

Pregão para Obras e Serviços Contínuos

Antônio Carlos Cintra do Amaral

Do meu livro “*Licitação e Contrato Administrativo – Estudos, Pareceres e Comentários*” (2ª edição revista e ampliada, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, Capítulo 30), consta Comentário sob o título “*Vantagens e Desvantagens do Pregão*”. Transcrevo-o a seguir:

“É comum encontrarmos entusiastas da modalidade de licitação introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 10.520/2002. Diz-se que o Pregão acarretou substancial economia para a Administração Pública e tornou a licitação mais transparente e confiável. É possível que isso tenha ocorrido. Mas é necessária uma certa cautela ao afirmá-lo.

O Pregão, diz a lei, é aplicável às licitações para contratação de ‘bens e serviços comuns’. O que é um bem ou serviço ‘comum’?

Entendo que o bem que se pretende adquirir mediante realização do Pregão deve ser suscetível de especificação precisa de sua qualidade. Somente se podem comparar bens de qualidade idêntica ou equivalente. Se o edital não especificar, com precisão, a qualidade do bem, a Administração poderá, em certos casos, contratar o bem ‘*mais barato*’, mas não aquele que apresente a melhor relação custo/benefício (princípio constitucional da economicidade, art. 70 da Constituição Federal). Nesses casos, a Administração estará adquirindo o bem de menor preço **nominal**, mas não o de menor preço **real**. A economia terá sido ilusória, embora estatisticamente se possa demonstrar que se adquiriu o bem ‘*mais barato*’.

Isso ocorre igualmente com a contratação de serviços. Se estes são de execução imediata, e não exigem uma técnica diferenciada, o Pregão é adequado. Caso contrário, não. Os serviços contratados, quando exigem uma técnica diferenciada para sua execução, podem apresentar consideráveis falhas em sua prestação, o que traz prejuízo para a Administração na etapa de execução contratual. Por outro lado, quando o serviço é de execução continuada (serviço contínuo), o preço efetivamente pago nem sempre coincide com aquele que foi ajustado inicialmente. Isso por um motivo simples: um dos principais problemas verificados, na prática

das contratações administrativas, é o *'mergulho'* nos preços, resultante de propostas inexeqüíveis. Esse *'mergulho'* pode conduzir à necessidade de aumentar o preço inicialmente combinado, a fim de evitar-se a descontinuidade do serviço, **o que não terá respaldo jurídico**; ou à rescisão indesejada do contrato, com prejuízo às vezes vultoso, mas de difícil mensuração econômico-financeira.

A possibilidade de ser inexeqüível a proposta vencedora é agravada pelo esquema de oferta de *'lances'* previsto na lei. A proposta mais vantajosa é – ou deve ser – *'firme e séria'*. A confiabilidade entre as partes contratantes é condição necessária para uma boa contratação. Quando uma empresa apresenta sua proposta, supõe-se que ela calculou seus custos e sobre eles estabeleceu a margem do lucro. Se, na fase dos lances, uma proponente que apresentou um preço de **100** baixa seu preço para **80**, das duas, uma: ou os **100** incorporavam um lucro excedente, a ser eventualmente eliminado nos lances, ou os **80** correspondem a uma proposta inexeqüível. Em nenhuma das duas hipóteses, a proposta terá sido *'firme e séria'*. Não haverá confiabilidade. Onde estará a vantagem da Administração nesse caso? Se a apresentação de lances favorece o *'mergulho'* e quebra a confiabilidade que deve nortear a contratação, ela possibilita, igualmente, em certos casos, o conluio entre os licitantes. Abertas as propostas, é possível que a oferta de lances seja dirigida por acordos entre os proponentes aos quais se faculta a apresentação desses lances. Tais acordos podem ser estabelecidos na fase dos lances, ou antes da apresentação das propostas.

A esta altura o leitor deste Comentário pode pensar que sou contrário ao Pregão. Não é bem assim.

Sou favorável à realização do Pregão. Mas é necessário, por um lado, resistir à tentação de estendê-lo à contratação de bens incomparáveis quanto à sua qualidade, ou a serviços de alguma complexidade técnica ou administrativa, e, por outro lado, não ter a ilusão de que a um preço nominal mais baixo corresponde, necessariamente, uma proposta mais vantajosa para a Administração.”

Este foi o Comentário publicado no meu referido livro. Hoje, volto ao assunto com algumas observações complementares.

Suponhamos que um órgão público contrata a elaboração de um projeto básico para licitar uma **obra** (ou um termo de referência para licitar um **serviço contínuo**, tanto faz). Desse projeto resulta um orçamento, no valor de R\$ 10 milhões. Mas o projeto foi mal feito. O valor estava subdimensionado. Daí decorreu erro no orçamento.

O edital da licitação estabeleceu que esse valor corresponderia ao **teto** admissível para as propostas. Todas as propostas deveriam ficar - e ficaram - abaixo desse teto. Mas o orçamento era - repito - errado.

O órgão público não poderia desclassificar a proposta vencedora, ou seja, a de menor preço, por inexeqüibilidade. Se o fizesse estaria admitindo que o projeto não era confiável. Assim, adjudicou o objeto da licitação ao proponente que apresentou a proposta de menor preço.

O contrato foi celebrado e teve iniciada sua execução. Podemos imaginar dois cenários.

Durante a execução, o contratado verifica que seu preço está subdimensionado. Busca negociar um aumento com o órgão contratante. O diretor desse órgão responde-lhe que o preço é inegociável. Prevalece o princípio “*pacta sunt servanda*”. O contratado avalia suas opções: **(a)** executar o contrato tal como ajustado, embora com prejuízo; **(b)** prosseguir a execução, buscando baratear a obra, com comprometimento de sua qualidade, a fim de reduzir seu prejuízo; ou **(c)** desistir da execução, sujeitando-se às sanções legais e contratuais aplicáveis.

No segundo cenário, ocorre a mesma constatação: o preço contratado é impraticável. Se agiu de boa-fé, o contratado age tal como na hipótese anterior. Se agiu de má-fé (“*mergulhou*” no preço), tenta negociar com o contratante alegando **reequilíbrio**, embora sabendo que somente se **reequilibra** o que nasceu **equilibrado**. Se o diretor do órgão público for do tipo intransigente, recusa a tentativa de “*reequilíbrio*”. Se for flexível, admite a renegociação proposta, muitas vezes até de boa-fé, sob a alegação de que cabe minimizar o prejuízo para o interesse público, que decorreria da paralisação da obra.

Haveria, neste segundo cenário, um conflito entre os princípios constitucionais da **legalidade**, **isonomia**, **eficiência** e, talvez, da **moralidade**, de um lado, e o da **economicidade**, do outro.

Indago: o que este exemplo, porém, tem a ver com a modalidade de licitação escolhida? A situação acima apontada pode surgir na etapa de execução do contrato qualquer que tenha sido a modalidade de licitação escolhida: concorrência, tomada de preços, convite, ou **até mesmo o Pregão**, que, aliás, maximiza o risco com a inversão das fases e, sobretudo, com os **lances**, que muitas vezes infirmam as propostas apresentadas.

Espero que o Congresso Nacional, caso venha a aprovar alterações na Lei 8.666/93 - como se espera - tenha a percepção de que o problema, neste caso imaginário, está **no Projeto**, ou seja no **Planejamento** da contratação, possivelmente agravado por **uma má Gestão na etapa da execução**. Não está na **licitação**, nem na celebração do **contrato**. Logo, não surtirá o efeito desejado estender o Pregão a obras e serviços contínuos.

Assim, se me fosse dada a oportunidade de sugerir algo a respeito, diria que a utilização do Pregão deveria ser restrita a:

- a) compras de bens de linha, para entrega até 30 (trinta) dias; e
- b) serviços de pouca ou nenhuma complexidade técnica, contratados por escopo, com prazo não superior a 90 (noventa) dias e valor não superior a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Ficariam fora da abrangência do Pregão:

- a) compras de bens fabricados sob encomenda, especialmente equipamentos e sistemas;

- b) contratação de serviços de execução continuada; e
- c) contratação de obras e serviços de engenharia.

(Comentário nº 167 – 15.11.2009, divulgado no site www.celc.com.br)