

O Diálogo Competitivo como Alternativa para a Contratação de Obras e Serviços de Engenharia

André Pachioni Baeta

TCU

Introdução: As diversas escolhas possíveis no âmbito da nova Lei 14.133/2021

Modalidade de Licitação	Critério de Julgamento	Regime de Execução Contratual
Pregão	Menor preço	Empreitada por preço unitário
Concorrência	Maior desconto	Empreitada por preço global
Leilão	Técnica e preço	Empreitada Integral
Concurso	Melhor técnica ou conteúdo artístico	Tarefa
Diálogo Competitivo	Maior lance, no caso de leilão	Contratação Integrada
	Maior Retorno Econômico	Contratação semi-integrada
		Regime de Fornecimento e Prestação de Serviço Associado

O uso do diálogo competitivo para obras e serviços de engenharia

Definições (art. 6º):

XLII – diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos;

O uso do diálogo competitivo

A nova modalidade licitatória foi nitidamente inspirada no Direito europeu, que instituiu o procedimento por meio do artigo 29 da Diretiva nº 2004/18/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004, hoje substituída pela Diretiva nº 2014/24/EU.

Sua concepção veio como uma forma de dar legitimidade a uma postura que constantemente era adotada pelos países membros do bloco europeu, isto é, a busca por procedimentos licitatórios mais caracterizados pelo diálogo, pelo consenso e pela negociação.

O uso do diálogo competitivo

A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração.

O uso do diálogo competitivo

A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

As fases do diálogo competitivo

Fase Interna

Pré-seleção

**Fase do
Diálogo**

**Fase
Competitiva**

As fases do diálogo competitivo

Fase Interna

Pré-seleção

**Fase do
Diálogo**

**Fase
Competitiva**

Fase interna

- a) Formalização da demanda e definição do problema a ser resolvido com a contratação.
- b) Estabelecimento das necessidades da Administração.
- c) Estabelecimento dos critérios para a pré-seleção dos licitantes.
- d) Publicação do edital da fase do diálogo (para o início da fase externa).

Fase interna

Dúvida:

Em princípio continuam obrigatórias a elaboração do ETP (Estudo técnico preliminar), bem como a confecção dos anteprojetos, termos de referência ou dos projetos básicos/executivos (conforme o regime de execução contratual escolhido e o objeto a ser licitado), mas pergunto se tais elementos poderiam ser elaborados durante/após a fase do diálogo com base na solução escolhida pela Administração?

Fase interna

Para ilustrar tal questão, exemplifico que o problema hipotético a ser resolvido com o diálogo competitivo seria uma nova **travessia de veículos pela Baía de Guanabara**.

Na fase de diálogo poderiam surgir quatro soluções distintas:

- 1) construção de nova ponte;
- 2) construção de um túnel;
- 3) execução de um aterro;
- 4) contratação de um serviço de balsas.

Não há sentido em se prosseguir com o planejamento da contratação (elaboração do ETP, TR ou anteprojetos/projetos) sem haver prévia definição do objeto a ser contratado e da solução, o que somente ocorrerá ao final da fase de diálogo

Fase interna

Prosseguindo com o exemplo, suponhamos que a opção 2 (túnel) tenha sido escolhida na fase do diálogo.

Observa-se que a fase competitiva não seria automática, pois a fase de diálogo não vai produzir um projeto (de alto custo e de grande complexidade, diga-se de passagem) apto a ser licitado.

A administração teria então que elaborar o ETP e o anteprojeto/PB/PE de uma obra de grande porte, o que atrasaria a fase competitiva por anos.

Fase interna

Defendo aqui que os projetos/anteprojeto da obra continuariam obrigatórios para realizar a fase competitiva, caso contrário a administração estaria contratando objeto absolutamente indefinido e não teria nenhuma condição de previamente precificar a obra.

Então exsurge a possibilidade de a fase do diálogo ser dividida em etapas. Escolhida a solução "túnel", em nova etapa da fase de diálogo, as empresas entregariam os estudos/projetos para já serem imediatamente utilizados na fase seguinte, competitiva.

Fase interna

Obviamente, para que a fase de diálogo resulte em um projeto adequado para a contratação, haveria de ser prevista uma remuneração pela melhor solução na fase de diálogo, o que custearia a elaboração dos projetos.

Dessa forma, a fase de diálogo se assemelharia a um concurso, em que a empresa com melhor solução poderia ser premiada ou remunerada nos termos do primeiro edital de convocação (fase de diálogo).

E os produtos entregues poderiam ser empregados para embasar a licitação na fase competitiva.

Fase interna

Por fim, o uso do diálogo competitivo como modalidade licitatória parece se amoldar perfeitamente ao uso da contratação integrada como regime de execução contratual.

Isso porque a licitação (fase competitiva do diálogo) seria conduzida apenas com um anteprojeto de engenharia, produto que seria mais factível de ser obtido (e remunerado?) durante a etapa do diálogo com os demais licitantes ou antes da divulgação do edital da etapa competitiva.

Fase interna

Ademais, há vários pontos de interseção entre as hipóteses de uso do diálogo competitivo na Lei 14.133/2021 e as hipóteses de uso da contratação integrada presentes na Lei do RDC (no art. 9º da Lei 12.462/2011).

Embora se reconheça que as hipóteses de utilização da contratação integrada no RDC não foram repetidas no texto da nova Lei 14.133/2021, permanece possível tal analogia.

As fases do diálogo competitivo

Fase Interna

Pré-seleção

**Fase do
Diálogo**

**Fase
Competitiva**

Fase de Pré-Seleção

- a) As licitantes terão prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação (art. 32, §1º, inciso I).
- b) Os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos (art. 32, §1º, inciso II).
- c) O diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 servidores efetivos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão.

Fase de Pré-Seleção

Dúvida:

Quantas etapas recursais caberiam no diálogo competitivo?

A interpretação literal da Lei 14.133/2021 parece sugerir que a licitação, inclusive na modalidade do diálogo competitivo, terá etapa recursal única.

Ocorre que pode ser necessário haver três fases recursais distintas no diálogo competitivo para que não exista preclusão.

Uma ao divulgar a pré-seleção dos licitantes para realizar o diálogo; outra ao concluir a fase de diálogo e divulgar a solução; e, finalmente, uma nova fase recursal após a fase competitiva.

Fase de Pré-Seleção

Dúvida 2:

Durante a fase de diálogo pode surgir uma nova solução que não foi aventada inicialmente no escopo dos critérios de pré-seleção das empresas.

Nesse caso, a realização da fase competitiva especificando essa nova solução alijaria da competição as potenciais licitantes que não puderam participar da fase do diálogo.

As fases do diálogo competitivo

Fase Interna

Pré-seleção

**Fase do
Diálogo**

**Fase
Competitiva**

Fase do Diálogo

- A Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento.
- A fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades.
- As reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo.
- O edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas.

Fase do Diálogo

- A Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital **contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo**, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados apresentarem suas propostas, **que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto.**

Fase do Diálogo

Dúvida 1:

E se a fase de diálogo resultar em solução com fornecedor exclusivo? Caberia abandonar a fase competitiva e realizar um procedimento de inexigibilidade de licitação?

Fase do Diálogo

Dúvida 2:

Suponha que após o edital houve a pré-seleção de 180 licitantes que atenderam aos critérios previstos no edital da fase de diálogo.

Pergunto se, durante a fase de diálogo, após realizar sessão com apenas 5 empresas, a administração poderia escolher a solução e encerrar a etapa? ou estaria obrigada a prosseguir com um diálogo com as outras 175 licitantes?

Fase do Diálogo

Dúvida 2:

Há uma certa contradição na leitura combinadas dos incisos V e II do §1º do art. 32:

“V - a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;”

“II - os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos”

Fase do Diálogo

Dúvida 3:

Durante a fase de diálogo pode surgir uma nova solução que não foi aventada inicialmente no escopo dos critérios de pré-seleção das empresas.

Nesse caso, a realização da fase competitiva especificando essa nova solução alijaria da competição as potenciais licitantes que não puderam participar da fase do diálogo. E se algum potencial licitante se sentir prejudicado e impugnar a contratação?

As fases do diálogo competitivo

Fase Interna

Pré-seleção

**Fase do
Diálogo**

**Fase
Competitiva**

Fase do Competitiva

- A Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas.
- A Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado.

Fase do Diálogo

Dúvida:

Definida uma solução (túnel) a fase competitiva seria realizada com "todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas" (art. 32, §1º, VIII).

Ou seja, todos os que participaram da fase do diálogo poderiam apresentar suas propostas.

Ocorre que a solução (túnel) escolhida exclui diversos licitantes, que não têm acervo técnico na execução de obras de túneis.

Acho razoável que existam exigências de habilitação na fase competitiva, caso contrário teríamos empresas que não fazem obras de túneis dando propostas para um objeto para o qual não detêm capacidade técnica.

Obrigado!!!