Vantajosidade

A Lei 14.133/2021, em seu **art. 11**, apresenta quatro incisos, que podem ser resumidos em três grandes objetivos da licitação:

1. busca da vantajosidade na contratação pública;
2. tratamento isonômico aos interessados; e
3. promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

É comum dizer que as licitações se pautam na busca pela vantajosidade. E o que é isso? O que é a melhor proposta? É uma expressão equívoca, pois pode ser interpretada por várias óticas.

Em sentido estrito, vantajosidade significaria aumentar os benefícios com os recursos gastos no curto prazo, ou seja, o menor custo para atingir certo fim almejado. Isto, porém, pode não ser compatível com a eficiência e com a efetividade, pois o que é benéfico e vantajoso no curto prazo pode não o ser no longo. Logo, esta perspectiva não leva em conta uma análise mais ampla e a longo prazo.

A vantajosidade, portanto, varia, primeiramente, pela ótica temporal analisada. Ainda, ela varia conforme a análise subjetiva, ou seja, se considera apenas as partes contratantes ou também terceiros que possam vir a ser atingidos, como quem se relaciona com a Administração Pública. A conclusão é: a vantajosidade é de difícil conceituação.

A Nova Lei de Licitações se preocupa com isso e busca evoluir neste conceito. O art. 11, I é expresso ao mencionar a necessidade de se observar o ciclo de vida do produto, ou seja, a análise não deve se dar apenas em relação ao preço para adquirir algo, deve ser considerado o período de duração e os custos que seu uso e o fim do seu uso pode causar.

Por exemplo, a Administração Pública quer comprar veículos. Em uma análise restrita, ela observaria apenas o preço dos veículos ofertados. Ainda, ela pode analisar o preço pago na celebração do contrato, considerando os preços de manutenção, seguro, revisão, depreciação, combustível e outros. Talvez um veículo vantajoso a primeiro prazo seja muito custoso no seu ciclo de vida.

> **Art. 11.** O processo licitatório tem por objetivos:
> I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

Como a legislação leva a Administração Pública a obter estas vantagens? Há regras que se relacionam ao tema. Por exemplo, a legislação veda a aceitação de sobrepreço ou superfaturamento (são conceitos distintos, apontados na legislação).

Sobrepreço é a proposta acima do valor de mercado. O superfaturamento ocorre quando o preço de mercado é observado, mas, ao longo do contrato, o contratado busca ganhos adicionais indevidos. Por exemplo, a empresa que irá construir a ponte substitui um cimento de alta qualidade por um de baixa qualidade.

A primeira finalidade da licitação é definir a proposta mais vantajosa. E isto pode, por exemplo, envolver o ciclo de vida. Ainda, garantir a isonomia, o que confere algumas vantagens a certos sujeitos, sendo possível preterir a igualdade em prol do fomento.

O **inciso III** busca evitar contratações com sobrepreço, ou seja, contratação pelo Estado por valores acima do de mercado. Ainda, evitar preços inexequíveis, isto é, a proposta do licitante sequer cobre o custo do contrato. Provavelmente, este licitante venceria a licitação, mas seria inadimplente.

A licitação também tem por fim evitar o superfaturamento. É comum que as pessoas achem que superfaturamento é sobrepreço, o que não é verdade. O art. 6º, incisos LVI e LVII, os conceituam.

> **LVI -** sobrepreço: preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada;
>
> **LVII -** superfaturamento: dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por:
>
> a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
>
> b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança;
>
> c) alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
>
> d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços;

A legislação também diz que a Administração não pode aceitar propostas inexequíveis, aquelas em que o preço é tão baixo que provavelmente o contrato não será realizado adequadamente. Ainda, é necessário combinar o preço com outros possíveis critérios, como a qualidade (como ocorre na combinação preço com técnica ou melhor técnica).

A Administração deve planejar a licitação, por meio de uma fase preparatória, para que celebre um contrato bem feito e vantajoso. Além disso, recomenda-se que a Administração observe as externalidades, os efeitos, em especial negativos, que atinjam terceiros, buscando formas de contorná-los. O contrato deve gerar benefícios à sociedade.

Tratamento Isonômico

A Constituição Federal determina que a Administração Pública observe a impessoalidade, ou seja, que ela não escolha uma pessoa em detrimento de outra por razões arbitrárias. Logo, dentro da licitação, os participantes devem ser tratados de maneira isonômica, utilizando o Estado os critérios mais objetivos possíveis.

> **Art. 11.** O processo licitatório tem por objetivos:
> II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

O tratamento isonômico, ainda, está ligado aos princípios da ordem econômica, em especial a livre concorrência e a livre iniciativa (**art. 170, CF**). Eles devem guiar a contratação pública e a licitação. Por isso, o Estado, segundo a própria lei, deve evitar discriminação indevida e privilégios ilegais, vedar conflitos de interesses (como a norma que veda o servidor público de participar da licitação) e promover a competitividade. Isto é algo levado tão a sério pela lei, que condutas que frustrem o caráter competitivo da licitação são puníveis na seara penal, como é claro o **Art. 337-F** do Código Penal.

> **Art. 337-F.** Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)
>
> Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 14.133, de 2021)

Desenvolvimento Nacional Sustentável

É um objetivo que surgiu na legislação brasileira com a Lei 12.349/2010, quanto às contratações públicas, que alterou a Lei 8.666/1993. O desenvolvimento nacional sustentável é a necessidade de políticas que protejam o ambiente, as condições sociais e o crescimento econômico (ambiental, social e econômico). Uma contratação que valorize um destes vetores, mas ignore outro, não é sustentável.

> **Art. 11.** O processo licitatório tem por objetivos:
> IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Há algumas formas para implementar o desenvolvimento nacional sustentável nas contratações. Em suma, é possível fazer na descrição do objeto, ou seja, aquilo que a Administração quer contratar, momento em que ela pode relacioná-lo ao desenvolvimento nacional sustentável. Por exemplo, em vez de comprar papel, ela pode comprar papel reciclado.

Isto também pode ocorrer na habilitação, quando se consideram aspectos trabalhistas e sociais (empresa que não respeita direitos trabalhistas não consegue se habilitar), no julgamento das propostas e na execução contratual (por exemplo, o contrato deve ser executado de maneira específica que favoreça a sustentabilidade).

Existem alguns exemplos de como a sustentabilidade aparece na Lei de Licitações. O **art. 26** confere uma preferência para bens reciclados. Por exemplo, o licitante ofereceu um preço 10 a 20% maior que o menor preço, mas é contratado por respeitar o desenvolvimento nacional sustentável.

Da mesma forma, a **LC 123/2006** prevê regras especiais para ME e EPP, dentre as quais algumas licitações exclusivas para contratos de menor valor. O **art. 25, §9º** confere a possibilidade de que se exija o emprego de vítimas de violência doméstica. Como último exemplo, o **art. 75, XIV** admite a dispensa para a contratação de associação de deficientes. Cabe, por fim, mencionar brevemente a sistemática de princípios da **Nova Lei Geral de Licitações e Contratos.**

O **art. 5º** apresenta a publicidade como um dos princípios da licitação, assim como qualquer procedimento administrativo. Porém, certos atos não podem receber publicidade, pois poderia trazer prejuízo à segurança do Estado.

Além disso, o **art. 13, parágrafo único** prevê a publicidade diferida – a proposta recebida fica fechada e é sigilosa até a sua abertura. Ainda, o orçamento é mantido em sigilo, pois este valor poderia interferir na proposta a ser realizada.

Ainda, cabe fazer uma menção breve sobre os princípios que a Nova Lei explicita sobre as licitações. O referido art. 5º apresenta 22 princípios. Será transcrito e disposto e depois apresentada uma forma de lembrar deles.

> **Art. 5º** Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da **segregação de funções**, da motivação, da vinculação ao edital, do **julgamento objetivo**, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da **economicidade** e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Uma forma de memorizar os princípios é lembrar da seguinte frase mnemônica: “jovem, sempre licite com planejamento pro país desenvolver sustentavelmente”.

Julgamento objetivo, **V**inculação ao edital, **M**otivação, **S**egregação de funções, **E**conomicidade, **M**oralidade, **P**ublicidade, **R**azoabilidade, **E**ficácia, **L**egalidade, **I**mpessoalidade, **C**eleridade, **I** gualdade, **T**ransparência, **E**ficiência, **C**ompetitividade, **P**lanejamento, **P**roporcionalidade, **P** robidade administrativa, **I**nteresse público, **S**egurança jurídica, **D**esenvolvimento nacional sustentável.