos gestores será bom ou ruim. Os movimentos mais recentes da União Europeia têm sido no sentido de que é bom. A realidade e a cultura brasileiras podem evidenciar o contrário. Não sendo previsível de antemão, entendemos que esse detalhe poderia ser deixado para regulamento em vez de estar cristalizado em lei. Ou seja, não se deixaria para regulamento apenas como as condições do call-off seriam julgadas, mas até mesmo se elas teriam que estar definidas no edital. Mas é claro que se justifica o temor de ser frustrada a competição, portanto se poderia pensar em explicitar que na fase de call-off deveria ser evitada qualquer cláusula que reduzisse excessivamente o número de fornecedores aptos a concorrerem nele, e a definição do que seria um limiar seguro ficaria para regulamento.

ii. Definição do valor da contratação: também como já foi dito na subseção anterior, um dos possíveis critérios de julgamento do call-off pode ser justamente algum componente de preço, seja ele referente a frete, garantias, seguros, etc. Portanto definir o valor de contratação de antemão também é um elemento a distanciar o credenciamento do arcabouço do AQ.

Em suma, em que pese a enorme boa vontade do legislador em contemplar alguma flexibilidade de contratação em dois estágios através da figura do credenciamento, ele está longe de representar uma ferramenta de contratação à altura do que o AQ potencializa.

Em verdade, a regulamentação do credenciamento é muito mais parecida com a do Sistema de Aquisição Dinâmico (SAD) europeu (Diretiva 24/2014, art. 34), só que é uma versão piorada:

1. Fala em cadastramento permanente, o que pode induzir a interpretação de que, uma vez cadastrado, o fornecedor fica permanentemente credenciado; o SAD original tem duração máxima prevista.

2. Fala em distribuição da demanda entre os credenciados; juntando isso com o cadastramento permanente, ficamos com o pior dos mundos: um *pool* de fornecedores que sempre vai obter contratos, o que representa uma lamentável cartelização oficial, chancelada pela Administração.

À luz desses comentários, sugerimos renomear o credenciamento como SAD e, fazendo as correções acima, mantê-lo no Substitutivo. Mas continuamos carecendo das figuras dos AQ multifornecedor.

De fato, na Figura 6, o AQ unifornecedor completo é a figura mais próxima do nosso Registro de Preços, só que sem se restringir à adjudicação pelo único critério de menor preço.

Sepultar o Registro de Preços e substituí-lo por Acordos-Quadros que possam ser dos quatro tipos clássicos previstos no manual da OCDE é a maneira mais abrangente que o legislador pode pensar de, ao mesmo tempo, criar escala e atender a necessidades próprias das entidades contratantes. Se não o fizermos agora no Substitutivo que aí está, a "nova" Lei já nascerá velha e ultrapassada, e precisará em breve ser reformada. O credenciamento nada mais é que o Sistema de Aquisições Dinâmico (SAD), portanto é uma novidade muito bem-vinda, desde que com as devidas correções que restaurem o espírito original daquele sistema.

8. CONCLUSÕES

O Substitutivo aprovado na Comissão Especial em 5/12/2018, de fato, representa um enorme avanço na legislação nacional de contratações públicas. Destacamos os seguintes avanços:

1) O art. 13º estabelece que os atos praticados no processo licitatório são públicos, mas são ressalvadas hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei. Isso atende à sugestão feita pelo Ipea ao Senado de que nem tudo fosse público num processo licitatório. Incorpora-se também a figura do orçamento sigiloso – um avanço introduzido na Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), que visa dificultar a coordenação entre empresas, notadamente no segmento de construção.

2) Simplificação das modalidades de licitação, embora o pregão eletrônico também pudesse ser excluído da nova lei, já que se trata de caso particular da concorrência. Esta permite diferentes critérios de julgamento e diferentes modos de disputa, mas estranhamente o texto aprovado na Comissão Especial da Câmara amarra as licitações por

menor preço à observância de pelo menos uma fase de disputa aberta, o que não existia no texto vindo do Senado.

3) Cria-se o Portal Nacional de Contratações Públicas, que atende a uma sugestão feita pelo Ipea ao Senado, de criação do Cadastro Nacional de Contratações Públicas.

4) O art. 4º disciplina a abrangência da Lei Complementar 123, a Lei das Micro e Pequenas Empresas.

5) Os artigos 7º e 8º introduzem a figura do agente de licitação, que deve ser do quadro permanente. Blinda essa função da ação de pessoas de fora do serviço público, mais suscetíveis a estar a serviço de interesses particulares. Também foi acatada a sugestão do Ipea à versão de julho/2018, sobre vedar a participação de empresas de parentes, por meio do art. 7º, inciso III, e do novo § 1º do art.9

6) Torna os atos preferencialmente digitais.

7) O art. 15º disciplina a formação de consórcios.

8) Introduz em lei a obrigatoriedade do Plano Anual de Contratações, uma sugestão feita pelo Ipea ao Senado em 2013. No âmbito federal, uma recente Instrução Normativa (IN 01/2019) regulamenta os PACs e introduz o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações. Espera-se que a nova lei imponha a adoção de ferramentas de planejamento por todos os entes contratantes nas esferas subnacionais de governo.

9) Impõe que os entes contratantes instituam instrumentos de centralização de compras e dá prazo para que todos os Estados e Municípios criem Centrais de Compras ou adiram a consórcios, conforme seus tamanhos.

10) O art. 21 incorpora à legislação principal a figura da Matriz de Riscos, antes adstrita ao RDC.

11) Introduz os procedimentos abertos de manifestação de interesse, um elemento útil vindo da legislação de Parcerias Público-Privadas.

12) Introduz o diálogo competitivo

13) Incorpora elementos do Custo Total de Propriedade para o julgamento de propostas

14) Amplia o uso de técnica e preço e admite o uso do histórico de desempenho de fornecedores. Essa era uma sugestão do Ipea, relacionada ao chamado Cadastro Positivo de Fornecedores. Mas embora permitido em mais casos, o critério de julgamento por técnica e preço, em vez de tornar-se a figura preferencial, como acontece nos países desenvolvidos, ainda precisa ser demonstrado como mais indicado para ser adotado.

15) Define melhor o critério de melhor técnica.

16) Cria a figura do contato de eficiência

17) Permite que o licitante dando um lance inicialmente previsto como inexequível ofereça garantias adicionais e se qualifique.

18) Permite preços diferentes de um mesmo fornecedor a diferentes membros de uma Ata de Registro de Preços.

19) Introduz o registro cadastral unificado – também uma sugestão do Ipea ao Senado em 2013.

20) Finalmente, introduz a possibilidade de o edital exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia, o que vem ao encontro do que foi proposto pelo Ipea ao Senado em 2013. Além disso, o art. 101 alinha-se à literatura econômica, que ensina que se deve alocar o risco àquela parte que tem maior capacidade de mitigá-lo.

21) Remeteu a regulamento a função de disciplinar a subcontratação.

Os avanços, sem dúvida, são muitos; não listamos todos aqui. Mas, em que pesem os avanços, há passos ainda tímidos e hesitantes na ampliação das opções de processos adjudicatórios e de gestão contratual na Administração Pública. Já se passaram 25 anos, e a legislação proposta ainda é excessivamente detalhada. Em particular, o Substitutivo atualmente em votação quer listar de antemão, sem apresentarem qualquer embasamento técnico, quais opções de leilões podem ser utilizadas. E contém ainda uma lista excessivamente generosa de situações de dispensa, certamente fruto dos inúmeros e incansáveis *lobbies* de segmentos de fornecedores e de políticos e gestores mais interessados em livrar-se dos procedimentos licitatórios do que em aperfeiçoá-los ou agregá-los.

O Substitutivo também se acanha em extinguir de vez os certames presenciais, cuja fiscalização pelos órgãos de controle, em plena era do Big Data e da inteligência artificial, é muito mais custosa e lenta que a dos certames completamente informatizados. A justificativa de que Administrações menores não têm recursos para sua realização não resiste a uma avaliação econômica básica. A opção dada, de gravação em vídeo, é claramente insuficiente para se restabelecer a transparência e a rastreabilidade de ilícitos anticoncorrenciais que os certames eletrônicos proporcionam.

Em clara dessintonia do Poder Legislativo com a estratégia comercial do Poder Executivo, quer-se ressuscitar em lei as famigeradas margens de preferência, que tão mal fundamentadas foram ao serem instituídas por decreto, e que, uma vez ressuscitadas, certamente atrapalharão os esforços do Brasil de ingresso na OCDE (de cuja expertise em políticas públicas só teria a se beneficiar) e no Acordo de Compras Governamentais da

Organização Mundial do Comércio (OMC), bem como travará as negociações comerciais do Mercosul com a União Europeia.

Um dos mecanismos propostos para atacar o alto nível de aditamentos de contratos e obras inacabadas é o maior uso de seguro como garantias à inadimplência dos contratados. Para tanto, apoiamos que a escolha do tipo de garantia seja do contratante, em vez de pelo contratado como é na legislação atual. Adicionalmente, também consideramos necessário aumentar os valores das garantias, atualmente limitadas a 5% ou 10% do valor dos contratos. Entretanto, devido aos riscos intrínsecos associados a cada tipo de serviço a ser contratado, não é recomendável que esses limites sejam definidos na lei, devendo ser remetidos para regulamentos próprios. Assim, a diversidade de riscos pode ser mais detalhadamente considerada, se refletindo em diferentes níveis de garantias a cada tipo de bem ou serviço a ser adquirido.

Quanto a questão do estímulo à inovação, o texto do Substitutivo mostra-se, de forma geral, adequado, principalmente porque permite a realização dos diálogos competitivos e dispensa as encomendas tecnológicas do processo de licitação. Contudo, esses instrumentos poderiam ser mais estimulados. Os diálogos competitivos foram introduzidos apenas como última alternativa legal. Isto é, quando nenhum outro instrumento jurídico consegue dar conta do objeto de aquisição. Tal fato vai na contramão do mundo desenvolvido onde os diálogos são empregados sempre que se mostram racionais e desejáveis. De fato, os diálogos são importantes ferramentas de estimulo à inovação que estão na base da atual estratégia europeia de uso do poder de compra do Estado. Restringi-los a situações limítrofes é equivocado. Deve-se estimular a introdução e difusão de inovações sempre que possível, e não apenas quando não se vislumbram soluções alternativas e antigas. Por isso, recomendamos que seu emprego não seja restringido, mas sim, ampliado.

Sobre as Encomendas Tecnológicas o texto do substitutivo parece interessante, mas seria extremamente desejável que o mesmo deixasse ainda mais evidente que elas possuem regramento próprio e que a remuneração com reembolso de custos fosse ratificada. Fizemos proposições nesse sentido.

Por fim, notamos que o Substitutivo se omitiu de ampliar o escopo do Sistema de Registro de Preços em vez de seguir os passos dos países mais avançados em direção a uma maior flexibilidade do modelo de acordos-quadros. A solução adotada, do credenciamento, é claramente inferior, inconsistente e desconectada do Sistema de Registro de Preços (SRP). Ela substitui, na verdade, o Sistema de Aquisições Dinâmico, que já estava proposto em Fiuza e Medeiros (2014), mas ainda precisa de correções. O mais coerente substituto para o SRP é a

figura do Acordo-Quadro, que abarcaria o atual SRP como um caso muito particular, e o expandiria nas seguintes direções: (i) possibilidade de usar outros critérios de adjudicação; (ii) permitir múltiplas adjudicações; (iii) possibilitar que o Acordo-Quadro seja incompleto, deixando que os contratos individuais, adjudicados em segunda fase, acertem os pontos deixados propositalmente de fora do edital da primeira fase; (iv) permitir a adjudicação de Acordos-Quadros mesmo quando há inexigibilidade de licitação. A obrigatoriedade do uso dos Registros de Preço feitos pelas Centrais de Compras seria naturalmente recomendada para os Acordos-Quadros, para se garantir escala – uma vez que as outras inovações apontadas garantem a variedade de opções para os órgãos contratantes.

Tentamos com essa Nota Técnica suprir a falta de conhecimento sobre esses avanços que temos defendido desde a Consulta Pública de 2013 e que, a despeito de nossos esforços, ainda são mal compreendidos. Outros avanços têm sido certamente obstados pelo atendimento às pressões dos grupos de influência no Congresso Nacional, e contra isso não temos nada a oferecer além de mais argumentos técnicos. A nova composição do Congresso advinda das últimas eleições ainda pode permitir, ao longo da votação, que se revejam decisões da relatoria. Em particular, nossas sugestões de remissão a regulamento – com destaque para as garantias em obras, os modos de disputa, os critérios de julgamento, a subcontratação, os consórcios e os Acordos-Quadros – partem da constatação, comentada em mais detalhes na seção 6, que a interação entre as agências de compras públicas, os órgãos de fiscalização, controle e persecução e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é uma fonte riquíssima de aprendizado do que dá certo e do que não dá certo nas regras licitatórias. Não se trata de contestar o protagonismo do Congresso Nacional, mas, quanto mais essas regras são engessadas em Lei, mais vagaroso será o aperfeiçoamento do arcabouço regulatório – mesmo que nele caiba, a critério do Congresso Nacional, uma agência dedicada ao tema, como aqui foi sugerido – rumo à transparência e à eficiência do gasto público. Esperamos com essa Nota ter contribuído para esse debate.

O Quadro-Resumo anexo sistematiza essas conclusões.

REFERÊNCIAS

ALBANO, Gian L. *et al.* Preventing collusion in procurement. *In*: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

ALBANO, Gian L.; SPAGNOLO, Giancarlo; ZANZA, Matteo. Regulating joint bidding in public procurement. ***Journal of competition law and economics***, v. 5, n. 2, p. 335-360, 2008.

AUSUBEL, Lawrence M.; CRAMTON, Peter; MILGROM, Paul. The Clock-Proxy Auction: A Practical Combinatorial Auction Design. In: CRAMTON, P.; SHOHAM; STEINBERG (eds) 2006.

BALAT, Jorge; KOMAROVA, Tatiana; KRASNOKUTSKAYA, Elena. *Ex-ante and Ex-post Subcontracting in Highway Procurement Markets*. Working Paper, Johns Hopkins University, 2017.

BANCO MUNDIAL. **Brazil**: country procurement assessment report. Washington: World Bank, 2004. (Report n. 28446-BR).

BARBOSA, Klenio de S. **Sistema brasileiro de registro de preços: virtudes e vícios à luz da teoria econômica.** Rio de Janeiro: Ipea, 2012. (Texto para Discussão, n. 1757).

BARBOSA, Klenio de S.; FIUZA, Eduardo P.S. Demand Aggregation and Credit Risk Effects in Pooled Procurement: Evidence from the Brazilian Public Purchases of Pharmaceuticals and Medical Supplies. FGV-EESP C-Micro Working Papers, No. 299. 2012

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://tinyurl.com/CF5out1988>.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o Art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da administração pública. Brasília, 21 jun. 1993. Disponível em: <http://tinyurl.com/l8666cons>.

_____. Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000. Aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Brasília, 8 ago. 2000.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Portaria MPOG nº 306/2001. Brasília, 13 dez. 2001. Disponível em: <http://tinyurl.com/p306mpog2001>.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui o pregão. Brasília, 17 jul. 2002. Disponível em: <http://tinyurl.com/nvog9cf>.

_____. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações básicas. Brasília: TCU, 2003.

_____. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão eletrônico. Brasília, 31 maio 2005. Disponível em: <http://tinyurl.com/pnjtz3d>.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Consolidação do levantamento de custos.** Brasília: MPOG, 2007a. (Mapeamento e Análise dos Custos Operacionais dos Processos de Contratação do Governo Federal, Contrato No. 06/ 47-2825, Relatório Técnico, 12).

_____. _____. **Pontos críticos.** Brasília: MPOG, 2007b. (Mapeamento e análise dos custos operacionais dos processos de contratação do governo federal, contrato nº 06/47-2825, Relatório Técnico 13.)

_____. Ministério da Justiça. **Análise dos aspectos concorrenciais do PLC 32/2007**. Brasília: SDE/CGCP, 2008. Disponível em: <http://goo.gl/YSmmeb>.

_____. Tribunal de Contas da União. **Glossário de termos do controle externo.** Brasília: TCU, 2010a.

_____. _____. **Manual de auditoria operacional.** Brasília: TCU, 2010b.

_____. _____. Sessões: 15 e 16 de fevereiro de 2011. **Informativo de licitações e contratos**, n. 51, 2011a. Disponível em: <http://tinyurl.com/qak8nxb>.

_____. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). Brasília, 4 ago. 2011b. Disponível em: <http://tinyurl.com/RDC12462>

_____. Tribunal de Contas da União. **Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação**: riscos e controles para o planejamento da contratação – versão 1.0. Brasília: TCU, 2012.

_____. Senado Federal. **Ata da 3ª reunião da Comissão Especial Externa para Modernização da Lei de Licitações e Contratos (CTLICON)**. Brasília: Senado Federal, 8 jul. 2013. Disponível em: <http://tinyurl.com/q79c9v4>.

CAMARA DOS DEPUTADOS. Especialistas defendem o fim da margem de preferência em compras públicas. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/556128-ESPECIALISTAS-DEFENDEM-O-FIM-DA-MARGEM-DE-PREFERENCIA-EM-COMPRAS-PUBLICAS.html. Acesso em 12/07/2018.

CHILE. Ministerio de Hacienda. **Ley de compras públicas y reglamento**: Ley nº 19.886. Santiago de Chile, 2003. Disponível em: <http://tinyurl.com/chile19886pdf>.

_____. Ministerio de Hacienda. **Procedimientos de contratación**: convenio marco. Santiago de Chile, [s.d.] Disponível em: <http://tinyurl.com/ppg85f4>.

COVIELLO, Decio; GUGLIELMO, Andrea; SPAGNOLO, Giancarlo. The effect of discretion on procurement performance. ***Management Science***, v. 64, n. 2, pp. 715-738, 2017.

CRAMTON, Peter; SHOHAM, Yoav; STEINBERG, Richard (eds.) ***Combinatorial Auctions*.** Cambridge (MA): MIT Press, 2006.

DECAROLIS, Francesco; SPAGNOLO, Giancarlo; PACINI, Riccardo. ***Past performance and procurement outcomes***. NBER Working Paper 22814. National Bureau of Economic Research, 2016.

EGEBERG, Silje Hegdalsaune. Division into lots and SME participation in public procurement. MS thesis. The University of Bergen, 2016.

EPSTEIN, R., HENRÍQUEZ, L., CATALÁN, J., WEINTRAUB, G. Y., MARTÍNEZ, C.; ESPEJO, F. (2004). A combinatorial auction improves school meals in Chile: a case of OR in developing countries. ***International Transactions in Operational Research***, 11(6), 593-612. 2014.

FIUZA, Eduardo P. S. Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas. *In*: SALGADO, Lúcia Helena; FIUZA, Eduardo P. S. (Ed.). **Marcos regulatórios no Brasil**: é tempo de rever regras? Rio de Janeiro: Ipea, 2009.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **A reforma da Lei 8.666/93 e do arcabouço legal de compras públicas no Brasil**: contribuições do Ipea à consulta pública do Senado. Brasília: Ipea, out. 2013. (Nota técnica, n. 8). Disponível em: http://tinyurl.com/notatecnicaipea08 .

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional**. Brasília: Ipea, ago. 2014. (Texto para Discussão, n. 1990). Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3362/1/td_1990.pdf

GARZARO, N. A. (2016). Competition within EU Public Procurement Regulation and Practice: When EU Competition Law Remains Silent, EU Competition Policy Speaks. *Romanian Journal of European Affairs*, *16*, 44.

GRIMM, Veronika; PACINI, Riccardo; SPAGNOLO, Giancarlo; ZANZA, Matteo (2006). Division into lots and competition in procurement. *In*: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006

ICN - INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. ***Anti-Cartel Enforcement Manual Chapter 10:*** Relationship between Competition Agencies and Public Procurement Bodies. ICN, 2015. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/public-procurement-relationships/

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos.** 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

KOVACIC, W. ***Multi-Function Agencies: The Merger of Competition and Procurement*.** Apresentação no seminário "20 Years of Czech Competition Law". Brno (Tchéquia). 2011.

_____ *et al.* Anti-collusive measures for auctions and procurements. *In*: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). **Handbook of procurement**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

LEVIN, Jonathan; SKRZYPACZ, Andrzej. Properties of the Combinatorial Clock Auction. ***American Economic Review*** 106 (9): 2528-2551. 2016.

MARTINEZ, Ana Paula. **Aplicação do Direito da Concorrência a Licitações Públicas: Cartéis**. SEAE. Ministério da Fazenda. Comunidade Virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência. 2014. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrencia/2-seae_aplicacao_direito_concorrencia_licitacoes_publicas_carteis.pdf

MILGROM, Paul. **Putting auction theory to work.** New York: Cambridge University Press, 2004.

MOCHÓN, Asunción et al. The clock proxy auction for allocating radio spectrum licenses. **Computational Economics**, v. 37, n. 4, p. 411-431, 2011.

NASPO – NATIONAL ASSOCIATION OF STATE PURCHASING OFFICES. **2011-2012 Naspo survey of state procurement practices**. Naspo, June 2012. Disponível em:

<http://naspo.org/survey/Documents/Zip/FINAL_SummaryReport_2011-2012_Survey_6-28-12.pdf>.

NÓBREGA, Marcos. "A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação: inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio econômico financeiro do contrato". ***Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná***, 62, 2015.

OCDE – ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Central public procurement structures and capacity in member states of the European Union**.

OECD Publishing, 2007. (Sigma Papers, n. 40). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60qdqq0n-en>.

_____ *Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas.* Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/44162082.pdf

_____ *Global Forum on Competition: Collusion and Corruption in Public Procurement*. OECD Policy Roundtables. DAF/COMP/GF(2010)6. 2010.

_____ **Centralised purchasing systems in the European Union**. OECD Publishing, 2011. (Sigma Papers, n. 47). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/5kgkgqv703xw-en>.

_____ *OECD Integrity Review of Brazil: Managing Risks for a Cleaner Public Service*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris. https://doi.org/10.1787/9789264119321-en. 2012a.

_____ *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement.* Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/RecommendationOnFightingBidRigging2012.pdf. 2012b.

_____ Government at a Glance. Paris: OECD Publishing. 2013a.

_____ *Colombia: Implementing Good Governance*, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing. 2013b

_____ *Ex Officio Cartel Investigations and the Use of Screens to Detect Cartels*. OECD Policy Roundtables. DAF/COMP(2013)27. 2013c.

_____ Manual for Framework Agreements. Paris: OECD Publishing. Disponível em: https://www.oecd.org/gov/ethics/manual-framework-agreements.pdf. 2014a.

_____ ***Working Party No. 2 on Competition and Regulation***. HEARING ON THE USE OF TENDERS AND AUCTIONS: Issues Note by the Secretariat. DAF/COMP/WP2(2014)15. Disponível em: http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=daf/comp/wp2(2014)15&doclanguage=en. 2014b.

_____ *Preventing Corruption in Public Procurement*. OECD Publishing, 2016. Disponível em: http://www.oecd.org/gov/ethics/Corruption-Public-Procurement-Brochure.pdf. 2016a.

_____ *Fighting bid rigging in public procurement: report on implementing the OECD Recommendation.* Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf. 2016b

_____ *Latin American and Caribbean Competition Forum. Session III: Promoting effective competition in public procurement – Contribution from Brazil.* DAF/COP/LACF(2016)19. 2016c.

_____ *Government at a Glance*. Paris: OECD Publishing. 2017a.

_____ Public Procurement in Chile: Policy Options for Efficient and Inclusive Framework Agreements, OECD Public Governance Reviews, OECD Publishing, Paris. 2017b

OLIVARES, M.; WEINTRAUB, G. Y.; EPSTEIN, R.; YUNG, D. Combinatorial auctions for procurement: An empirical study of the Chilean school meals auction. **Management Science**, 58(8), 1458-1481. 2012

OLIVEIRA, Gesner. ***Medidas para ampliar a utilização do Seguro Garantia em projetos de infraestrutura pública.*** Texto para Discussão CEPAL. No prelo.

PARLAMENTO EUROPEU; CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2014/24/UE de 26 de fevereiro de 2014. **Jornal oficial da União Europeia**, 28 mar. 2014, L94, pp. 64-242. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=OJ:L:2014:094:TOC

PPN – PUBLIC PROCUREMENT NETWORK. **The comparative survey of the national public procurement systems across the PPN**. Roma: PPN, 2010.

RAUEN, A. T. ***Margens de preferência: limites à avaliação de resultados e impactos.*** Brasília: Ipea, 2016. (Nota técnica n. 29).

RAUEN, A. T. Racionalidade e primeiros resultados das políticas de inovação que atuam pelo lado da demanda no Brasil. In: RAUEN, A. T. (org.) ***Políticas de inovação pelo lado da demanda***. Brasília: Ipea. 2017.

RAUEN, A.T. **Encomendas tecnológicas no Brasil: novas possibilidade legais**. Brasília. Ipea, 2018 (Nota técnica n.41).

RONDI, Laura; VALBONESI, Paola. Ex-ante and ex-post outsourcing in public procurement: Temporary Partnership vs Subcontracting. Mimeo. 2016. Disponível em: https://editorialexpress.com/cgi-bin/conference/download.cgi?db_name=EARIE43&paper_id=225

SABAN, D.; WEINTRAUB, G. Y. Procurement mechanisms for differentiated products. In ***EC'15 Proceedings of the Sixteenth ACM Conference on Economics and Computation***, pp. 509. 2015

SEAE. Ministério da Fazenda. ***Panorama do Processo Regulatório no Brasil: perspectiva da defesa e promoção da concorrência.*** Apresentação no Workshop Internacional sobre Análise de Impacto Regulatório. 2017. Disponível em:

http://www.casacivil.gov.br/governanca/regulacao/eventos/2017/workshop-internacional-sobre-analise-de-impacto-regulatorio-air-desafios-e-oportunidades-para-implementacao-efetiva-no-brasil/apresentacoes/apresentacoes-1-dia/28032017-5-seae.pptx

SHY, Oz. ***Industrial Organization: Theory and Applications*. Cambridge (MA): MIT Press. 1995.**

SPE. Ministério da Fazenda. **Determinação dos Referenciais para Margens de Preferências para Licitações de Medicamentos e Fármacos**. Nota técnica. Relatório sigiloso, ECN, n°0640/12. 2012

TAMASAUSKAS, I.S.; BOTTINI, P.C. Mecanismos de transparência e combate à corrupção. **Cadernos FGV Projetos,** 11(27): 46-53. 2016

TCU. ***Acórdão n°1746 de 2015***. Tribunal de contas da união. Disponível em: https://contas.tcu.gov.br/juris/Web/Juris/ConsultarTextual2/Jurisprudencia.faces. Acesso em 12/07/2018.

TÓTH, B.; FAZEKAS, M.; CZIBIK, Á.; TÓTH, I. J. ***Toolkit for detecting collusive bidding in public procurement. With examples from Hungary***. Working Paper Series CRC-WP/2014:02. 2014. Budapeste: Corruption Research Center. 2014

UNITED STATES. **Federal Acquisition Regulation (FAR)**. Washington, 2005.

VIEIRA, W.C. Auctioning off Prizes for Agricultural Product Flow under a Policy of Minimum Prices. **Revista Brasileira de Economia**, v. 69, n. 4, p. 503-517, 2015.

APÊNDICE: COMO FUNCIONAM OS ACORDOS-QUADROS NA CONSIP (CENTRAL DE COMPRAS ITALIANA)[50]

Na legislação italiana existem os quatro tipos de acordos-quadros descritos na Figura 6, e o que a OCDE chama de Contrato-Quadro é nomeado na Itália como *Convenzione*. O Quadro A.1 relata o histórico das compras centralizadas executadas pela Consip, que foi criada em 1997 para gerir os serviços informáticos do Ministério do Tesouro e a quem foi confiada em 2000 a gestão do Programa de Racionalização da Despesa Pública em Bens e Serviços:

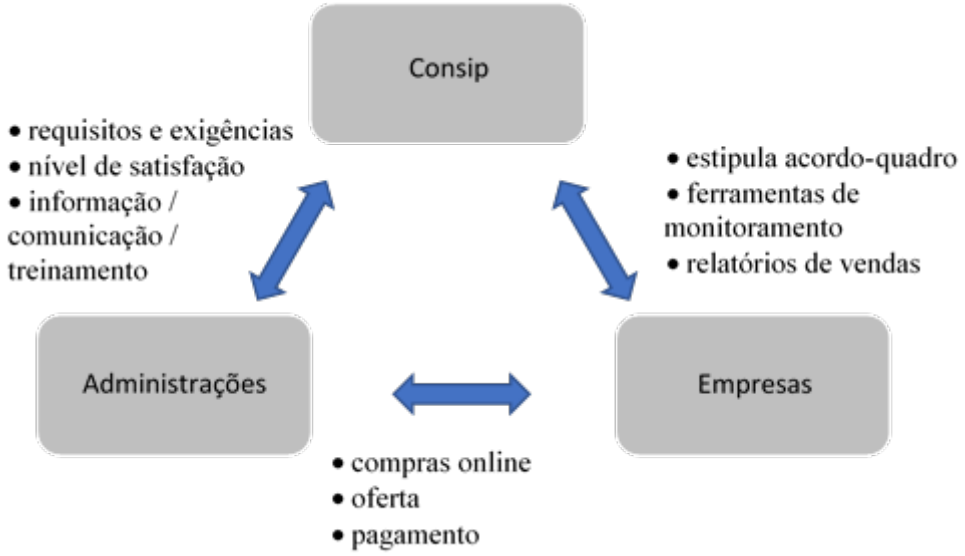
[50] Este apêndice é totalmente baseado na apresentação da Consip por ocasião da visita da delegação brasileira que esteve em Roma em Novembro de 2018 para o curso "Boas Práticas em Compras Públicas: Conhecendo a Experiência Europeia para Refletir sobre o Brasil", organizado pela ENAP e pela Universidade de Estudos de Roma "Tor Vergata".

QUADRO A.1

2000	2002	2004	2010/2012
Convenção	Convenção/licitações eletrônicas	E-catálogo	AQ e SAD
Grandes volumes Agregação de Demanda Produtos padronizados Baixa volatilidade de preço	↑	**Pedido direto ou por solicitação de lance** Aquisições de baixo valor Aquisições não planejadas Produtos pouco padronizáveis Oferta fragmentada Compra de um catálogo eletrônico	Licitação eletrônica em duas fases Processo padronizado para bens e serviços amplamente utilizados com personalizações
Acima/abaixo do limiar da UE		abaixo do limiar da UE	Acima/abaixo do limiar da UE

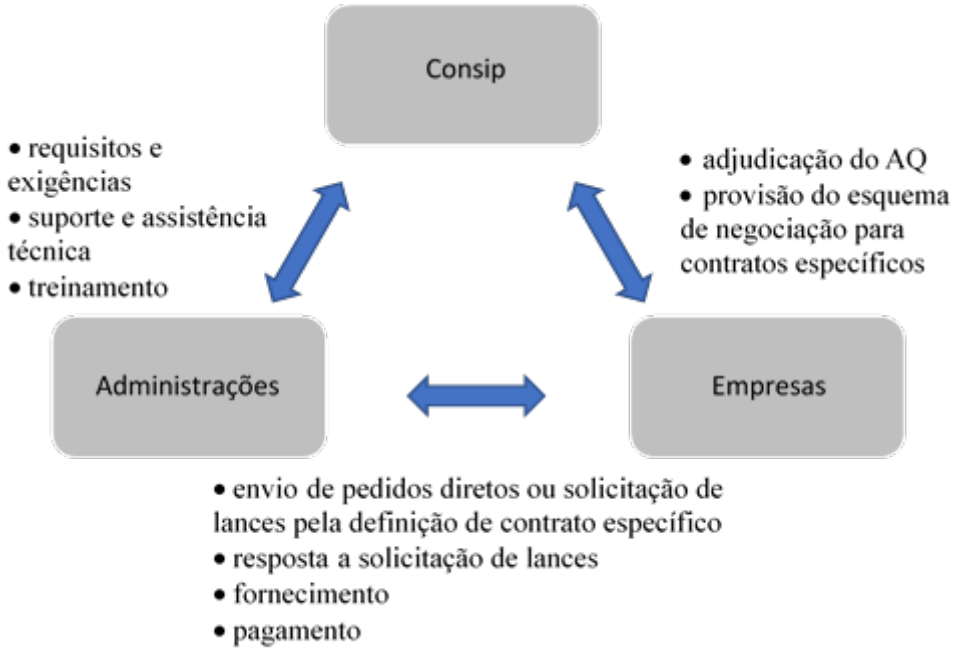
As *Convenzioni* são melhor descritas pelas Figuras A.1 e A.2

FIGURA A.1
***Convenzioni*. O que são.**



Já os demais Acordos-Quadros podem ser descritos pela Figura A.3 e suas fases pela Figura A.4

FIGURA A.3
Os Acordos-Quadros: o que são:



Por fim, o chamado Mercado Eletrônico da Administração Pública (MEPA, na sigla em italiano) pode ser melhor compreendido com a Figura A.5.

FIGURA A.5
O Mercado Eletrônico da Administração Pública: o que é

FIGURA A.2
***Convenzioni:* síntese do processo**

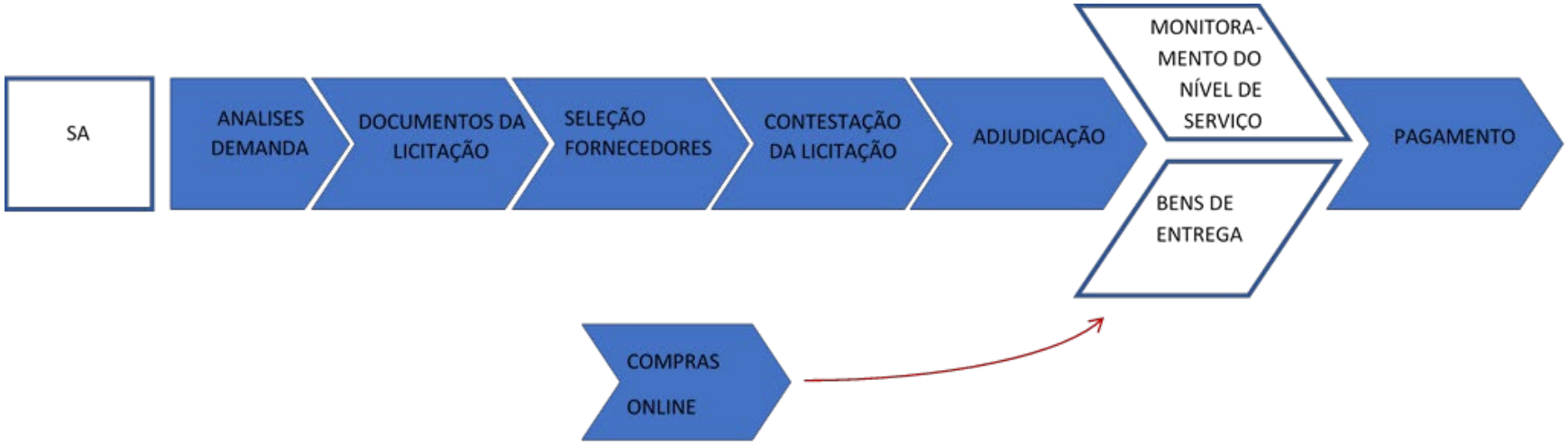
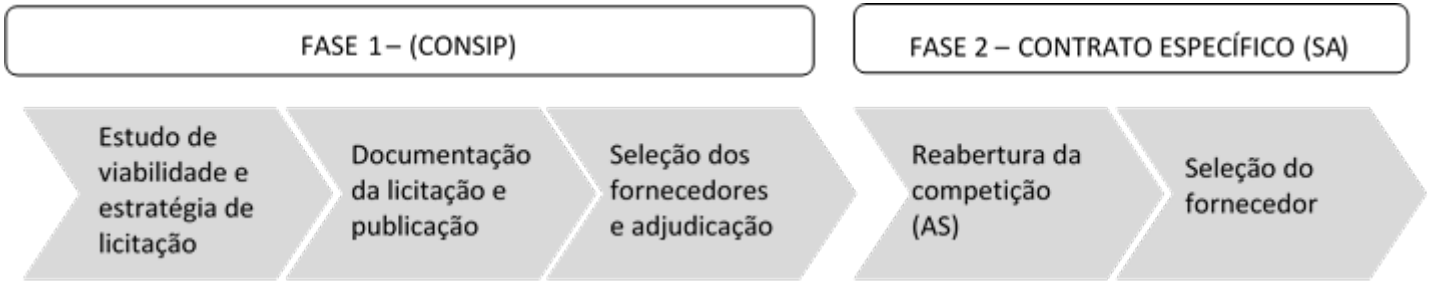
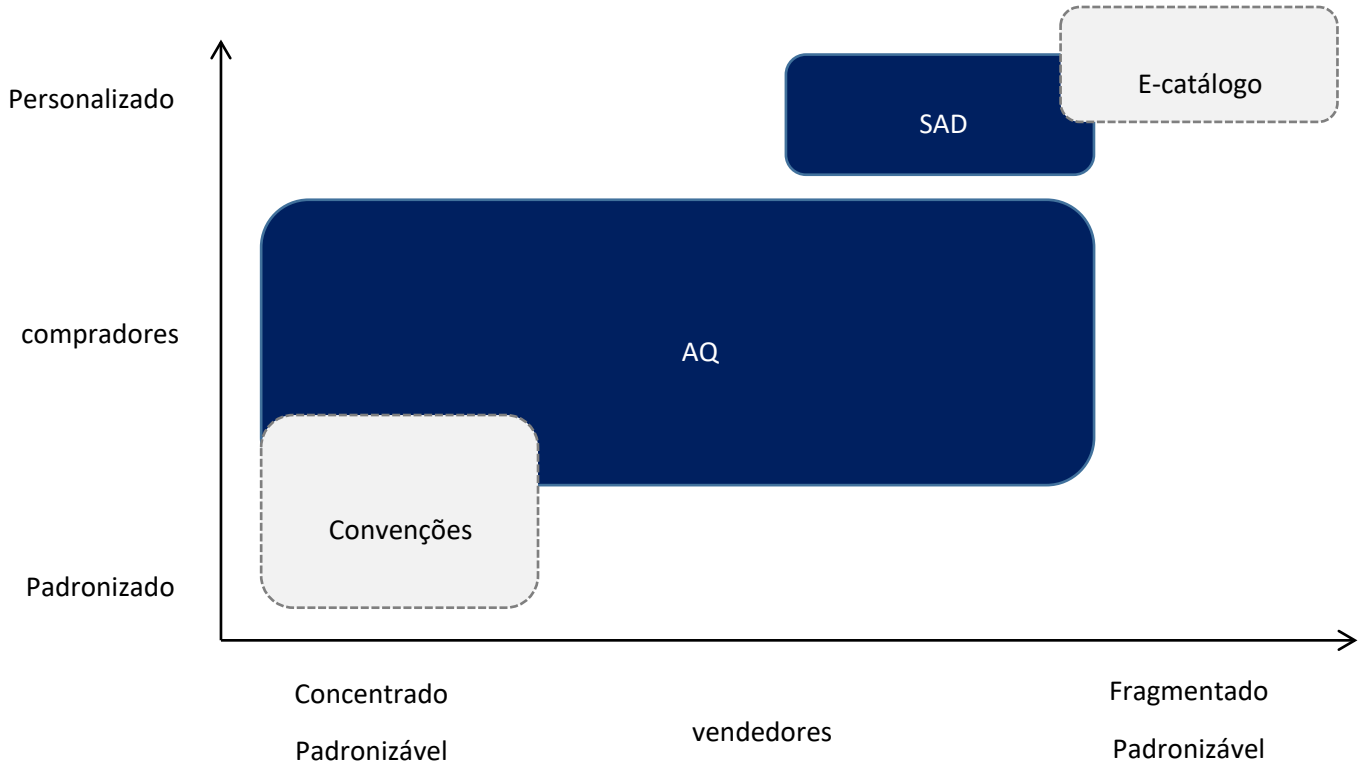


FIGURA A.4
Acordos-Quadros: fases



Por fim, a escolha do procedimento correto baseia-se em critérios bem objetivos. Se os contratantes têm necessidades muito personalizadas e os vendedores são fragmentados, deve-se usar o catálogo eletrônico ou o Sistema de Aquisição Dinâmico, de acordo com a variedade e quantidade de fornecedores do mercado. Os Acordos-Quadros atendem ao segmento intermediário de customização e concentração de mercado, e as *Convenzioni* servem para produtos bem padronizáveis tanto do lado do comprador como do vendedor. Ver a Figura A.6

FIGURA A.6
Escolha do procedimento digital correto



ipea Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

QUADRO-RESUMO

PARTE 1: ALTERAÇÕES APENAS COGITADAS

Item do PL 1292/1995	Pontos positivos	Sugestão ou dúvida, se houver	Pontos negativos
Art. 4º	Disciplina a abrangência da LC 123		
Art. 6º inciso XLI – pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;		Suprimir este inciso; o art. 27, inciso I, e todas as menções a pregão ao longo da lei.	Não vemos por que restringir o critério de adjudicação para pregão. Mais ainda: nem entendemos por que se precisa manter a distinção entre pregão e concorrência. No art.54 já se prevê (e nossa proposta amplia ainda mais; ver abaixo) qualquer combinação de fases abertas e fechadas, e elas podem vir em qualquer ordem e podem ser repetidas. Então pregão passa a ser um caso particular da concorrência. Notar que o uso de técnica e preço não veda o uso de lances abertos; no máximo se pode restringir o lance aberto a uma revisão da dimensão preço da proposta total.
Arts. 7º e 8º	Introduz a figura do agente de licitação, que deve ser do quadro permanente. Blinda essa função da ação de pessoas de fora do serviço público, mais suscetíveis a estar a serviço de interesses particulares. Também foi acatada a sugestão do Ipea à versão de julho/2018, sobre vedar a participação de empresas de parentes, por	O ideal seria propor no parecer a formulação de uma nova carreira. A profissionalização da carreira de compras é fundamental para o sucesso de uma reforma ambiciosa das compras públicas no Brasil, como já foi em países que passaram pelo processo de centralização e racionalização de compras na Europa.	Fica aquém de estruturar uma carreira específica para a atividade, mas o relator pode ter entendido que isso seria matéria para outra lei. Além disso, embora reserve a função para funcionários do quadro permanente, não há nenhuma restrição do tipo para a equipe de apoio. Isso é o oposto do que estabelecia o art. 3º da Lei 10520, e não fica claro se a inversão traz ganhos positivos líquidos. Também o art.51 da lei 8666 previa que as comissões de licitação teriam uma maioria de servidores públicos, o que caiu na versão atual.

	meio do art. 7º, inciso III, e do novo § 1º do art.9		
Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei. Parágrafo único. A publicidade será diferida: I – quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; II – quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 23. (...) Art. 23. Havendo motivos relevantes devidamente justificados, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, hipótese em que: I – o sigilo não prevalece para os órgãos de controle interno e externo; II – o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação quanto ao caráter sigiloso	Atende à sugestão do Ipea de que nem tudo seja público. Incorpora também a figura do orçamento sigiloso do RDC.		

de que trata o caput constará necessariamente do edital da licitação.			
Art. 19º "Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão: I – instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;"	Excelente passo para a agregação de compras e ganho de escala no fornecimento de bens, reduzindo custos de transação, burocracia, etc. Melhor ainda, deixa essa tarefa para a Administração regular.	Inserir novo artigo nas Disposições Transitórias, estabelecendo prazos para os Órgãos da Administração com competências regulamentares adaptarem suas leis e regulamentarem dispositivos específicos mencionados ao longo desta Lei: Art. XXX No prazo de XX dias, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal deverão aprovar dispositivos legais ou infralegais regulamentando esta Lei no que ela lhe facultar.	Falta amarrar esse dispositivo com algum prazo. Por exemplo, na União Europeia, a harmonização das legislações nacionais sobre compras públicas com as Diretivas Comunitárias tinha um prazo.
Art. 21	Incorpora à legislação principal a Matriz de Riscos, antes adstrita ao RDC.		
art. 34 – melhor técnica ou conteúdo artístico	O conceito deste critério está definido muito melhor do que na Lei 8666: fixa-se a remuneração e se julga apenas pela qualidade. Perfeito e claro.		
Art. 83	Registro cadastral unificado é um enorme avanço, e era uma proposta do Ipea na Consulta Pública do Senado de 2013.		

PARTE 2: ALTERAÇÕES PROPOSTAS

Elementos do substitutivo ao Projeto de Lei n°1.9292/95 e apressados (com alterações publicadas em 12 e 20/11/2018)	Proposta do IPEA	Comentários
Art.6°	**Inserir:** LX – Fórmula de pontuação: é a especificação matemática para o impacto de cada dimensão prevista em edital para as propostas comercial e técnica quando o critério de julgamento for o de melhor técnica e preço. LXI – regra de atividade – regra que disciplina as condições para manutenção do licitante em uma fase de disputa aberta de lances, de acordo com o tempo em que este se abstém de oferecer lances LXII – regra de melhoria de lances – regra que estipula o valor do decréscimo ou acréscimo entre lances sucessivos de um mesmo licitante numa fase de disputa aberta" LXIII – regra de retirada de lance – regra que estipula sanções ou exigências a serem aplicadas a licitante que se retirarem da disputa aberta depois de oferecido lance, ou que, após terem seu lance declarado vencedor, não acorrerem com a documentação exigida para adjudicação ou se recusarem a ter sua oferta adjudicada por qualquer motivo	Complementação necessária ao bom andamento do processo.
Art. 8°	**Inserir:** § 7º Todos os membros da equipe de apoio e da comissão de licitação, para se habilitarem à sua designação, não poderão ter vínculos de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista,	Embora reserve a função para funcionários do quadro permanente no art. 7º , não há nenhuma restrição do tipo para a equipe de apoio. Isso é o oposto do que estabelecia o art. 3º da Lei 10520, e não fica claro se a inversão traz ganhos positivos líquidos. Também o art.51 da lei 8666 previa que as comissões de licitação teriam uma maioria de servidores públicos, o que caiu na versão atual.

	ou civil ou de parentesco até o terceiro grau com fornecedores que constem dos registros cadastrais da Administração	O art. 9º, § 1º, também só menciona agente público. A redação atual da lei não veda a participação na equipe de apoio a pessoas fora do serviço público, então é importante salvaguardar os conflitos de interesse também neste artigo.
Art.12°	**Alterar e inserir:** VI – os atos serão digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico; § 1º O plano de contratações anual deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial, devendo ser observados pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos. § 2o Serão dispostos em regulamento os prazos de introdução, tramitação e divulgação dos planos anuais de contratações, bem como as sanções administrativas ao seu descumprimento.	"Preferencialmente" é fraco. Na era do Big Data e dos aplicativos de vigilância cidadã, tudo tem que estar armazenado digitalmente. Só assim os cidadãos poderão ter todos os atos administrativos relativos a compras na ponta dos dedos. Não há nas disposições transitórias um prazo para a implementação desse regulamento, que não pode faltar, e também não se mencionam penalidades para o descumprimento do plano.
Art.15°	**Alterar:** V – impedimento de participação em consórcio à empresa que atenda sozinha aos requisitos de admissibilidade para habilitação listados no inciso III, salvo em caso de geração de eficiências compensatórias suficientes e devidamente demonstradas à Administração; VI – responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.	Foi acatada a sugestão do Ipea que obriga o registro do consórcio antes da celebração do contrato (nova redação do § 4º), mas ainda é insuficiente. Consórcios são um dos mecanismos consagrados de formação de cartel. Fornecedores que poderiam, em tese, disputar contratos públicos um contra o outro, optam por unir-se, reduzindo-se assim, artificialmente, a competição.
Art.17°	**Alterar:** Art. 17. O pregão e a concorrência observarão as seguintes fases, em sequência:	O art. 28 fala que apenas essas duas modalidades seguem esse rito, portanto o art. 28 não pode generalizar para todas as modalidades. De fato, elas seguem outros ritos. 2º e 5º parecem redundantes. Além disso, achamos um gravíssimo perigo se abrir a possibilidade de alegar "desvantagem para a Administração" em realizar certames presenciais. A imensa

	§ 2o As licitações serão realizadas obrigatoriamente sob a forma eletrônica por meios próprios ou terceirizados. § 5o Todos os órgãos devem usar sistemas eletrônicos auditáveis e certificáveis, próprios ou terceirizados. § 6º Os prazos mínimos entre a divulgação do aviso da licitação e o recebimento das propostas serão fixados em regulamento e poderão variar de acordo com: I – o valor total dos objetos do edital; II – os valores mínimo e/ou máximo dos objetos do edital; III – o número de objetos do edital; IV – as quantidades estimadas de cada objeto do edital; V – o critério de julgamento; VI – a fórmula de pontuação, no caso em que o critério de julgamento for o de técnica e preço; VII – o regime de execução a ser utilizado; VIII – a regra de pré-qualificação dos licitantes, se houver.	maioria dos pregões de governos locais pelo Brasil afora é presencial. O potencial de conluio (cartel) é incomensurável. O uso de ferramentas de Big Data para rastrear fraudes em licitações requer que todas as compras estejam registradas eletronicamente, e que os licitantes sequer saibam da existência um do outro. Em pleno ano de 2019, permitir que licitantes se encontrem numa mesma sala é um retrocesso. A qualidade da gravação pode ser ruim; pode ser muito difícil captar todos os movimentos do certame, em particular a troca de sinais entre os participantes nas tentativas de coordenação. Alegar que as prefeituras não têm estrutura é uma falácia. É muito mais fácil para uma prefeitura montar um pregão num portal como os do BB, Caixa, BBM ou portais estaduais, que adquirir ou alugar, e operar uma câmera digital de modo a registrar do certame o que é necessário. Note-se também que não estamos requerendo pregões eletrônicos locais. Existem várias alternativas, entre elas: a) Cotação ou concorrência eletrônica em uma ou duas rodadas. b) Adesão a Acordos-Quadros (nossa alternativa ao Registro de Preços), coerente com a previsão das centrais de compras (art. 176) c) Adesão a consórcios (já previstos no art. 176) Por fim, notamos que a redação atual já prevê um prazo de 4 anos para as prefeituras de municípios de até 10 mil habitantes se adequarem às licitações eletrônicas. Então não há mais nenhuma razão para se manterem exceções à regra. Algum limite sobre prazos precisa ser disposto em regulamento.
Art.18	**Alterar:** Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento, devendo estar compatibilizada com o plano de contratações anual de trata o inciso VII do art. 12 e com as leis orçamentárias e abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, devendo compreender, na medida do permitido pelo regulamento:	O parágrafo 1º nos parece insuficiente para a profusão de detalhes que o edital deve cobrir. Achamos melhor lista-los, e para isso sugerimos substituí-lo, adaptando proposta anterior de 2013. A ordem de adjudicação dos objetos diz respeito à possibilidade de os itens ou lotes serem fechados em sequência em vez de simultaneamente. Também não está mencionado em nenhuma parte da lei como se encerra uma fase de lances abertos, fechados, etc. Existem várias maneiras de se encerrar. Os pregões da União têm fechamento randômico. Outros portais usam regras de prorrogação. Não cabe entrar em detalhes na Lei, mas há que se prever regras para tal.

	VIII – a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa (incluindo ordem e números de fases de cada tipo de disputa e a ordem de adjudicação dos itens ou lotes), e a adequação e eficiência da forma de combinação destes parâmetros para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerando todo o ciclo de vida do objeto; XI – Parcelamento e ou divisão em lotes XII – Os limites ao número de lotes que podem ser arrematados por um mesmo fornecedor em um ou mais processos de adjudicação num determinado período. XIII – Aceitação ou não de lances combinatórios XIV – As regras para o encerramento de cada fase de disputa; XV –Da forma de adjudicação (AQ ou preço praticado); XVI – Os limites à subcontratação de itens a terceiros; XVII – Os limites à formação de consórcios, observado o art. 15 desta lei; XVIII – As regras de melhorias de lances, se e quando houver disputa aberta ou sucessão de fases de disputa fechada; XIX – As regras de atividade, se e quando houver disputa aberta; XX– As regras de retirada de lances; XXI – as fórmulas de pontuação, caso o critério de julgamento seja o de técnica e preço. § 4o A adequada caracterização do objeto será feita a partir de diretrizes publicadas em regulamento e deverá ser feita de forma clara e precisa no instrumento	Sobre a regra de retirada de propostas, sugerimos o uso de seguro de garantia de proposta, muito usado em licitações americanas, e a penalidade da diferença adaptada de uma regulação do Federal Communications Commission dos EUA. A redação atual não dá detalhes sobre critérios para especificação dos bens e serviços

	convocatório, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias. § 5o As diretrizes previstas no § 4º deverão considerar os seguintes elementos para a especificação de bens e serviços: I – sustentabilidade ambiental; II – padrões mínimos de desempenho; III – vida útil mínima; IV – obsolescência estimada; V – compatibilidade com sistemas e redes; VI – custo de manutenção; VI – prazo e escopo da garantia; VII – divisibilidade; VIII – reparabilidade. § 6º A regra de retirada de lances referida no inciso XX e definida no art. 6º, inciso LXII pode incluir um ou mais dos seguintes elementos: I – Submissão prévia, por todos os licitantes de seguro de garantia de proposta, e execução da apólice do fornecedor que incorrer na situação descrita no art. 6º, inciso LXII; II – Suspensão dos registros cadastrais do fornecedor e de seus sócios III –Pagamento do valor total da diferença entre o seu lance e o lance vencedor a ser descontado de outros contratos em vigência com o Poder Público	
Art.22°	**Alterar:** § 1º (...) I – composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel de preços ou	Não está claro se o BPS (banco de preços de saúde) do Ministério da Saúde passará a ser um subconjunto do PNCP. Supõe-se que os outros preços comporão o restante. Então ambos estarão disponíveis.

	no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);”	
Art.25°	**Suprimir o artigo integralmente**	Estudos do IPEA (Rauen, 2016 e Rauen, 2017), bem como diversos acórdãos do TCU já comprovaram que a política de margens de preferências no Brasil não atingiu seus objetivos e de fato, foram exemplos de má gestão. Não respeitaram a exigência legal de estudos prévios para definir setores beneficiários, assim como não realizaram os estudos legalmente exigidos para realizar sua renovação. Mesmo assim e apesar de existirem determinações do TCU, foram criadas e renovadas margens para, por exemplo, brinquedos. Na verdade, a referida política transformou-se em paradigma da falta de transparência e total descaso com a legislação e com os recursos públicos. Adicionalmente, recentemente as margens de preferência foram contestadas pela OMC, e não só o Mercosul está negociando um acordo comercial com a União Europeia onde as compras governamentais fazem parte do último pacote de concessões mútuas, como também o Brasil se tornou em 2016 membro observador do Acordo de Compras Governamentais (GPA) da OMC. Finalmente, é importante lembrar que, apesar de existir previsão legal para o uso de margens, atualmente todos os decretos que as estabelecem venceram. Ou seja, atualmente nenhuma margem de preferência está em vigência (e a indústria brasileira continua existindo). O efeito mais provável dessa nova tentativa é o aumento dos custos para a Administração sem contrapartida para a sociedade. Esse aumento de custos derivará da redução da concorrência e possível cartelização dos mercados onde ela incidir.
Art.26°	**Alterar:** § 5o A realização de licitações com base nos procedimentos previstos neste artigo só poderá constar do plano anual de contratações a partir do exercício fiscal subsequente.	Este artigo é muito boa novidade, trazendo um elemento útil das PPPs. E, devido à potencial assimetria de informações entre os concorrentes à execução da obra ou produção do produto desenvolvido por meio deste artigo, a proibição de participação de seus elaboradores, prevista no §2º, é benvinda. Mas: Aqui parece ter havido uma confusão do PMI com a oferta de inovações à administração pública. O parágrafo 5° precisa ser suprimido, pois a mesma questão é muito melhor tratada na Lei de Inovação. Sua manutenção irá gerar insegurança jurídica, dada a preferência pela Lei de licitações.

		Não está claro como esse artigo se coordena com os planos anuais de contratações. Entendemos que PMI só deva servir para introduzir compras no plano anual de contratações do ano seguinte.
Art.28°	**Alterar:** Art. 28: O pregão deve ser adotado sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.	Ver justificativa das mudanças propostas no art. 17
Art.29°	**Inserir:** §1° Nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder todos os direitos patrimoniais a ele relativos à Administração Pública, nos termos do art. 90, autorizando sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes. § 2° A fim de estimular o desenvolvimento tecnológico nacional, nos concursos destinados à superação de desafios tecnológicos, a propriedade intelectual poderá ser exclusiva do vencedor, de acordo com o estabelecido em edital.	O objetivo da inserção do parágrafo 2° é empregar os concursos também como instrumento de desenvolvimento tecnológico. De fato, tal instrumento tem sido amplamente empregado nos Estados Unidos e na União Europeia, onde é chamado de challenge. Ao permitir que a propriedade intelectual permaneça com os desenvolvedores a administração está criando importante estimulo a participação no concurso, que em última instância procura desenvolver uma solução socialmente demandada.
Art.31°	**Alterar:** Art. 31. O modo de diálogo competitivo é restrito a contratações em que a Administração observe uma ou mais das seguintes condições [...] § 1º (...) XIII – Ao longo do diálogo ou após seu término, a Administração pode, unilateralmente, desistir da aquisição da solução, sem que qualquer remuneração seja devida aos participantes.	Importante novidade legal que permite o uso do poder de compra do Estado como instrumento de fomento à inovação. A cumulatividade das condições não condiz com a figura original do diálogo competitivo, que é admitido quando apenas parte delas é atendida. Nas condições de realização dos diálogos competitivos não existe qualquer menção a possibilidade de desistência da Administração durante mesmo ou após a realização dos diálogos. Ora, os diálogos também são realizados para dirimir assimetrias de informação. Ao longo dos mesmos ou após é possível que nova informação mostre que a compra não é desejável.
Art.35°	**Alterar:**	É largamente utilizado na União Europeia (oferta economicamente mais vantajosa) e nos EUA.

	§ 2º No julgamento por técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e, em seguida, aquelas de preço apresentadas pelos licitantes, com proporção máxima para a proposta técnica a ser definida em regulamento § 4º Na licitação para contratação de serviços técnicos especializados de engenharia e arquitetura alcançados pelas alíneas "a" e "d" do inciso XVIII do art. 6º cujo valor estimado da contratação seja superior à R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será obrigatoriamente por melhor técnica e preço, com proporção para a proposta técnica a ser definida em regulamento . § 5º A fórmula de pontuação deverá ser definida em regulamento ou, em sua falta, pelo edital	Art. 36, inciso II, permite uso de notas de desempenho passado. Essa era uma sugestão do Ipea, relacionada ao chamado Cadastro Positivo de Fornecedores. Parágrafos 2º e 4º do art. 35 preveem limite ao peso da técnica, mas entendemos que esse tipo de detalhe deve ser fundamentado tecnicamente e, portanto, deixado para regulamento. Também deve-se permitir diferentes fórmulas de pontuação. Sobre esse assunto, sugerimos a leitura da seção 2.2.4 do Texto para Discussão de Fiuza e Medeiros (2014).
Art.38	**Alterar:** § 4º O contrato de eficiência conterá matriz de risco, que determinará as responsabilidades do contratante e do Poder Público em caso de não obtenção da economia contratada. § 5º Deduzida a parcela de responsabilidade do Poder Público na não obtenção da economia contratada: I – a diferença restante entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado; II – se a diferença restante entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.	Fica criada a figura do contrato de eficiência no inciso LII do artigo 6º. Art. 32, inciso VI - Introduz critério de adjudicação por maior retorno econômico. O artigo 38 regulamenta-o. Não ficaram claros os tipos de serviço que comportam tais contratos. No art. 38, parágrafo 4º, inciso II, responsabiliza-se completamente o contratado em caso de descumprimento da eficiência prevista. Onde estão as responsabilidades do Poder Público? Por isso sugerimos inserir a figura da matriz de risco também nos contratos de eficiência. Dispor que um regulamento liste os serviços passíveis de ser objetos de contratos de eficiência.
Art.39°	**Alterar:** V - compatibilidade com as diretrizes da Administração Pública que regulamentem sistemas operacionais,	Vários bens e serviços produzem externalidades de rede. Órgãos usando protocolos, modelos, sistemas, etc. diferentes causam retrabalho. Essas compras precisam ser

	normas técnicas e outros requisitos de operação, funcionalidade e qualidade. VI - atendimento aos princípios: a) da padronização ou interoperabilidade, considerando a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho; b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso; c) da responsabilidade fiscal, mediante a verificação da despesa estimada com a prevista no orçamento. § 2º (...) IV – os custos logísticos do fornecimento § 5º: Na análise dos critérios listados nos §§ 2º e 3º, deve ser levada em conta a possibilidade de admitir lances combinatórios, deixando-se que os próprios licitantes revelem em seus lances suas economias de escala e de escopo e custos logísticos". § 6º: A análise referida no § 5º deve constar do termo de referência § 7º: Mesmo que possam ser admitidos lances combinatórios, conforme disposto no art. 54, § 4º, o edital pode limitar o número máximo de lotes que podem ser adjudicados a um mesmo licitante, caso em que o edital ou regulamento deve também especificar o critério de adjudicação dos lotes quando a aplicação do critério de julgamento resultar em um número de lotes superior ao limite fixado	coordenadas por uma ou mais centrais de compras. Falta, portanto, uma harmonização deste artigo com o art. 19º A redação atual do inciso V, alínea q, não é suficiente para tanto, pois fala apenas em "a) da padronização, considerando a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;". Isso é muito confuso. Compatibilidade em que sentido? O certo é invocar normas e padrões de interoperabilidade. Não é suficiente prever parcelamento por causa de competição. Não se tem competição se os órgãos compram sem coordenação, favorecendo que os fornecedores montem seus cartéis, dificultando o exercício do poder de compra pelo Estado O parcelamento poderia ser combinado com a imposição de limites numéricos ou de valor ao arremate de lotes (ver art. 46 da Diretiva Europeia 24/2014) O parcelamento deve ser harmonizado com a previsão de aceitação de lances combinatórios – ver art. 54 O parcelamento pode e deve levar em conta localização geográfica
Art.54°	**Alterar:** Art. 54. O modo de disputa poderá ter uma ou mais fases de cada um dos seguintes tipos:"	Flexibiliza as modalidades anteriormente previstas na Lei 8666, e traz elementos do RDC, permitindo a combinação de lances abertos e fechados. O artigo não contempla a possibilidade de se repetirem fases de lances fechados.

	I – aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes. III – de relógio, hipótese em que os preços aceitos são incrementados ou decrescidos automaticamente a um ritmo definido pelo edital, e o último licitante que restar sem desistir do objeto o arrematará pelo preço vigente naquele momento" IV – proxy, hipótese em que o licitante submete um conjunto de lances indiretamente via um agente-robô, condicionados a combinações de itens, lotes ou quantidades arrematadas § 2º Após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos 5% (cinco por cento), a Administração poderá admitir o reinício da disputa, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações. § 4º Em licitações com mais de um item e com critério de adjudicação de menor preço ou maior desconto, o regulamento, ou, em sua falta, o edital, poderá prever a possibilidade de os licitantes oferecerem lances combinatórios por um ou mais itens, condicionados à adjudicação conjunta desses itens; § 5º No caso previsto no parágrafo 4º, a adjudicação dos itens que forem objetos de lances combinados deverá ser feita levando-se em conta todas as combinações de lances recebidos que os tenham como objeto, submetidas até a última fase de lances § 6º Para uma fase de disputa aberta, o edital ou regulamento poderá estipular regras de atividades e ou regras de melhoria de lances".	O PL 6814, art. 50, de onde se originou o presente artigo 54, não impunha obrigatoriedade de lances abertos para nenhum critério de adjudicação. Também não vemos motivo para impor essa obrigatoriedade. A literatura de leilões mostra que lances abertos podem ser melhores ou piores que os fechados, dependendo das características dos custos, especialmente da assimetria de informação. Também não é nada trivial se usar lances abertos em leilões de técnica e preço, inclusive há divergências se os lances sucessivos se referem apenas ao preço ou se podem alterar outras dimensões. Definir a obrigatoriedade de lances abertos a qualquer tipo de licitação ou critério é, ao nosso ver, temerário. O artigo impede o uso de leilões de relógio (usado em commodities e em licitações de concessão de radiofrequência), proxy (usado no eBay) e de relógio-proxy (usado em energia e radiofrequência). Como dito anteriormente, não há por que se restringir o "desempate" a uma disputa aberta. Pode-se fazer uma rodada de envelopes fechados (eletrônicos, claro) para tal, por exemplo. Nem esse artigo nem nenhum outro da Lei menciona a possibilidade de lances combinatórios, que podem ser oferecidos em fases abertas, fechadas ou de relógio. Como referência, sugerimos a leitura do art. 46º da Diretiva Europeia 24/2014 em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=PT

Art. 55°	**Alterar:** Art. 55 A escolha da modalidade e do modo de disputa levará em conta, dentre outros, os seguintes elementos: I – A distribuição estatística dos custos dos fornecedores disponíveis; II – O grau de aversão ao risco presente no mercado fornecedor; III – O risco de corrupção; IV – O risco de colusão; V – A complementaridade de oferta entre os objetos a serem adjudicados; VI – As barreiras à entrada de novos fornecedores; VII – As restrições ao crédito e outras imperfeições nos mercados de crédito e de seguros que atendem aos licitantes; VIII – A importância da assistência técnica pós-venda e de outras condições comerciais além do preço; IX – Os potenciais ganhos de aprendizado no fornecimento do bem ou serviço; X – A importância da qualidade e da técnica no fornecimento do bem ou serviço; XI – As externalidades de rede no fornecimento do bem ou serviço. XII – O valor total de cada objeto a ser adjudicado. XIII – O número total de objetos a serem adjudicados; XIV – As quantidades estimadas de cada objeto a ser adjudicado;	Entendemos que poderia haver um regulamento para disciplinar a matéria e evitar múltiplos tratamentos sem uma coordenação entre eles. Não se delineia nenhum critério para a escolha do modo de disputa. Aqui recuperamos a proposta de Fiuza e Medeiros (2014)

Art.57°	**Alterar**: Art. 57. (...) § 4° Os critérios para classificação de propostas como inexequíveis ou manifestamente inexequíveis serão definidos em regulamento. § 6º Serão definidas em regulamento as situações aplicáveis e as condições para a prestação de garantias adicionais em caso de proposta inexequível § 6º Serão definidas em regulamento as situações aplicáveis e as condições para a prestação de garantias adicionais em caso de proposta inexequível	Permite que o licitante dando um lance inicialmente previsto como inexequível ofereça garantias adicionais. Seria melhor deixar a estipulação desses limites para a regulação infralegal, após estudos específicos sobre o assunto. Na proposta original do Ipea, nem se deveria impor esse tipo de limite, mas admitimos que há um problema sério de capacidade de enforcement nos contratos públicos brasileiros, e que prevenir inadimplência é melhor que remediá-la.
Art.58°	**Alterar:** Art. 58 (...) § 2º Em caso de julgamento por técnica e preço, só podem ser aplicados para desempate os critérios previstos neste artigo que não tiverem feito parte da fórmula de pontuação,	Entendemos que, se algum desses critérios já fizeram parte da fórmula de pontuação na proposta técnica (caso do uso de técnica e preço), não deveria ser usado novamente.
Art.72°	**Suprimir inciso IV**	Não entendemos como é que objetos com mais de um potencial interessado deva ter contratação direta. Já é uma tarefa delicada estabelecer que um bem ou serviço é tão único que só um fornecedor ou representante possa fornecê-lo. O exemplo de produtos sob patente é bastante óbvio. Outros nem tanto. Credenciar vários fornecedores ao mesmo preço sob que critério, então? O legislador não está ciente da enorme dificuldade que usualmente tem o agente de compras para precificar o produto que quer comprar?
Art.73°	**Alterar:** Art. 73 (...) Suprimir incisos III a XVI e substituí-los por: III – Se a licitação respectiva anterior por concorrência foi deserta, caso em que se procederá primeiro a	A lista de situações de dispensa de licitação ainda é muito extensa, sem paralelo no mundo. O número exagerado de incisos foi reduzido artificialmente à metade, transformando-se a maioria deles para alíneas. Pode-se enxugar esta lista sobremaneira, e para isso reproduzimos a sugestão oferecida pelo Ipea (Fiuza e Medeiros, 2014) na Consulta Pública do Senado de 2013, inspirada na Lei 19.986 do

	cotação eletrônica estendida e somente se esta também for deserta, se passará à contratação direta; IV – Em caso de contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual; V – Em caso de emergência ou calamidade pública, e quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade; VI – Em caso de obras, serviços ou bens feitos sob encomenda, cuja contratação requeira confidencialidade; VII – Quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional; VIII – na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde - SUS, no âmbito da Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica; IX – para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 3°-B, 4º, 5º e 20 da Lei nº	Chile (Lei de Licitações e Contratos) e na Diretiva Europeia 17/2004, que substituiria todo o artigo Legenda: AQ = Acordo-Quadro; É preciso dar segurança jurídica aos contratos de reembolso de custos previstos no decreto 9.283/18 que regula a Lei n°10.973/04 (lei de inovação). Por isso, é desejável que a lei geral de compras faça menção a essa possibilidade, mesmo que restrita às encomendas tecnológicas.

	10.973, de 2 de dezembro de 2004, reguladas por legislação própria; X – para contratação realizada por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) de instituição brasileira sem finalidade lucrativa que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou na contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos; § 1º Nos casos previstos nos incisos III a IX, a contratação direta só pode ser realizada caso tenha sido realizada licitação na modalidade concorrência, e não tenha sido submetida nenhuma proposta válida. § 2º Os limiares referidos nos incisos I e II devem incluir todos os custos necessários para o fornecimento do objeto e eventuais aditivos; § 3º Contratos adjudicados por contratação direta não podem ser renovados, a não ser quando forem AQ; § 4º Sempre que uma obra prevista ou uma aquisição de serviços possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes separados, deve ser tido em conta o valor total estimado da totalidade desses lotes. § 5º Nos casos previstos nos incisos III e IV, as condições contratuais que vigeram na contratação por concorrência devem ser as mesmas para a contratação direta que a substituir, caso contrário se deve realizar nova concorrência.	

	§ 6º Para garantir atendimento ao princípio da economicidade nas situações em que exista risco tecnológico, as contratações com vistas ao cumprimento do disposto no artigo 20 da Lei 10.973 de 2 de dezembro de 2004, incluídas no Inciso IX do caput, poderão prever formas alternativas de remuneração, inclusive através de reembolso de custos, de acordo com o regulamento.	
Art.74°	**Alterar:** I – sistema de aquisição dinâmico; III – acordo-quadro;	O credenciamento nada mais é que uma cópia piorada do Sistema de Aquisição Dinâmico. O Registro de Preços é apenas um subconjunto do que um Acordo-Quadro pode realizar.
Art.75°	**Alterar:** Art. 75 O sistema de aquisição dinâmico poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação: (...) II – com seleção a critério do órgão contratante (...) Parágrafo único. (...) I – a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público em sítio eletrônico oficial edital de chamamento de interessados definindo o período de validade do credenciamento dos interessados; (...)	Adequações pontuais de redação.
Art.78°	**Alterar:** DOS ACORDOS-QUADROS Art. 78 As compras, sempre que possível, deverão ser processadas através do sistema de Acordos Quadros (AQ);	Manter o Registro de Preços adstrito ao critério de adjudicação de menor preço é um anacronismo. Nos países da OCDE, notadamente União Europeia (acordos-quadros) e Chile (convenio marco) são muito mais flexíveis. Pode-se, por exemplo, fazer uma pré-seleção de fornecedores com base em técnica e preços, e dentro desta lista a unidade participante exigir em alguma dimensão específica, já presente ou adicional, na qual os pré-selecionados podem disputar com lances fechados ou abertos.

	§ 1º O AQ poderá ser adjudicado através de concorrência ou contratação direta por inexigibilidade. § 2º Somente poderá ser celebrado um único AQ na mesma esfera de Administração Pública para uma mesma especificação de objeto e abrangência geográfica. § 3º O sistema de AQ será objeto de regulamento que estabelecerá parâmetros para se definir em cada processo de aquisição por ele regido: I – o prazo máximo de vigência; II – o número máximo de renovações do contrato; III – as condições para a renovação do contrato; IV – O número de fornecedores adjudicados V – O grau de completeza das especificações do objeto no edital VI – Os critérios de adjudicação de cada contratante aderente ao Acordo-Quadro para escolher o seu fornecedor, quando o número de fornecedores referido no inciso IV for maior que um. § 4º Todas as compras do Setor Público deverão ficar registradas no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e disponíveis para o acesso de qualquer cidadão. § 5º As condições obtidas para a celebração do AQ e que fizeram parte dos critérios de adjudicação deverão também ser registradas no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). § 6º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar um processo de AQ em razão de incompatibilidade desse com as condições vigentes no mercado, incluindo o preço obtido.	

	§ 7º Nas compras realizadas pelo AQ ou Sistema de Aquisição Dinâmico, deverão ser observadas, ainda: I – a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação; II – as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material. § 8º Na ausência de AQ, a forma de adjudicação é a de preços praticados, pela qual: I – a entidade adjudicante deve ser a própria entidade contratante; II – os bens adquiridos devem ser fornecidos no prazo estipulado em regulamento e nas quantidades especificadas no edital; III – o início da prestação dos serviços ou obras deve ocorrer no prazo estipulado em regulamento e nas condições estipuladas pelo edital; § 9o A prestação de serviços continuados só poderá ser adjudicada por AQ ou SAD.	
Art.79°	**Alterar:** Art. 79 A existência de um Acordo-Quadro em vigência, implica compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, mas não obriga a Administração a contratar § 1º Para contratar fora de um Acordo-Quadro, o órgão contratante precisa demonstrar pelo menos uma das seguintes condições:	Entendemos que ter um opt-out (opção de contratar fora) fere de morte o Acordo-Quadro. A única ressalva que pode servir para manter esse artigo é a condição usada no Chile: quem achar que pode conseguir um preço menor, tem que provar que, mesmo incorrendo nos custos de elaborar um novo edital, divulgá-lo e realizar o certame, ainda fará economia de recursos.

	a) Que nenhum produto ofertado pelos fornecedores selecionados pelo Acordo-Quadro atende as suas necessidades; b) O custo total de obtenção do objeto fora do Acordo-Quadro é inferior ao preço total de aquisição pelo órgão dentro do Acordo-Quadro. § 2º No cálculo do custo relacionado na alínea b do § 1º, devem estar incluídos todos os custos administrativos atinentes à realização do processo de seleção do fornecedor e adjudicação do contrato a este	
Art.80°	**Alterar:** Art. 80. O prazo de vigência do Acordo-Quadro será disciplinado em regulamento, ou, em sua falta, no edital, e definido pelo edital com base nas características do mercado em que ele vigora. Parágrafo único. O prazo máximo para qualquer Acordo-Quadro é de quatro anos.	Recomendação do Manual de Acordos-Quadros da OCDE.
Art.81°	**Alterar:** Art. 81. A Administração poderá contratar a execução de obras e serviços de engenharia através de um Acordo-Quadro, desde que atendidos os seguintes requisitos:	Manter a opção por acordo-quadro.
Art.82°	**Alteterar:** Art. 82. Após a consolidação dos Planos Anuais de Contratações pelo órgão competente, será designado o órgão ou a entidade gerenciadora que deverá organizar os Acordos-Quadros para cada tipo de objeto. § 1º O órgão designado no caput deverá, na fase preparatória do processo licitatório, para fins de celebração de Acordo-Quadro, realizar procedimento público de divulgação de Acordo-Quadro para, nos	O Acordo-Quadro é um instrumento de centralização, portanto não há que se falar em "intenção de registro de preços". Como indicado na redação sugerida do art. 78, só deve haver um Acordo-Quadro para um mesmo tipo de objeto. Quem vai gerenciar o Acordo-Quadro para cada objeto depende de decisão da Administração Superior, que recebeu os Planos Anuais de Contratação e os consolidou. No limite, o gerenciador será uma Central de Compras, que pode ser única ou uma dentre um número reduzido delas. Assim, deve-se evitar a figura do carona. Se há planejamento de compras e se estão previstos instrumentos de centralização de compra, o carona não tem por que existir.

	termos de regulamento, possibilitar, pelo prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de quantidades da contratação. § 2º O procedimento previsto no § 1º é dispensável quando o órgão ou a entidade gerenciadora for o único contratante. § 3º Se conveniente para a Administração, o órgão designado no caput poderá aderir a um Acordo-Quadro de outro ente federativo, de um consórcio interestadual ou intermunicipal ou da União. § 3º A adesão ao AQ de órgão ou entidade gerenciador do Poder Executivo federal por órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital e municipal poderá ser exigida para fins de transferências voluntárias § 4º É vedada aos órgãos e entidades da Administração Pública federal a adesão ao AQ gerenciado por órgão ou entidade estadual, distrital e municipal.	Por fim, note-se que a figura do carona existe também porque não é precificado nem cobrado o custo da organização do certame licitatório nem da gestão da ata.
Art.85	**Inserir:** Art. 85. (...) I – (...) j) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis para o cumprimento do disposto no Art. 3°-B da Lei n°10.973 de 2 de dezembro de 2004.	O marco legal de CT&I prevê o estímulo a formação de parques, polos e ambientes inovadores, mas o artigo 85° do Substitutivo que trata da permissão para alienação não considera essas possibilidades
Art.94°	**Alterar:** Art. 94 (...)	Insistimos, como em 2013, que a prestação da garantia deve ser estipulada por regulamento ou edital, nunca uma escolha do contratado.

	§ 1º O regulamento, ou, em sua falta, o edital, estipulará uma ou mais modalidades de garantia da seguinte lista, pelas quais o contratado poderá optar:	
Art.96°	**Alterar:** Art. 96: O regulamento ou, em sua falta, o edital, estipulará o percentual máximo do valor inicial do contrato para obras, serviços e fornecimentos a ser observado pela garantia, devendo o percentual ser justificado mediante análise de custo-benefício que considere os fatores presentes no contexto da contratação.	Sugerimos deixar esse percentual para ser fixado em regulamento.
Art.97°	**Supressão do artigo**, se a proposta de nova redação do art. 96 for acatada.	O inciso II do caput parece contraditório ao parágrafo único e ao art. 100.
Art.168°	**Suprimir** o artigo integralmente.	Parece-nos uma inversão de valores. O Ipea prega que haja um poder regulamentar forte na Administração. A proposta de Fiuza e Medeiros (2014) era que houvesse uma agência reguladora de compras. Tribunais de Contas não têm esse papel, e, se o exercem, é por completa ausência do Poder Executivo em regulamentar suas compras. Insistimos que não se pode saltar de um extremo ao outro: de uma lei engessada e sem flexibilidade para uma autonomia total dos órgãos. Por isso defendemos tanto a existência de regulamentos. Se a Administração exara um regulamento, resta a cada órgão obedecer a ele ou não. Se os Tribunais de Contas julgarem que o regulamento fere a lei, eles devem agir no nascedouro, reparando o regulamento, e não ficar atuando no varejo, punindo órgãos individualmente por montarem editais com regras ruins. Aqui reproduzimos trecho de Fiuza e Medeiros (2014): *Infelizmente essa liberdade total de formatação de regras para a retirada e submissão de lances [referindo-se ao RDC] acarreta uma considerável responsabilidade a mais para o órgão adjudicador, e não favorece a gestão do conhecimento dos melhores formatos de leilões disponíveis na literatura. Mas a principal vulnerabilidade desse excesso de discricionariedade ao comprador é quanto à corrupção. Uma excessiva liberdade na definição da fórmula de pontuação, por exemplo, expõe o responsável pelo edital à influência de empresas interessadas em direcioná-lo para que a licitação*

		atribua maior peso a itens nos quais elas têm maior eficiência de custo ou qualidade (Lambert-Mogiliansky e Kosenok, 2009).
Art.172°	**Alterar**: Art. 172. A Administração deve promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluindo cursos presenciais e à distância, redes de aprendizagem seminários e congressos sobre contratações públicas.	Mesmo arrazoado anterior. Não cabe aos Tribunais de Contas dizer ao Executivo como regulamentar a aplicação da lei. No máximo, a Administração pode submetê-la à consulta pública e escutar os TCs.
Art.176°	**Inserir:** § 2o No prazo de 730 dias, onde aplicável, os entes federativos deverão aprovar dispositivos legais instituindo as centrais referidas no caput. § 3o As centrais referidas no caput terão prerrogativa de exclusividade na celebração de AQ na(s) sua(s) respectiva(s) esferas de governo. § 4º As centrais de compras descritas no caput podem ser remuneradas por: I – aportes do Tesouro; II – cobrança de taxas às entidades contratantes da Administração Pública. § 4º Para seu pleno funcionamento, as centrais de compras descritas no caput deverão celebrar contrato de gestão com o órgão designado no Ato que a instituiu, prevendo, entre outros: I – metas e compromissos de desempenho; II – metodologia de avaliação dos resultados obtidos em seu desempenho; III – Incentivos ao bom desempenho; IV – Penalidades por não cumprimento de metas e compromissos;	Já obriga as Unidades de Federação e grandes municípios a formarem centrais de compras, e aos pequenos a formarem consórcios. Resolverá uma gama enorme de problemas de licitações mal feitas, é o que esperamos.

	V – Forma de remuneração pela sua prestação de serviços	
Art.182°	**Suprimir o artigo.**	Esse artigo nos parece draconiano. O profissional de compras precisa ser bem treinado e orientado, e não visto de antemão como um sujeito de má fé. Sugerimos a leitura da Lei n° 13.655, de 25 de abril de 2018, em especial os arts. 20 a 22.
Art. 187.	**Alterar:** Art. 187 No prazo de 720 dias, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal deverão aprovar dispositivos legais ou infralegais regulamentando esta Lei no que ela lhes facultar. Parágrafo único. Ao regulamentar o disposto nesta Lei, os entes federativos editarão preferencialmente somente um ato normativo	Por exemplo, o art. 19, inciso I, dá um excelente passo para a agregação de compras e ganho de escala no fornecimento de bens, reduzindo custos de transação, burocracia, etc. Melhor ainda, deixa essa tarefa para a Administração regular. Só que falta amarrar esse e outros dispositivos com algum prazo. Por exemplo, na União Europeia, a harmonização das legislações nacionais sobre compras públicas com as Diretivas Comunitárias tinha um prazo.

Missão do Ipea
Aprimorar as políticas públicas essenciais ao desenvolvimento brasileiro, por meio da produção e disseminação de conhecimentos e da assessoria ao Estado nas suas decisões estratégicas

ipea Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

MINISTÉRIO DA ECONOMIA

PÁTRIA AMADA BRASIL GOVERNO FEDERAL