

O diálogo competitivo: planejamento e governança para inovar

Guilherme Reisdorfer

Doutor e Mestre em Direito do Estado pela USP.

Sócio de Vernalha Pereira Advogados.

RESUMO

O diálogo competitivo é uma das inovações mais significativas trazidas pela Lei 14.133/21 e pode ser decisivo para permitir o desenvolvimento de soluções contratuais que conjuguem inovação e sustentabilidade socioambiental. Um dos grandes desafios relacionados ao uso do diálogo passa por superar uma cultura de gestão burocrática, formal e mecanicista do processo licitatório, o que pressupõe a adoção de providências de planejamento e governança adequados às características dessa modalidade licitatória.

1 CONCEITO E OBSERVAÇÕES GERAIS

O diálogo competitivo é uma das inovações mais significativas trazidas pela Lei 14.133/21. Não apenas por constituir modalidade de licitação inédita, mas também por transcender o modelo autômato e estritamente vinculado de atuação administrativa após a publicação do edital, onipresente na Lei 8.666/93.

O diálogo distingue-se das demais modalidades de licitação por conter fase específica dedicada à discussão, ao desenvolvimento e à definição colaborativa de soluções técnicas, econômicas e jurídicas, a partir de interações estruturadas com os licitantes. Trata-se de uma nova forma de pensar e processar as licitações públicas, que comporta o exercício (limitado e orientado) de discricionariedade pelo ente público contratante no curso da própria licitação.

2 AS FUNÇÕES DA NOVA MODALIDADE LICITATÓRIA

As principais funções do diálogo competitivo são as de (i) reduzir a assimetria de informações entre o ente público e o mercado, notadamente em relação a elementos que envolvem inovação – o que pode ser decisivo para que o Estado identifique e estruture soluções eficientes de desenvolvimento sustentável;¹ (ii) criar ambiente de flexibilidade pro-

¹ HAUGBØLLE, K.; PIHL, D.; GOTTLIEB, S. C. *Competitive dialogue: Driving innovation through procurement?* In: *Procedia Economics and Finance*, n. 21, 2015, p. 562; KIRKBY, Mark. O diálogo concorrencial. In GONÇALVES, Pedro (Org.). *Estudos de Contratação Pública*. Vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 291.

cessual e material para ajustar a concepção da contratação, conforme as informações que venham a ser obtidas;² e (iii) propiciar transparência das interações público-privadas.³ A transparência se dará com a formalização das tratativas e a adequada motivação das opções adotadas, que deverão ser sempre consideradas e justificadas em vista das demais alternativas disponíveis.

Como se infere do art. 32, inc. I, alíneas *a* a *c*, da Lei 14.133/21, o diálogo competitivo será admissível quando estiverem presentes três requisitos cumulativos: (i) objeto que envolva inovação tecnológica ou técnica; (ii) impossibilidade de satisfação da necessidade estatal sem adequação das soluções disponíveis no mercado; e (iii) impossibilidade de o ente estatal precisar de forma suficiente as especificações técnicas a serem observadas.

O regramento sinaliza vocação específica para o diálogo, voltada ao atendimento de demandas complexas, cuja concepção envolve a tomada de decisões em ambientes de incerteza acentuada e com grau mais elevado de riscos. A experiência internacional revela que o seu emprego ocorre, em especial, para projetos de infraestrutura e de tecnologia da informação.

3 ESTRUTURA PROCEDIMENTAL

Como o conceito do art. 6º, inc. XLII, da Lei 14.133/21 permite antever, o procedimento do diálogo competitivo é trifásico.

É iniciado com (i) fase de pré-seleção, no âmbito da qual serão selecionados os licitantes admitidos a participar das fases subsequentes; avança para o (ii) diálogo propriamente dito, no âmbito do qual os pré-selecionados apresentarão subsídios e soluções para atendimento das necessidades e persecução dos objetivos pretendidos pelo ente público, de modo a permitir a definição do projeto contratual definitivo; e chega à (iii) fase competitiva, quando o contrato, já configurado em termos definitivos, conforme um novo edital publicado no curso do mesmo certame, será objeto de disputa propriamente dita entre os licitantes originalmente pré-selecionados.

4 PROPOSIÇÕES RELATIVAS A PROVIDÊNCIAS E REQUISITOS DE GOVERNANÇA A SEREM CONSIDERADOS NA IMPLEMENTAÇÃO DO DIÁLOGO COMPETITIVO

São abordadas a seguir as principais providências a serem observadas pela Administração, com o propósito de descrever alguns dos principais aspectos de operacionalização da modalidade licitatória.

4.1 PRIMEIRA PROVIDÊNCIA: COMPREENSÃO DO PROBLEMA E DE SEU CONTEXTO

Para definir o que e como licitar e verificar a viabilidade de recorrer ao diálogo competitivo, o ente público contratante deve identificar pelo menos quatro fatores: (i) as necessidades a serem atendidas; (ii) os objetivos a serem realizados; (iii) condições do mercado e das soluções existentes; e (iv) as dúvidas e dificuldades objetivas que afetam o planejam-

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 466.

3 A esse respeito: *European PPP Expertise Centre - EPEC. Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe*. A review of public sector practices across the EU, 2010. Disponível em http://www.eib.org/attachments/epec/epec_procurement_ppp_competitive_dialogue_en.pdf.

to exclusivamente interno e recomendam o diálogo na licitação. Esses requisitos decorrem da leitura conjugada de regras do art. 32 da Lei 14.133/21 (inc. I e II, e § 1º, inc. I).

O recurso ao diálogo pressupõe a identificação de certa impossibilidade de promover o planejamento contratual internamente. Essa impossibilidade, referida no art. 32, inc. I, alíneas *b* e *c*, da Lei 14.133/21, tem caráter objetivo, porém não absoluto. Isso significa que a impossibilidade não decorre de insuficiência ou inaptidão técnica da equipe do ente público contratante. Fosse assim, os entes menos capacitados seriam os primeiros a recorrer àquela que é a modalidade licitatória mais complexa da Lei 14.133/21. É necessário demonstrar incertezas e/ou riscos objetivos determinantes, que indicam ser uma cautela adequada – e até dever de boa gestão – interagir com o mercado de forma mais aprofundada e estruturada, para o fim de definir a solução contratual mais adequada.

Isso não significa ignorar a situação própria do ente público contratante, cuja consideração é determinada pelo art. 22 da LINDB. Significa que a impossibilidade restará verificada quando o ente público demonstrar que (i) adotou os melhores esforços e diligências para planejar a solução contratual; (ii) há incertezas objetivas – não em razão de suas eventuais carências técnicas, mas primordialmente decorrentes das condições de mercado e das soluções disponíveis –, para entendimento da melhor concepção contratual; e (iii) há ou impossibilidade absoluta, ou custos e riscos proibitivos para formação de conhecimento e convicção por conta própria acerca da melhor solução, o que justifica o recurso à interação com o mercado estruturada via diálogo competitivo.

4.2 SEGUNDA PROVIDÊNCIA: DEMONSTRAÇÃO DO CABIMENTO E DA VANTAJOSIDADE

Quando o art. 18, § 1º, inc. V, da Lei 14.133/21 indica que o planejamento da contratação deve abranger a “análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar”, pode-se estender esse comando à decisão acerca da própria forma de contratar – isto é, à escolha do procedimento adequado para promover a estruturação e a celebração do contrato.

A experiência de outros países revela que o processamento do diálogo competitivo apresenta complexidade peculiar e pode demandar gastos mais amplos em comparação a outras modalidades. Essa constatação é relativa e a Administração Pública deve examinar em concreto o custo-benefício do diálogo, tendo em vista as opções existentes.

Diz-se que a constatação sobre os custos e a complexidade do diálogo é relativa (e não resulta na conclusão de que o diálogo é mais caro e complexo do que outras vias possíveis) porque toda e qualquer estratégia de planejamento e desenvolvimento do processo de contratação envolverá custos, tangíveis e intangíveis, próprios. Outras modalidades ensejam gastos distintos na fase prévia à publicação do edital e mobilização mais ou menos ampla de recursos financeiros e pessoais. Basta lembrar a necessidade de elaboração dos projetos para uma empreitada de obra. Em outras palavras, é necessário avaliar os *custos de transação* de cada estratégia de contratação.

A alternativa mais evidente ao diálogo tende a ser a modalidade de concorrência, precedida ou não pelo desenvolvimento de um procedimento de manifestação de interesse ou pela contratação de consultoria para a estruturação do projeto.

A justificativa para a adoção do diálogo passa ainda por definir a extensão dos aspectos a serem objeto de discussão e aprimoramento. Tal delimitação constitui exigência

para racionalizar o processo licitatório e reduzir o seu custo e complexidade para todos os envolvidos. Quanto mais amplos forem os elementos sujeitos ao diálogo, tanto mais custoso e demorado o processo licitatório tende a ser. A extensão do diálogo pressupõe a definição e a justificativa de quando a flexibilidade na composição da solução contratual será possível, necessária e conveniente.

4.3 TERCEIRA PROVIDÊNCIA: O DIÁLOGO COMPETITIVO NÃO É VIA DE *OUTSOURCING* DE PLANEJAMENTO E DEVE SER ARQUITETADO DE FORMA ADEQUADA

Em vista dos elementos referidos acima, há um dever do ente público de desenvolver arquitetura ideal do diálogo, o que ocorrerá caso a caso, de acordo com as circunstâncias e complexidades a serem enfrentadas.

Isso evidencia o grande traço de distinção do diálogo competitivo em relação às outras modalidades: a sua estrutura procedimental será aperfeiçoada em concreto. Não uma vinculação *ex ante* plena à lei ou ao edital, pois o diálogo poderá ser modulado conforme evolua, tendo em vista o seu conteúdo e o potencial extraído das interações com cada um dos licitantes.

Outra conclusão que daí se extrai é que o diálogo competitivo não é mecanismo de *outsourcing* de planejamento. Apesar do inegável caráter negocial das interações, a palavra final sobre a solução a ser contratada será sempre do ente público. O projeto contratual será por ele definido por ocasião do lançamento do segundo edital do diálogo competitivo (art. 32, § 1º, inc. VIII).

O que ocorre, portanto, é a mudança da *estratégia* de planejamento, que passa a contar com as contribuições do mercado internalizadas e formalizadas no processo licitatório. O planejamento pode ser visto a partir de duas etapas.

A primeira etapa do planejamento, prévia à instauração do diálogo competitivo, envolve a definição (i) das necessidades e exigências já definidas pelo ente público contratante (art. 32, § 1º, inc. I); e, em função dessas necessidades e exigências, (ii) dos requisitos de pré-seleção (art. 32, § 1º, inc. II); (iii) das matérias sujeitas a diálogo; (iv) das regras procedimentais (art. 32, § 1º, inc. VII); e (v) dos critérios decisórios para composição da melhor solução e tratamento dos licitantes. Esse conjunto de disposições deve ser suficiente para propiciar objetividade e racionalidade ao processo, assim como clareza suficiente ao mercado sobre a oportunidade de negócio que a licitação propiciará.

A segunda etapa de planejamento diz respeito à composição da solução contratual definitiva. Ela ocorrerá no curso da fase procedimental do diálogo competitivo e a partir dele. Como regra, incidem as normas gerais de planejamento do art. 18 da Lei 14.133/21 – e, no caso de concessões em geral e PPPs, as regras dos arts. 18 e 11 das Leis 8.987/95 e na Lei 11.079/04, respectivamente. O planejamento contratual definitivo será a condição para a apresentação de propostas pelos licitantes na fase competitiva.

4.4 QUARTA PROVIDÊNCIA: CAPACITAÇÃO PARA ESTRUTURAR E GERIR O PROCESSO LICITATÓRIO – O SABER-FAZER DIÁLOGO

Não é excessivo dizer que a capacidade administrativa é não só um fator de relevo, mas verdadeiro pressuposto para adoção do diálogo, ainda que não esteja assim explicita-

da na Lei 14.133/21. A complexidade do processo envolve particular necessidade de provisionamento de recursos (dinheiro, tempo e pessoal) a serem investidos no certame e capacitação administrativa apropriada, que pode ser vista a partir de dois ângulos.

O primeiro ângulo diz respeito à capacidade de planejamento para definir o diálogo e para estruturação final do projeto contratual.

O segundo ângulo diz respeito à capacidade de gestão processual.⁴ Trata-se especialmente da aptidão de *saber-fazer* o diálogo, o que envolve habilidades e experiência para: **(i)** coordenar o diálogo, extraindo e fornecendo informações aos licitantes, observando o tratamento adequado a dados sigilosos compartilhados pelos licitantes (art. 32, § 4º, inc. IV, da Lei 14.133/21); **(ii)** balancear a extensão do diálogo e determinar a maturidade das interações, isto é, o momento a partir do qual o diálogo será concluído; e **(iii)** processar as informações para definir a solução mais vantajosa, evitando o risco de captura.

Em outras palavras, trata-se da capacidade de “sintetizar tecnologia”, isto é: de sintetizar um bom projeto contratual, valendo-se de um “benchmarking dinâmico”⁵ das contribuições apresentadas.

O saber-fazer o diálogo pressupõe ainda o correto entendimento acerca da observância da isonomia. A igualdade no diálogo não é um dado mecânico e não impede o desenvolvimento diferenciado das tratativas com os licitantes. É possível e esperado que haja afunilamento das discussões, conforme a evolução das convicções do ente público, e a própria interrupção de diálogos que não se mostrem frutíferos, conforme o art. 32, § 1º, inc. VII. Isonomia e eficiência são fatores não excludentes. O controle sobre a observância desses elementos ocorrerá de acordo com a adequada motivação das decisões adotadas.

5 NOTA FINAL: UMA NOVA VISÃO DA FUNÇÃO LICITATÓRIA

O diálogo competitivo é instrumento que pode propiciar ganhos de inovação e eficiência para a Administração Pública para contratações complexas. Mas esses ganhos supõem a existência de seriedade e capacidade para licitar por meio dessa estratégia flexível de interação com o mercado. Um dos grandes desafios relacionados ao uso do diálogo passa por superar uma cultura de gestão burocrática, formal e mecanicista do processo licitatório.

A flexibilidade do diálogo envolve um processo dinâmico de tomada de decisões. A autonomia administrativa no curso da licitação, que em certa medida relativiza o princípio da vinculação estrita ao edital, coloca em nova perspectiva a forma de operacionalização de vetores como transparência, probidade, isonomia e boa-fé nas licitações públicas. Ou seja: o êxito dessa estratégia de contratação é condicionado pela observância de parâmetros não apenas formais, mas relacionais e de boa governança.

4 A esse respeito, confira-se publicação específica do Banco Mundial (*Competitive Dialogue: How to undertake a Competitive Dialogue Procurement Process*. 2017. Disponível em <https://thedocs.worldbank.org/en/doc/412401507743078456-0290022017/original/CompetitiveDialogueGuidance2017.pdf>).

5 As expressões entre aspas são extraídas de AMONYA, Fred. Parsing Competitive Dialogue in Public-Private Partnerships: Emergence of Capability Search. *In Transportation Research Procedia*, n. 25, 2017.