

TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 930

**COMPRAS GOVERNAMENTAIS: POLÍTICAS
E PROCEDIMENTOS NA ORGANIZAÇÃO
MUNDIAL DE COMÉRCIO, UNIÃO EUROPÉIA,
NAFTA, ESTADOS UNIDOS E BRASIL**

**Heloísa Camargos Moreira
José Mauro de Moraes**

Brasília, dezembro de 2002

TEXTO PARA DISCUSSÃO Nº 930

COMPRAS GOVERNAMENTAIS: POLÍTICAS E PROCEDIMENTOS NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE COMÉRCIO, UNIÃO EUROPÉIA, NAFTA, ESTADOS UNIDOS E BRASIL*

Heloísa Camargos Moreira**
José Mauro de Moraes**

Brasília, dezembro de 2002

* Os autores agradecem a importante colaboração de Renato Baumann, Marcos R. Panariello e Rosária Costa Batista.

** Do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE).

Governo Federal

**Ministério do Planejamento,
Orçamento e Gestão**

Ministro – Guilherme Gomes Dias

Secretário-Executivo – Simão Cirineu Dias



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

Presidente

Roberto Borges Martins

Chefe de Gabinete

Luís Fernando de Lara Resende

Diretor de Estudos Macroeconômicos

Eustáquio José Reis

Diretor de Estudos Regionais e Urbanos

Gustavo Maia Gomes

Diretor de Administração e Finanças

Hubimaier Cantuária Santiago

Diretor de Estudos Setoriais

Luís Fernando Tironi

Diretor de Cooperação e Desenvolvimento

Murilo Lôbo

Diretor de Estudos Sociais

Ricardo Paes de Barros

TEXTO PARA DISCUSSÃO

Publicação cujo objetivo é divulgar resultados de estudos direta ou indiretamente desenvolvidos pelo Ipea, bem como trabalhos que, por sua relevância, levam informações para profissionais especializados e estabelecem um espaço para sugestões.

As opiniões emitidas nesta publicação são de exclusiva e de inteira responsabilidade dos autores, não exprimindo, necessariamente, o ponto de vista do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada ou o do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados nele contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Esta publicação contou com o apoio financeiro do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, via Programa Rede de Pesquisa e Desenvolvimento de Políticas Públicas – Rede-Ipea, o qual é operacionalizado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – Pnud, por meio do Projeto BRA/97/013.

Este trabalho foi realizado no âmbito do Convênio com a Comissão Econômica Européia para a América Latina e o Caribe (Cepal).

SUMÁRIO

SINOPSE

ABSTRACT

1 SUMÁRIO DOS ACORDOS E LEGISLAÇÕES SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS 7

2 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO: ACORDO SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS 19

3 UNIÃO EUROPÉIA: DIRETIVAS SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS 32

4 ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO DA AMÉRICA DO NORTE –
NAFTA: COMPRAS GOVERNAMENTAIS 65

5 ESTADOS UNIDOS: COMPRAS GOVERNAMENTAIS NO CONTEXTO DE
ACORDOS INTERNACIONAIS 80

6 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS 111

7 CONCLUSÕES 127

ANEXO I 133

ANEXO II 139

ANEXO III 140

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 141

SINOPSE

Este estudo analisa as legislações sobre compras governamentais que integram os acordos comerciais da União Européia, da Organização Mundial de Comércio e do Nafta, além das normas em vigor sobre a matéria nos Estados Unidos e Brasil. Seu objetivo é proporcionar informações que possam subsidiar a participação brasileira nas negociações que se desenvolvem no âmbito da Alca, para a definição de uma proposta de acordo de compras públicas, a ser assinada pelos 34 países que comporão o bloco comercial. São descritos e comentados os procedimentos adotados nas aquisições públicas de bens, serviços e obras pelos países signatários daqueles acordos e, no caso dos Estados Unidos, são ainda analisadas as políticas de preferência para os bens de produção doméstica aplicadas na legislação sobre compras governamentais daquele país. Na seção conclusiva do capítulo 5, apontam-se as barreiras ao comércio existentes na legislação estadunidense, com a indicação de que elas podem persistir mesmo após firmado acordo de compras públicas no contexto da Alca. Da mesma forma, na seção Conclusões propriamente do trabalho são apontados alguns fatores que podem determinar posição desvantajosa para os fornecedores brasileiros no mercado ampliado (e, por extensão, para os dos demais países da América Latina), em relação aos fornecedores dos países do Nafta, especialmente os dos Estados Unidos e Canadá.

ABSTRACT

This report analyzes the legislation about government procurement adopted in the context of trade agreements of the European Union, the World Trade Organization and Nafta, and the rules about this subject in United States and Brazil. Its main goal is to provide information that could support the Brazilian participation in the negotiations being developed under the proposed Alca agreement for the definition of a public procurement agreement. The procedures applied in the acquisition of goods, services and works in those agreements are described and, in the case of the United States, the policies favoring the purchasing of domestic-made goods, which are covered by the procurement legislation of that country, are also analyzed. In the ending section of chapter 5, the barriers to commerce in the North-American legislation are indicated. It is also shown that those barriers could persist in spite of the signature of a procurement agreement in the context of Alca. In the same way, in the Conclusion chapter, the causes for the possible disadvantaged position that Brazilian suppliers can face (and, by extension, those of other Latin American countries), *vis-a-vis* the suppliers from Nafta, especially those from United States and Canada, are pointed out.

1 SUMÁRIO DOS ACORDOS E LEGISLAÇÕES SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS

1.1 INTRODUÇÃO

Este trabalho analisa as legislações sobre compras governamentais adotadas no âmbito dos acordos de comércio da Organização Mundial de Comércio, União Européia e Acordo de Livre Comércio da América do Norte – Nafta – e em dois países, Estados Unidos e Brasil, tendo sido realizado no âmbito do Convênio de Cooperação Técnica entre a Cepal e o Ipea.

Neste capítulo é apresentado um sumário das matérias analisadas nos demais capítulos, cada um dedicado a descrever e analisar a legislação e as políticas de compras governamentais dos blocos de comércio e países citados.

O tema **compras governamentais** tem sido pouco abordado nas análises realizadas no Brasil sobre integração em blocos comerciais, refletindo o próprio não envolvimento do governo brasileiro em negociações internacionais com vistas à adesão a acordos de compras governamentais, seja no contexto da OMC ou de blocos regionais na América Latina.¹ O desinteresse por estudos sobre experiências comparadas da legislação ocorreu até o advento das negociações para a criação da Área de Livre Comércio das Américas e do Caribe – Alca, que definiu o estabelecimento de um grupo de trabalho sobre compras governamentais entre os nove grupos negociadores criados.²

O aprofundamento das negociações entre os 34 países que comporão a Alca mostrou a importância da realização de avaliações sobre normas e procedimentos em **compras governamentais** adotados em alguns blocos de comércio referenciais, como são os casos da União Européia, do Acordo de Compras Governamentais da OMC e do capítulo sobre compras governamentais do Nafta. Revela-se, ainda, de primordial interesse avaliar a política de aquisições governamentais adotada na legislação dos Estados Unidos, o maior parceiro da Alca, pela abrangência que aquela política assume, ao determinar a preferência, nas aquisições dos órgãos públicos, aos bens de produção interna em relação aos importados.

Os princípios básicos de um acordo de compras governamentais compreendem, entre outros, a adoção de tratamento nacional e a não-discriminação em relação aos bens e produtores dos demais países participantes do acordo. Esses princípios se efetivam com os países signatários assumindo o compromisso de conceder aos bens, serviços e fornecedores dos demais países tratamento não menos favorável que o concedido aos seus próprios produtos, serviços e fornecedores. Esses preceitos devem ser aplicados não

1. Um estudo coordenado por Mauro Arruda e Jorge Fernandes, que tem como preocupação central o aprimoramento das políticas de compras governamentais no Brasil, contém análise sobre os acordos de compras governamentais do Gatt e União Européia, além das políticas de compras dos Estados Unidos e outros países e de firmas multinacionais. Ver Arruda e Fernandes (1994).

2. Ressalte-se, a respeito, a grande importância do mercado de compras governamentais, cujos dispêndios alcançam de 3% a 12 % do PNB em vários países e blocos de comércio. As compras de bens e serviços dos 15 países da União Européia representaram, em 1994, 11,5 % do PNB. No Nafta, alcançaram valores próximos a US\$ 1 trilhão (1995). Ver UNCTAD/WTO(2000). No Brasil, as compras de bens e serviços do governo federal, compreendendo a administração direta, autarquias e fundações chegaram a R\$ 14,2 bilhões, em 2001. Disponível em: www.comprasnet.gov.br – publicações.

só aos fornecedores de bens ou serviços de origem estrangeira como também aos fornecedores de propriedade estrangeira estabelecidos no território onde é realizada a licitação pública. Respeitando esses princípios, os países participantes assegurarão que os órgãos públicos convidem, sem discriminação, e nas mesmas condições aplicáveis aos seus nacionais, os fornecedores e os prestadores de serviços dos outros Estados-membros que possuam as qualificações requeridas.

Outro princípio básico de um acordo de compras governamentais diz respeito à transparência das leis, regulamentos, normas e práticas adotadas pelos países. Toda a legislação concernente às compras deve ser tornada pública mediante divulgação em publicações determinadas no texto ou em anexos dos acordos, de forma a permitir igual oportunidade a todos os interessados em participar das licitações. Esse tópico, pela sua importância, tem recebido atenção especial por parte da Organização Mundial de Comércio. Com o propósito de avaliar as políticas e práticas adotadas pelos países nesse domínio, a organização vem desenvolvendo, desde dezembro de 1996, estudos para o aprimoramento das legislações em vigor, por meio de um Grupo de Trabalho sobre Transparência em Compras Governamentais. Espera-se que as propostas do grupo de trabalho possibilitem a adoção de medidas para se alcançar maior grau de transparência nos procedimentos relativos a compras governamentais.

O primeiro acordo multilateral estabelecendo regras para a redução de tarifas de importação entre países signatários, assinado em 1947, sob o Acordo Geral de Tarifas e Comércio – Gatt –, excluiu explicitamente as compras governamentais das obrigações de tratamento nacional concedido aos bens dos países-membros do acordo.

Foi no âmbito do Tratado que instituiu a Comunidade Européia, originado do Tratado de Roma, de 1957, que se desenvolveu a primeira iniciativa para incluir as compras governamentais nas normas de comércio de desgravação tarifária de um mercado comum. As normas acordadas para isto assumiram a forma de diretivas, ou seja, ordenamentos estabelecendo regras comuns a serem seguidas pelos entes governamentais nas suas aquisições de bens e contratações de serviços, aceitando-se o livre acesso dos fornecedores dos países do bloco ao mercado de compras governamentais de cada país. A primeira diretiva entrou em vigor em 1971, estabelecendo a coordenação de procedimentos nas contratações de obras públicas nos países comunitários. Seguiram-se as diretivas com normas comuns para aquisições de bens (1977), aquisições e contratações das entidades que operam serviços de utilidades públicas (1990) e nas contratações de serviços (1992).

Em âmbito mundial, o primeiro esforço para incluir o tema **compras governamentais** nas normas de comércio de desgravação tarifária ocorreu nas negociações da Rodada Tóquio, resultando no primeiro acordo plurilateral deste tipo, assinado em 1979, e que entrou em vigor em 1981. Posteriormente, como resultado das negociações desenvolvidas na Rodada Uruguai, entre 1986-94, o acordo foi renovado, com sua versão atual tendo sido assinada em 15 de abril de 1994, mesma data de criação da Organização Mundial de Comércio, e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1996. O Acordo de Compras Governamentais tem a adesão de 27 países, expandindo a cobertura, em relação ao acordo anterior, para incluir governos subcentrais (estados/províncias e prefeituras), empresas públicas, serviços e construção civil.³

3. Ver sobre o assunto em: www.wto.org.

Nas Américas, o primeiro acordo de compras governamentais foi implementado com a criação do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (com a sigla Nafta, em inglês), em 1992, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1994, envolvendo os Estados Unidos, Canadá e México.

Apresenta-se, a seguir, um resumo comentado das legislações sobre compras governamentais dos blocos comerciais e países citados, cujas análises detalhadas se encontram nos capítulos seguintes. As recomendações deste trabalho às negociações internacionais do Brasil voltadas a acordo de compras públicas na Alca encontram-se nas seções 4.13, 5.7 (Estados Unidos) e no capítulo 7.

1.2 ACORDO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DA OMC

O texto introdutório do Acordo de Compras Governamentais da OMC (GPA) destaca que o objetivo global a se obter com a adoção do acordo é a liberalização e a expansão do comércio mundial e o aprimoramento das normas que orientam as transações comerciais entre os países. Com esse propósito, o GPA estabelece um conjunto de direitos e obrigações na área de contratações públicas, definindo as entidades públicas abrangidas, as modalidades de licitação, os procedimentos para a qualificação dos fornecedores, entre diversas outras provisões.

As normas se aplicam a partir de valores mínimos de compras governamentais, definidos em anexos para cada um dos países-membros, e expressos em Direitos Especiais de Saque – DES. Para entidades dos governos federais, o limite de valor mínimo para compras de bens e serviços é de 130.000 DES; para contratos de construção, o limite mais comum é de 5.000.000 DES. Para entidades dos governos subcentrais, o valor alcança 200.000 DES ou 355.000 DES, conforme o país. Para empresas públicas, o valor mais comum para bens e serviços é de 400.000 DES, sendo de 5.000.000 DES o limite para contratos de construção civil.

O acordo aplica-se, em geral, a todos os bens. No caso de serviços, os países indicam, em anexos próprios, listas positivas ou negativas. Os serviços de construção abrangidos são indicados em listas positivas.

São três as modalidades de licitação previstas no GPA, conforme o grau de abertura para a participação dos fornecedores: procedimentos abertos, em que todos os interessados podem apresentar propostas; procedimentos de licitação seletiva, em que os fornecedores convidados a participar podem apresentar propostas; e procedimentos de licitação restrita – sob determinadas condições, os entes públicos entram em contato com os fornecedores individualmente.

Para proporcionar iguais oportunidades de participação a fornecedores nacionais e estrangeiros, as condições estabelecidas para a qualificação nas licitações devem ser publicadas em prazo adequado, para que os interessados possam completar com a antecedência necessária os requisitos exigidos. Essas exigências, que podem compreender garantias financeiras, qualificações técnicas e informações sobre a capacidade financeira e comercial dos interessados, entre outras, não devem estabelecer diferenças entre fornecedores nacionais e estrangeiros.

Exceto no caso de licitação sob procedimentos restritos,⁴ as pretendidas aquisições ou contratações devem ser tornadas públicas por meio de “convite para participação”, contendo o objeto do contrato, as datas de início e término da entrega dos bens ou serviços, datas para a apresentação dos requerimentos de qualificação e do recebimento das propostas, o endereço da entidade pública licitante, etc. No caso de licitação seletiva, as entidades que mantêm listas de fornecedores qualificados podem selecionar os que serão convidados a apresentar propostas, concedendo iguais oportunidades para todos os incluídos nas listas. Devem, ainda, examinar os pedidos de qualificação de fornecedores que ainda não obtiveram essa condição, desde que haja tempo suficiente para se completar os procedimentos de qualificação.

Quando a avaliação das propostas indicar que nenhuma das ofertas apresentadas em licitação aberta ou seletiva mostra vantagens nítidas sobre as demais, abre-se a possibilidade de que a entidade pública estabeleça processo de negociação (procedimentos restritos) com os fornecedores individualmente.

Os prazos previstos para a apresentação das propostas devem ser adequados para permitir que fornecedores nacionais e de outros países preparem e submetam suas ofertas antes do término dos procedimentos para a licitação. Os prazos estão previstos no artigo XI do acordo, sendo de 25 dias para a licitação seletiva e de 40 para a licitação aberta. Quando for permitida a apresentação de propostas em vários idiomas, um desses idiomas deverá ser um dos oficiais da OMC (inglês, francês ou espanhol).

Ao selecionar a proposta vencedora, a entidade licitante verifica o cumprimento pelos ofertantes das condições previstas no aviso ou edital de licitação, adjudicando o contrato ao fornecedor que demonstre plena capacidade de cumprir as condições previstas e cuja oferta seja a de mais baixo preço ou considerada a mais vantajosa, levando em conta, no segundo caso, os critérios de avaliação específicos determinados no aviso ou edital de licitação. Após a adjudicação do contrato, deve ser publicado aviso com informações sobre a contratação, como a natureza e quantidade dos produtos ou serviços, o nome e endereço do vencedor além do valor do contrato ou da maior e da menor oferta considerada na avaliação do contrato.

Um aspecto especial do acordo refere-se ao tratamento diferencial para países em desenvolvimento que aderirem a ele, em razão da necessidade de que sejam resguardados o equilíbrio do balanço de pagamentos e a manutenção de reservas adequadas para a implementação de programas de desenvolvimento econômico. Nessas condições, esses países podem negociar exceções às normas de tratamento nacional, como por exemplo, conceder preferências às aquisições de bens e serviços de origem doméstica, apoiar a implantação de indústrias nascentes, de empresas de pequeno porte e fabricantes internos que dependam das compras governamentais para continuar produzindo, entre outros tratamentos diferenciados. O acordo proíbe a imposição de condições compensatórias pelos países-membros, tais como exigências de conteúdo doméstico dos bens e metas de investimentos, entre outros. Contudo, aos países em desenvolvimento é permitida a negociação desse tipo de medida, realizada por ocasião do processo de qualificação de ofertantes nas licitações.

4. O artigo XV do GPA prevê as situações em que a licitação sob procedimentos restritos pode ser utilizada, como as seguintes: ausência de propostas sob licitação aberta ou seletiva; compra de obra de arte; existência de fornecedor único; razões de extrema urgência; adições a contrato original para a reposição de partes e peças ou ampliação de materiais, serviços ou instalações existentes; aquisição de produtos básicos; e outras situações previstas.

1.3 DIRETIVAS SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA

A legislação sobre compras governamentais da União Europeia (UE) é estabelecida em diretivas, que consistem em ordenamentos estabelecendo a coordenação de normas e procedimentos para as aquisições de bens e contratações de serviços e obras públicas, a partir de determinado valor mínimo. Com base nas diretivas, os países comunitários devem adaptar sua legislação nacional às normas e procedimentos ali acordados, aplicando os princípios de livre circulação de bens, tratamento nacional e não-discriminação, entre outros, de forma a garantir oportunidades iguais de participação aos ofertantes do próprio país e dos demais países comunitários nas compras governamentais.

Encontram-se em vigor quatro diretivas que coordenam os procedimentos nas compras e contratações de bens, serviços e obras públicas, e duas diretivas que definem procedimentos para a interposição de recursos:

- aquisições de bens: Diretiva 93/36/EEC;
- contratações de obras públicas: Diretiva 93/37/EEC;
- contratações de serviços: Diretiva 92/50/EEC;
- aquisições e contratações de bens, obras e serviços pelas empresas que operam serviços de utilidade pública nos setores de abastecimento de água, energia, transportes e telecomunicações: Diretiva 93/38/EEC;
- normas para a interposição de recursos nas contratações de bens, obras públicas e serviços pelas entidades públicas: Diretiva 89/665/EEC;
- normas para interposição de recursos nas contratações realizadas pelas empresas dos setores de utilidade pública: Diretiva 92/13/EEC.

As entidades abrangidas pelo acordo são, conforme definido nas diretivas, as entidades públicas pertencentes ao Estado, os órgãos locais ou regionais, os organismos de direito público e as empresas concessionárias de serviços de utilidade pública nos setores de água, energia, transportes e telecomunicações.

São previstos os três tipos clássicos de licitação na seleção das propostas dos fornecedores:

- Procedimentos abertos de contratação, em que qualquer fornecedor, empreiteiro de obras ou prestador de serviços interessado pode apresentar propostas;
- Procedimentos limitados, em que só os fornecedores, empreiteiros ou prestadores de serviços convidados pelas entidades adjudicantes podem participar;
- Procedimentos por negociação, em que as entidades adjudicantes consultam fornecedores, empreiteiros ou prestadores de serviços à sua escolha, conforme o caso, negociando as condições do contrato com um ou mais entre eles.

As entidades adjudicantes devem aplicar, como regra geral, procedimentos abertos ou limitados. Na impossibilidade de se recorrer a essas modalidades, poderão ser utilizados procedimentos de negociação.

Os limites de valor a partir dos quais se aplicam as regras comunitárias são expressos em Ecu/Euros ou em Direitos Especiais de Saque. Os limites variam conforme o setor ou atividade, havendo limites específicos para os órgãos dos governos centrais participantes do Acordo de Compras Governamentais da OMC (os órgãos encontram-se listados no Anexo I da Diretiva 97/52). Os limites adotados são os seguintes:

- 200.000 DES – nas contratações de bens e de serviços prioritários (esses últimos são listados no Anexo IA da Diretiva 92/50);
- 200.000 Ecu/Euros – contratações de serviços não prioritários (listados no Anexo IB da Diretiva 92/50), além de serviços de P&D e telecomunicações;
- 130.000 DES – nas contratações de bens e serviços pelas entidades dos governos centrais;
- 600.000 Ecu/Euros – nas contratações de bens e serviços pelas empresas de telecomunicações;
- 5.000.000 Ecu/Euros – nas contratações de obras pelas entidades governamentais e empresas concessionárias de telecomunicações e energia (gás, petróleo e carvão);
- 5.000.000 DES – nas contratações de obras pelas concessionárias dos setores de utilidade pública, exceto as de telecomunicações e energia;
- 400.000 DES – nas contratações de bens e de serviços prioritários pelas empresas concessionárias de água, eletricidade, transportes, aeroportos e portos marítimos;
- 400.000 Ecu/Euros – nas contratações de serviços não prioritários pelas empresas concessionárias de água, eletricidade, transportes, aeroportos e portos marítimos;
- 400.000 Ecu/Euros – nas contratações de bens e serviços pelas empresas concessionárias de energia.

As diretivas relativas a contratações de bens, serviços e obras estabelecem os requisitos e informações que podem ser solicitados para a qualificação dos ofertantes interessados nas licitações, envolvendo a prova da capacidade financeira, econômica e técnica, e esclarecem que os avisos de licitação não podem exigir outras condições além das especificadas nas diretivas. Já a diretiva que coordena as contratações das empresas que exploram serviços de utilidade pública não determina as informações que podem ser solicitadas aos interessados em serem incluídos no sistema de qualificação, deixando às empresas licitantes o julgamento sobre critérios de qualificação.

Os procedimentos utilizados nas licitações devem ser tornados públicos por meio de diversas regras de publicidade, a serem observadas em três fases do processo de contratações: informação prévia sobre as aquisições planejadas nos próximos doze meses, publicação dos avisos de licitação e informação sobre as contratações adjudicadas. A informação prévia consiste na publicação de anúncio indicativo sobre a totalidade das aquisições que cada entidade tenciona realizar durante os 12 meses seguintes, cujo valor total estimado seja igual ou superior a 750.000 Ecu/Euros. Quanto ao aviso sobre licitação que se pretende realizar, sob procedimentos abertos, limitados ou por negociação, deverá ser publicado anúncio no Jornal Oficial das Comunidades Europeias e no banco de dados TED (Tenders Electronic Daily), nas respectivas línguas originais, de acordo com modelos anexos às diretivas. Após a adjudicação do

contrato, deve ser publicado aviso com informações sobre os critérios de adjudicação, o número de ofertas recebidas, os preços pagos e o nome do ofertante vencedor.

Quando a licitação for realizada sob procedimentos limitados ou por negociação, as entidades licitantes selecionam os candidatos que serão convidados a apresentar uma proposta ou a negociar, entre aqueles que preencham as qualificações requeridas, com base nos requisitos mínimos de natureza econômica e técnica que devem preencher.

No julgamento das propostas, as normas da UE determinam a utilização de dois critérios de avaliação: o preço mais baixo ou a proposta economicamente mais vantajosa; esta última levando em consideração tanto o preço quanto outras informações, como o prazo de entrega, a qualidade dos produtos ou serviços, os aspectos técnicos, entre outros, conforme deve ser indicado no aviso de licitação.

O período decorrido desde a entrada em vigor das primeiras diretivas, que datam da década de 1970, os aprimoramentos efetivados nas primeiras diretivas, que foram substituídas ou emendadas ao longo do tempo, e o intenso e longo processo de integração ocorrido na União Européia são fatores que indicariam a existência também de um intenso processo de integração dos mercados de compras governamentais naquele bloco comercial. Contudo, estudos realizados pela Comissão Européia constataram que a incorporação das normas comunitárias de contratações públicas nos países-membros havia alcançado, ao final de 1997, apenas 55,6 %, refletindo a complexidade da adoção dos procedimentos de contratações pelos países.⁵ Verificou-se ainda que o índice de entrada de importações no setor público havia passado de 6 %, em 1987, para apenas 10 % em 1997, devido, principalmente, à existência de setores específicos que continuavam fechados às compras externas, em razão das exigências de normas técnicas e de sistemas de qualificação e certificação, dificultando a entrada de ofertantes nas licitações.

Com o objetivo de simplificar as normas e procedimentos, concorrendo para a dinamização dos mercados de compras públicas, a Comissão Européia apresentou, em maio de 2000, propostas de duas novas diretivas, consolidando as seis diretivas em vigor. As diretivas propostas, ainda não aprovadas pelo Parlamento Europeu, reduzirão à metade o número de artigos em vigor e, entre diversos aprimoramentos e modificações, excluirão os setores que passaram a operar em situação de concorrência efetiva na União Européia, em razão de privatizações. Além disso, introduzirão mecanismos eletrônicos de aquisição e a simplificação dos patamares de valor, reduzindo seu número.

1.4 COMPRAS GOVERNAMENTAIS NO NAFTA

As normas e procedimentos relativos a compras governamentais acordados no contexto do Nafta encontram-se dispostos no capítulo X do acordo, compreendendo 25 artigos, 11 anexos e 3 apêndices aos anexos, tratando de temas como: cobertura do acordo (setores e entidades públicas participantes); modalidades de licitação; procedimentos e prazos a serem observados nas etapas do processo de licitação; procedimentos para impugnação dos resultados de licitações; dentre outros. Encontram-se nos anexos do capi-

5. Acerca do assunto, ver: Comisión Europea (1998, p.2) e "Public Procurement: Commission proposes to simplify and modernise the legal framework", disponíveis em: www.simap.eu.int.

tulo X as listas nacionais de entidades dos governos federais e de empresas estatais federais incluídas nas regras do acordo de compras, as listas positivas comuns de bens para aquisições pelos órgãos de defesa, listas nacionais negativas de serviços, lista positiva comum de serviços de construção, e listas nacionais dos meios de comunicação para a publicação das informações, leis e regulamentos.

Em valores originais do acordo, as regras se aplicam às aquisições e contratações das entidades federais indicadas de valor igual ou superior a US\$ 50 mil para bens e serviços e US\$ 6,5 milhões para obras públicas. Em se tratando de empresas estatais, os limites são de US\$ 250 mil e US\$ 8 milhões, respectivamente.

O capítulo X aponta para cada país signatário as exceções ao universo de bens e serviços cobertos pelo acordo, sendo que para obras públicas a cobertura refere-se à lista positiva comum dos três países. Foram permitidas, ainda, outras exceções à cobertura do acordo, sendo a mais relevante delas, por suas implicações na restrição ao acesso ao mercado de compras governamentais, a referente aos programas de apoio às pequenas empresas dos Estados Unidos. Conforme amplamente descrito no capítulo 5 deste estudo, são reservadas para as pequenas empresas estadunidenses as compras de até US\$ 100 mil, o que torna sem aplicação o limite inferior para bens e serviços acordados no Nafta.

No tocante às modalidades de licitação, as normas do capítulo de compras governamentais do Nafta prevêm a adoção preferencial da licitação aberta, em que todos os interessados podem apresentar ofertas, prevendo ainda as modalidades de licitação seletiva, com ou sem lista de fornecedores, e licitação restrita, em que a entidade pública contata os fornecedores individualmente. Como norma geral, são reafirmados os princípios da não-discriminação, impessoalidade e publicidade no acesso a informações por parte de todos os interessados.

As normas definem os procedimentos especiais a serem observados na licitação seletiva. Em cada aquisição ou contratação deverá ser convidado o maior número possível de fornecedores nacionais e das outras Partes, conjugando os objetivos de promover a competição e atender às necessidades das entidades licitantes. Quando for utilizada a lista de fornecedores qualificados, serão concedidas iguais condições e oportunidades de participação para todos os fornecedores nela incluídos, como também a possibilidade de ingresso de novos interessados. Permite-se à entidade limitar o número de novos fornecedores apenas em decorrência de eventuais perdas de eficiência nesse processo simplificado de compras.

Quanto à licitação restrita, somente em circunstâncias específicas poderá ser utilizada, como nas seguintes: ausência de propostas após utilização das modalidades de licitação aberta ou seletiva; aquisições de obras de arte ou bens ou serviços protegidos por patentes; direitos autorais e outros direitos exclusivos; urgência devido a acontecimentos não previstos ou impossibilidade de obtenção de bens ou serviços em tempo hábil; e aquisição de produtos básicos, entre outras situações previstas.

As condições exigidas para a habilitação dos participantes – qualificações técnicas, garantias e informações para se verificar a capacidade financeira, comercial e técnica – devem ser as indispensáveis para assegurar o cumprimento dos contratos, e tornadas públicas aos interessados com a devida antecedência. Ao se avaliar a capacidade financeira, comercial e técnica de um fornecedor, deverá ser considerada toda a sua atividade, “incluindo tanto a exercida no território da Parte do provedor, como em território da Parte da entidade licitante”.

Para a seleção da proposta vencedora, será escolhida a que apresentar o menor preço ou a considerada mais vantajosa, de acordo com os critérios específicos de avaliação estabelecidos no aviso ou no edital de licitação, apresentada por fornecedor considerado plenamente capaz de executar o contrato. No caso de oferta com preço anormalmente inferior às demais, a entidade poderá assegurar-se de que o potencial fornecedor satisfaz as condições de participação e é ou será capaz de cumprir o contrato.

São previstos procedimentos para assegurar a transparência e publicidade nesta etapa do processo licitatório. Assim, prevê-se que a entidade publique aviso, no prazo de até 72 dias, contendo informações sobre os contratos adjudicados. Além disso, se solicitada, a entidade deverá fornecer informações sobre os mesmos, inclusive para os participantes cujas propostas tenham sido rejeitadas.

O capítulo X fixa também os compromissos relativos às informações a serem prestadas por cada país signatário. Além da publicação das entidades públicas abrangidas pelo acordo, nos meios indicados nos anexos, e de avisos, editais, convocatórias e outras informações sobre as licitações pretendidas e realizadas, prevê-se que sejam publicadas nos mesmos veículos de comunicação a regulamentação, jurisprudência e atos relativos às compras governamentais cobertas. As regras prevêm o fornecimento de informações e esclarecimentos, mediante solicitação de qualquer outro país signatário, sobre os contratos, ofertas descartadas, normas, leis, etc.

Para se dispor de informações a respeito dos resultados totais das compras e contratações efetivadas anualmente no âmbito do Nafta, as normas estabelecem que devem ser apresentados informes sobre as compras realizadas por cada signatário, contendo as estatísticas discriminadas por entidades sobre o valor estimado de todos os contratos adjudicados, tanto abaixo como acima do valor dos patamares aplicáveis; o número e valor total dos contratos de valor superior aos limites aplicados, discriminados por entidades, categorias de bens ou serviços, e por países de origem dos bens e serviços adquiridos; e estatísticas sobre o número e o valor total dos contratos adjudicados sob a modalidade de licitação restrita e sobre o número e valor total dos contratos adjudicados conforme as exceções indicadas por cada signatário, discriminadas por entidades.

Além das normas e procedimentos descritos, é importante acrescentar outras condições determinadas no capítulo sobre compras governamentais do Nafta. Uma delas refere-se às condições deferidas ao México, como reconhecimento da situação mais desfavorável na adaptação de suas instituições à abertura do mercado de compras governamentais. Assim, foram previstas regras transitórias para o país, como, por exemplo, a concessão de período de cinco anos para ajustes significativos nas normas internas e nos sistemas de contratação pública, incluindo ajustes nas obrigações, e a possibilidade de incorporação gradual às obrigações do capítulo X das aquisições de bens e serviços pelas estatais Pemex e Comisión Federal de Eletricidade – CFE.

Com vistas a ampliar a cobertura do acordo, foi previsto o início de negociações destinadas a ampliar a liberalização do mercado regional de compras governamentais, no mais tardar em 31 de dezembro de 1998. Até o momento, não houve avanço nessas negociações, a despeito de terem sido iniciadas. Além disso, no relatório apresentado pelo Grupo de Trabalho do Nafta sobre Compras Governamentais, foram registradas preocupações do Canadá e do México quanto ao prosseguimento das negociações. O Canadá

expressou que a inclusão das entidades subcentrais deveria considerar as exceções existentes na legislação dos Estados Unidos, como os programas de preferência para pequenas empresas, as exigências do Buy American Act e as “preferências locais”. Quanto ao México, considerou que um “ambiente mais liberal nas preferências para pequenas empresas ajudaria o processo de negociações com os seus Estados”.⁶ Informações atualizadas, provenientes de representante do governo mexicano, dão conta de que a pretendida ampliação de cobertura não ocorreu apenas em decorrência de intervenções do setor privado, resistente à concessão de maior acesso a empresas americanas e canadenses, mas também devido ao dispositivo constitucional que impede o governo central de dispor sobre as licitações promovidas pelas unidades subcentrais.

As posições colocadas anteriormente pelo Canadá e México a respeito dos programas especiais estadunidenses que concedem preferência nas compras governamentais aos bens fabricados internamente e aos produtos provenientes de empresas de pequeno porte encontram-se analisadas no capítulo 5 deste estudo.

1.5 POLÍTICA DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DOS ESTADOS UNIDOS

Esta política constitui-se no exemplo mais completo de utilização do poder de compra do Estado para a obtenção de resultados de política econômica e social, além daqueles objetivos que normalmente orientam as diretrizes sobre as compras do governo, que podem, simplificada, ser resumidos como a busca da proposta mais vantajosa para os bens e serviços demandados pelos órgãos governamentais.

A preocupação com a obtenção de resultados de políticas públicas é definida logo no primeiro capítulo da legislação americana sobre compras governamentais, o Sistema FAR – Federal Acquisition Regulations –, onde se estabelece que nas compras realizadas pelos órgãos governamentais deve-se “procurar tornar disponível em tempo hábil o produto ou serviço com o melhor preço, mantendo a confiança do público e atingindo os objetivos das políticas públicas”.⁷

Os objetivos de políticas públicas na legislação estadunidense representam um amplo leque de políticas, abrangendo aspectos econômicos, industriais, sociais, militares e desenvolvimento local, entre outros. Os instrumentos para tanto se encontram na determinação de que os órgãos e empresas públicas concedam preferência, nas suas aquisições, aos bens de produção doméstica, de acordo com condições e exigências estabelecidas nas normas e procedimentos de compras governamentais, condições essas derivadas das disposições contidas nos programas *Buy American Act*, *Balance of Payments Program* e *Small Business Act*.

A assinatura de acordo internacional pelos Estados Unidos suspende as restrições às aquisições de bens e materiais de construção estrangeiros previstas no *Buy American Act*,

6. Ver Nafta (1994-96); disponível em: www.sice.oas.org.

7. As diretrizes governamentais para as compras e contratações de bens, serviços, construções e obras públicas dos Estados Unidos encontram-se consolidadas no Sistema FAR, que regulamenta as políticas, práticas e os procedimentos utilizados nas aquisições do governo federal, compreendendo todas as suas agências. Este sistema coordena e dá uniformidade ao processo de compras federais. Contudo, é permitido aos órgãos definir normas internas, desde que sejam preservados os princípios gerais previstos na lei e que não afetem os procedimentos dos demais órgãos da administração (FAR, seção 1.101). Assim, nos termos da legislação, os órgãos podem emitir regulamentos próprios e implementar “políticas adicionais, procedimentos, prescrições sobre editais ou cláusulas de contratação que suplementem a FAR para atender a necessidades específicas da agência” (FAR, seção 1.302).

aos quais passa-se a aplicar a norma de tratamento nacional, sujeita, contudo, a condicionantes, como é o caso da preferência aos bens e serviços de empresas de pequeno porte, que continuam a prevalecer mesmo sob aquisições amparadas por acordos internacionais.

Obedecidas, portanto, as diretrizes que determinam prioridade aos bens produzidos internamente e aos ofertados por empresas de pequeno porte, são aplicadas nas compras do governo dos EUA as regras e os procedimentos previstos na legislação, relativos às modalidades de licitação, às normas para a divulgação das licitações e dos contratos adjudicados, aos prazos para a apresentação de propostas pelas empresas, aos requisitos de habilitação dos fornecedores e, finalmente, aos procedimentos para impugnação de licitações.

São utilizados três procedimentos ou modalidades de acesso dos interessados em fornecer ao governo: licitação aberta, onde qualquer interessado pode apresentar proposta (*sealed bidding*); licitação restrita ou seletiva, com número limitado de ofertantes convidados a apresentar propostas; e aquisição de fornecedor único, denominada de “aquisição negociada não competitiva”. Além dessas, são previstos procedimentos próprios para a chamada “licitação simplificada”, aplicável aos contratos de valor até US\$100.000 (cem mil dólares).

Além dos procedimentos citados, as normas possibilitam a adoção de “procedimentos simplificados” de licitação nas aquisições de bens, serviços e construção de valor não superior a US\$ 100.000, e nas compras de pequeno valor (até US\$ 2.500), com o objetivo de reduzir custos administrativos, melhorar as oportunidades para que pequenas empresas obtenham uma “proporção justa” dos contratos governamentais, promover a eficiência e a economia na contratação e evitar gastos desnecessários para os órgãos do governo e fornecedores. Nesses procedimentos está prevista a utilização do “cartão de compras governamental” (*government wide purchase card*) no pagamento de bens e serviços, emitido para pessoas autorizadas dos órgãos governamentais, e o cumprimento das normas que determinam aquisições nas quantidades mais econômicas possíveis.

Para a seleção da proposta vencedora, há dois critérios de avaliação: escolha da proposta mais vantajosa para o governo, considerando unicamente os preços propostos, ou avaliação levando em consideração o preço e os “fatores relacionados a preços”, incluídos nos avisos de licitação, consistindo em custos previsíveis ou atrasos para o governo, resultantes de fatores como: necessidade de inspeção dos bens, que podem estar localizados em maior ou menor distância, transporte para o local onde os bens serão utilizados, impostos locais, estaduais ou federais, dentre outros.

As normas também requerem uma “averiguação de responsabilidade”, antes da adjudicação do contrato para a melhor proposta. O responsável pela licitação deve verificar se o futuro contratado: *i)* demonstra capacidade financeira para cumprir o contrato e o cronograma de entrega proposto ou requerido; *ii)* apresenta desempenho satisfatório no cumprimento de fornecimentos anteriores, integridade e ética nos negócios; *iii)* demonstra a necessária organização, experiência, controles contábeis e operacionais, capacidades técnica e produtiva, e demais recursos necessários; e *iv)* está qualificado e elegível para contratação pelo governo, atendendo à legislação em vigor, conforme a seção 9.100 da FAR que prescreve políticas, normas e procedimentos para a averiguação de responsabilidade de fornecedores.

No capítulo 5 encontram-se descritas e analisadas, de forma circunstanciada, as políticas, normas e procedimentos adotados pelo governo estadunidense em suas aquisições de bens e serviços; além disso, são indicadas as barreiras ao comércio decorrentes das disposições nos programas especiais que determinam preferência para os bens de produção domésticos.

1.6 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS

As normas sobre licitações e contratos da Administração Pública estão consolidadas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e alterações posteriores, abrangendo todos os bens e serviços adquiridos ou contratados, assim como alienações e locações, aplicáveis aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, dos estados e municípios, e suas autarquias, fundações e empresas públicas.

Esta lei procura conferir ao poder público as melhores condições possíveis nas aquisições de bens e serviços. Consagra o princípio da economicidade, buscando as condições mais vantajosas para a administração pública, independentemente de se tratar de bens ou serviços nacionais ou importados; o princípio da impessoalidade, a competição, a transparência, a publicidade e a igualdade nas condições de acesso. A legislação brasileira não prevê o uso do poder de compra do Estado para garantir mercado para a produção interna ou desenvolver determinados setores da economia, como é o caso da política adotada nos Estados Unidos.

A Lei nº 8.666 veda a inclusão de condições nas licitações que restrinjam a competição ou estabeleçam preferências em função da naturalidade, sede ou domicílio dos fornecedores potenciais, ou ainda estabeleça tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras. Nesse aspecto, ficam ressalvadas da aplicação do princípio de tratamento nacional apenas as aquisições de bens e serviços de informática, que dispõem de preferência concedida aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e aos bens e serviços produzidos de acordo com “processo produtivo básico”, conforme o art. 3º da Lei nº 8.248/91 (Lei de Informática). Mesmo não exigindo que as licitações devam se estender sempre a concorrentes estrangeiros, a Lei nº 8.666 determina que não haverá discriminação a favor de bens e serviços produzidos no país.

Em termos de modalidades de licitação, além de concurso e leilão, são previstas as modalidades de **concorrência**, aberta a todos os interessados que comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital; **tomada de preços**, aberta somente aos cadastrados, observada a necessária qualificação; **convite**, em que participam convidados, em número mínimo de três, cadastrados ou não, observada a necessária qualificação; e **pregão**, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. Além dessas, estão previstos dois casos excepcionais: **dispensa de licitação**, em que são determinadas 24 situações em que os procedimentos anteriores são dispensados, e **inexigibilidade de licitação**, para as situações que apresentam inviabilidade de competição, como é o caso de presença de fornecedor único de bem ou serviço.

A referida lei prevê, ainda, os seguintes **tipos** de licitação: a de menor preço; a de melhor técnica; a de técnica e preço e a de maior lance ou oferta, essa última nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. Os tipos de licitação “melhor técnica” e “técnica e preço” são utilizados exclusivamente para serviços de natureza

intelectual, em especial na elaboração de projetos, engenharia consultiva e elaboração de estudos técnicos. No julgamento das propostas não serão consideradas as que apresentarem preços simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos.

Nas negociações para um acordo de compras governamentais no âmbito da Alca, um dos aspectos a ser superado diz respeito à legislação dos Estados Unidos que concede preferência às empresas de pequeno porte. São conhecidas as dificuldades para a exclusão das preferências a essas empresas, significando que, mesmo sob acordo de comércio, que suspende as restrições aos produtos estrangeiros, as diretrizes de apoio às empresas de pequeno porte seriam mantidas, consubstanciando uma barreira aos produtos brasileiros. No caso brasileiro, a Lei nº 8.666/93 não prevê qualquer tratamento favorecido à produção de bens e serviços por microempresas e empresas de pequeno porte. Contudo, como o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, Lei nº 9.841, de 5 de outubro de 1999, prevê que “a política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta Lei”, e ainda não foi regulamentado, o Brasil poderia incluir dispositivo no acordo de compras governamentais da Alca que resguardasse uma futura política de reserva para esse segmento de empresas.

2 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO: ACORDO SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS

2.1 INTRODUÇÃO

O Acordo sobre Compras Governamentais (*Government Procurement Agreement – Acuerdo sobre Contratación Pública*) constitui um dos quatro Acordos Plurilaterais no contexto da Organização Mundial do Comércio – OMC. Em sua versão atual, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1996, são signatários: Alemanha, Áustria, Bélgica, Canadá, Cingapura, Coreia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda e Aruba, Hong Kong, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Liechtenstein, Luxemburgo, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suécia e Suíça.⁸

Considerando os países que ora negociam a formação da Alca, tem-se a seguinte posição – membros do acordo: Estados Unidos e Canadá; observadores: Argentina, Chile, Colômbia e Panamá, este último em processo de negociação de adesão.

Tendo como princípios básicos a transparência, tratamento nacional não discriminatório e a cláusula da nação mais favorecida, o acordo estabelece regras e procedimentos a serem observados nas aquisições de bens e serviços realizadas pelas entidades do setor público dos países signatários.⁹

8. A versão atual do Acordo sobre Compras Governamentais da OMC tem como base o Acordo sobre Compras do Setor Público, de 1979, emendado em 1987. Seu objetivo maior foi o de ampliar e melhorar o Acordo de 1979, com base na reciprocidade mútua, e permitir a inclusão dos contratos de serviços.

9. Preâmbulos do Acordo da OMC.

O acordo compreende 24 artigos e quatro Apêndices,¹⁰ dispondo sobre: âmbito de aplicação; valoração dos contratos; tratamento nacional e não-discriminação; regras de origem; tratamento especial e diferenciado para países em desenvolvimento; especificações técnicas; modalidades, procedimentos, condições e prazos de licitação, para apresentação de propostas e qualificação de licitantes; procedimentos de seleção e adjudicação de contratos; regras sobre transparência; preferências à produção nacional; informação e exame das obrigações das entidades e dos países signatários; procedimentos de impugnação; consultas e solução de controvérsias; exceções e compensações às demais partes signatárias.

Aplicando-se às contratações realizadas pelas entidades dos níveis de governo - poder central e subcentrais - e às demais entidades, sobretudo empresas estatais, o acordo prevê que cada país signatário indique as entidades, os serviços e os limites a partir dos quais valem as regras do acordo.

Ainda que tenha como pilares as cláusulas de tratamento nacional e da nação mais favorecida, o acordo reconhece o poder de compra do Estado como elemento para incentivar o desenvolvimento nacional de bens e serviços, em particular nos países em desenvolvimento. Assim, logo nos “considerandos”, tem-se:

“(…) as leis, regulamentos, procedimentos e práticas relativas à contratação pública não devem ser elaborados, adotados nem aplicados aos produtos, serviços ou fornecedores estrangeiros ou nacionais de forma a proteger os nacionais, nem devem discriminar entre os produtos, serviços ou fornecedores estrangeiros” (tratamento nacional)”. Contudo, “(…) há que se ter em conta as necessidades de desenvolvimento, financeiras e comerciais, dos países em desenvolvimento, em particular dos menos adiantados (…).”

A seguir, apresenta-se, de forma pormenorizada, o conteúdo do acordo, referencial importante para a negociação sobre compras governamentais no âmbito da Alca.

2.2 COBERTURA: ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Nos termos do Artigo I, o acordo abrange todos os contratos para aquisições de bens acima de valores fixados, celebrados pelas entidades do governo central, subcentrais e outras entidades – empresas públicas, sociedades de economia mista controladas pelo governo e outras entidades indicadas por cada um dos signatários. Compreende todos os instrumentos contratuais, incluídas não apenas as compras à vista, mas também as compras a prazo, o arrendamento financeiro ou mercantil, com ou sem opção de compra, ou ainda contratos que incluam bens e serviços. No Anexo 1 do Apêndice I devem ser apontadas as entidades dos governos centrais e respectivos limites; no Ane-

10. No Apêndice I, com cinco Anexos, deve ser indicada a cobertura do acordo – no Anexo 1, são indicados os limites para bens e serviços a serem licitados pelas unidades do governo central; no Anexo 2, os limites e as entidades subcentrais do governo; no Anexo 3, os limites e as demais entidades, inclusive estatais; no Anexo 4, os limites e os serviços; e no último anexo, os limites e os serviços de construção. No Apêndice II são indicadas as publicações que cada país deve utilizar para divulgar os editais, resumos, informações sobre adjudicação, etc. No Apêndice seguinte, são indicadas as publicações que cada país deve utilizar para divulgar, anualmente, as informações sobre as listas permanentes de fornecedores qualificados, nos casos de licitação na modalidade de seleção. No Apêndice IV, são indicadas as publicações que cada país deve utilizar para divulgar as leis, regulamentos, decisões judiciais, regras administrativas de aplicação geral e qualquer procedimento relacionado com as licitações cobertas pelo acordo. Atente-se que as Notas Gerais ao Apêndice II poderão conter, além de esclarecimentos, as exclusões de bens, ou de bens e serviços ou outras condições limitadoras da cobertura apontada nos Anexos, além de condições diferenciadas para os países apontados.

xo 2, os limites e as entidades subcentrais do governo – estados, províncias; e no Anexo 3, os limites e as demais entidades, inclusive empresas públicas e empresas estatais.

O tratamento para as contratações de serviços é distinto. Devem ser indicados, mediante lista positiva ou negativa, os serviços compreendidos, assim como os limites a partir dos quais se aplicam as regras do acordo. No Anexo 4 devem ser apontados os limites e serviços, exceto obras de construção civil e respectivos limites, listados no Anexo 5.

Embora o acordo tenha como área de aplicação todas as compras e contratações de bens e serviços realizadas pela Administração Pública, nos diversos níveis de governo e nas empresas com controle governamental – empresas públicas e sociedades de economia mista –, cabe a cada signatário indicar as entidades, os serviços, assim como os valores a partir dos quais aplicam-se as regras do acordo.

2.3 VALORAÇÃO DOS CONTRATOS

Definida a abrangência, são fixadas regras para a determinação dos valores dos contratos, com vistas a evitar que formas alternativas de valoração venham a elidir os limites acordados. Nos termos do artigo II, na publicação do anúncio sobre a contratação devem ser consideradas todas as formas de remuneração, inclusive prêmios, honorários, comissões e juros relativos aos contratos-alvo da licitação. Explicitamente, fica vedado o fracionamento dos contratos de licitação, com o objetivo de obter um valor inferior aos limites firmados no acordo.

Se em um aviso de licitação estiver prevista a adjudicação de mais de um contrato ou a adjudicação fracionada dos contratos, a base para se determinar seu valor deverá considerar:

- a) o valor real dos contratos similares celebrados durante o exercício fiscal anterior ou nos 12 meses anteriores, ajustado em função das alterações previstas para os 12 meses seguintes, considerando a qualidade e os preços; e
- b) o valor estimado dos contratos celebrados durante o exercício fiscal ou nos 12 meses seguintes ao contrato inicial.

Quando se tratar de contratos para compras a prazo ou arrendamento financeiro ou mercantil de bens ou serviços, ou de contratos em que não se especifica o preço total, a base para a valoração será a apresentada a seguir, devendo ser utilizada a forma constante no item (b), em caso de dúvida.

- a) contratos por prazo determinado, de até 12 meses: valor total do contrato durante sua vigência; por prazo superior a 12 meses, o valor total com inclusão do valor residual estimado;
- b) contratos por prazo indeterminado: considerar o valor mensal, multiplicado por 48.

Nos casos de contratos com cláusula de opção, a base da valoração será o valor da maior contratação permitida, incluídos os valores das compras mencionados na cláusula de opção.

2.4 TRATAMENTO NACIONAL E NÃO-DISCRIMINAÇÃO

O artigo III determina que nenhuma parte aplicará aos bens e serviços importados dos demais signatários um tratamento não menos favorável que o concedido aos produtos, serviços ou fornecedores nacionais, ou a bens, serviços ou fornecedores de qualquer outra parte. Atente-se que o tratamento compreende as leis, regulamentos, procedimentos e práticas. Além disso, no caso de fornecedores estabelecidos no território do país que realizam a licitação, não deve haver discriminação em decorrência de propriedade de capital, nem contra um fornecedor estabelecido no país cuja produção ocorra em outro país signatário.

Ressalva-se que não se aplica o tratamento nacional aos direitos aduaneiros e encargos sobre a importação, a métodos de aplicação dos direitos aduaneiros, regulamentos e formalidades de importação nem medidas que afetam o comércio de serviços, à exceção das leis, regulamentos, procedimentos e práticas relativas aos contratos públicos incluídos no acordo.

Entretanto, “as partes têm feito certas derrogações ao princípio de não discriminação e tratamento nacional com relação a outros signatários em suas respectivas listas”, com o objetivo de assegurar reciprocidade no acesso aos mercados dos parceiros.¹¹

2.5 REGRAS DE ORIGEM

Em matéria de regras de origem, o acordo determina, no art. IV, que não serão distintas das aplicadas nas operações comerciais normais.

2.6 TRATAMENTO ESPECIAL E DIFERENCIADO PARA PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Essa constitui parte importante do acordo. Nos termos do Artigo V, “as partes terão devidamente em conta as necessidades de desenvolvimento, financeiras e comerciais dos países em desenvolvimento, em particular dos menos adiantados”. Além de reconhecer as necessidades de resguardar a situação do balanço de pagamentos e de manutenção de nível de reservas compatível com o crescimento dos países menos desenvolvidos, reconhece-se a importância do mercado representado pelas compras governamentais para estimular o desenvolvimento da produção nacional de determinados setores, das pequenas empresas, a produção artesanal em zonas rurais ou atrasadas e a legitimidade de se apoiar as empresas que dependam, total ou em medida considerável, das compras governamentais.

Com relação ao acordo, os países em desenvolvimento podem negociar com os demais signatários exceções às regras do tratamento nacional, conferindo preferência para as compras nacionais de determinados bens ou serviços, requisito de conteúdo nacional, compensações, etc, ou entidades, mesmo incluídos em suas listas de cobertura – após a entrada em vigor, os países em desenvolvimento podem modificar suas

11. Fonte: “Resumen: Cuadro Comparativo de los Regímenes de Compras en Acuerdos de Integración en las Américas, ALCA-FTAA, BID”.

listas de cobertura, ou ainda solicitar exceções ao tratamento nacional para entidades ou serviços incluídos no acordo, ou ainda eliminar da lista empresas privatizadas. No entanto, para exercer tal prerrogativa, não apenas deverão ser seguidos os procedimentos previstos no artigo XXIV, como poderão estar sujeitas a conferir compensações às demais partes “para preservar o equilíbrio dos direitos e obrigações e um nível comparável do alcance mutuamente Acordado”. Este ponto é particularmente importante, uma vez que o Brasil ainda não encerrou seu processo de desestatização.¹²

Recomenda-se que os países desenvolvidos se “esforcem para incluir entidades que adquirem produtos e serviços de interesse dos países em desenvolvimento”. Em matéria de dificuldades relacionadas com as contratações públicas, prevê-se que, sempre que solicitado, os países desenvolvidos prestem toda assistência aos países em desenvolvimento. Além disso, foram previstos **centros de informação**, individuais ou coletivos, para que os países desenvolvidos possam responder às solicitações de informações de países em desenvolvimento sobre as leis, regulamentos, procedimentos e práticas, além de avisos de licitação publicados, e outras informações pertinentes relacionadas a compras governamentais. Com relação aos países de menor desenvolvimento relativo, é recomendado não apenas um tratamento especial para produtos, serviços ou fornecedores neles estabelecidos, com assistência técnica, mas até mesmo benefícios aos países menos desenvolvidos não signatários do acordo.

Atente-se que, no artigo XIV, dispõe-se que “levando em conta considerações de política geral, inclusive as relativas ao desenvolvimento, cada país em desenvolvimento, quando da adesão ao acordo, poderá negociar condições especiais, a exemplo de incorporar exigências de cumprimento, pelos fornecedores, de conteúdo nacional. Contudo, **essas condições somente serão utilizadas como elementos de qualificação para participação no processo de licitação e não como critério para adjudicação de contrato** (grifo nosso). As condições terão de ser claramente definidas, objetivas e não-discriminatórias; deverão constar expressamente do Apêndice I do país signatário e poderão compreender limitações concretas à imposição de compensações em qualquer outro contrato aplicável ao acordo. Além disso, deverão constar do anúncio do contrato e demais documentos pertinentes.

2.7 ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS

Nos termos do artigo VI, é vedado o uso de qualquer especificação técnica, uso de marca de fábrica, nome comercial, origem do fabricante ou fornecedor, a qualquer título que implique algum tipo de “viés” na licitação, ou obstáculo à competição. Assim, as especificações técnicas devem ser formuladas de forma a indicar as propri-

12. Merece registro especial o fato de o artigo XXIV prever a possibilidade de compensações, quando da alteração das listas de entidades, serviços incluídos no acordo, em decorrência de processos de desestatização. À medida que a desestatização ocorra, as empresas então sob controle estatal passam a se submeter às regras gerais que se aplicam ao comércio normal de bens e serviços. Salvo situações excepcionais previstas nos Acordos da OMC, aplicam-se, então, as “cláusulas sagradas” de tratamento nacional e da nação mais favorecida. Deve ser mencionado que, no caso brasileiro, a Lei nº 8.666/93 não confere tratamento especial favorável para as empresas estatais – o art. 173, § 2º da Constituição Federal determina que eventuais incentivos fiscais concedidos às empresas estatais serão estendidos às empresas privadas. Assim sendo, o tratamento tributário e administrativo dado às importações realizadas pelas empresas estatais é o aplicado normalmente às realizadas pelo setor privado. Não se aplica às compras das empresas estatais, salvo nas aquisições de bens e serviços de informática, qualquer preferência ao produto nacional. Assim sendo, não haveria qualquer sentido conceder compensações às demais Partes, em decorrência de eliminação da empresa então privatizada da cobertura do acordo.

idades de uso e emprego do produto, em lugar de seu desenho ou características descritivas e deverão ser baseadas em normas internacionais. Quando inexisterem tais normas, deverão ser baseadas em regulamentos técnicos nacionais, normas nacionais reconhecidas ou ainda códigos de construção.

Como regra de conduta, com vistas a evitar uma redução ou exclusão na competição, determina-se que as entidades não recebam nem aceitem assessoria de empresa com interesse comercial, no contrato, na preparação das especificações técnicas dos bens ou serviços a licitar.

2.8 PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO E QUALIFICAÇÃO DOS FORNECEDORES

Os artigos VII e VIII dispõem sobre os procedimentos, modalidades de licitação e qualificação dos fornecedores. Em primeiro lugar, para assegurar a impessoalidade e evitar redução na competição, veda-se o acesso a informações privilegiadas a eventuais fornecedores.

O acordo admite três modalidades clássicas de licitação:

- a) licitação pública (aberta), em que todos os fornecedores interessados podem apresentar ofertas;
- b) licitação seletiva (convite),¹³ em que podem apresentar ofertas os fornecedores convidados para tal; e
- c) licitação restrita, em que as entidades contatam cada fornecedor em separado, utilizada exclusivamente em determinadas circunstâncias.¹⁴

No processo de qualificação de fornecedores, além de se reafirmarem os princípios de publicidade, transparência e impessoalidade, são apresentados os procedimentos clássicos para tal. Assim, determina-se a publicação dos editais com a antecedência necessária para que os fornecedores possam se qualificar, assim como a apresentação das condições não-discriminatórias, claras, razoáveis e objetivas, limitadas às estritamente essenciais.

Com relação às entidades que mantêm listas permanentes de fornecedores qualificados, prevê-se que, a qualquer momento, os fornecedores possam solicitar sua inclusão. Desde que atendam a todas as condições, deverão ser atendidos em prazo razoavelmente breve. Além disso, quando publicado um aviso ou anúncio, um fornecedor não qualificado poderá requerer sua participação, e a entidade inicia, prontamente, a qualificação. As entidades deverão comunicar aos fornecedores as decisões relativas às solicitações de qualificação e informar os fornecedores que figuram em suas listas permanentes, assim como suas alterações – cancelamento ou eliminação das listas. Anualmente, as entidades que mantêm listas de fornecedores qualificados, utilizadas nos processos de licitação seletiva, deverão divulgá-las em uma das publicações indicadas no Anexo IV do acordo, indicando ainda os prazos de validade das listas e as condições necessárias para a inclusão de interessados.

13. A modalidade se assemelha à tomada de preços prevista na legislação brasileira.

14. Prevê-se que o procedimento não seja utilizado para reduzir a competição. As hipóteses em que a licitação restrita deve ser utilizada estão apontadas no art. XIV do acordo.

Salvo necessidade devidamente justificada, cada entidade deve adotar procedimento padronizado de qualificação, com esforços para a redução, ao mínimo, de diferenças de procedimentos de qualificação entre as entidades.

2.9 PROCEDIMENTOS: PUBLICIDADE E CONVITE PARA PARTICIPAÇÃO

Conforme o artigo IX, ressalvados os casos de licitação restrita, as entidades deverão publicar convites para a participação de todos os fornecedores interessados. Em se tratando de contrato projetado, os anúncios deverão conter, dentre outras, informações sobre a natureza e quantidade dos bens e serviços; indicação da data de publicação dos anúncios de licitação; indicação sobre a modalidade de licitação – pública, seletiva, com ou sem negociação –; data do início ou término da entrega dos bens e serviços; endereço para correspondência; solicitação de informações de toda a natureza, prazo máximo para recebimento e idioma em que devem ser apresentadas as solicitações de admissibilidade nas licitações. Além dessas, devem constar todas as condições e requisitos – condições econômicas ou técnicas, garantias financeiras – da licitação e dos fornecedores.

Para cada contrato previsto, a entidade deve publicar um resumo do anúncio, em um dos idiomas oficiais da OMC (inglês, francês e espanhol), contendo no mínimo:

- a) objeto do contrato;
- b) prazos para a apresentação das propostas ou de solicitação de admissibilidade na licitação; e
- c) endereço em que possam ser solicitados os documentos relativos ao contrato.

Em se tratando de licitações seletivas, as entidades que mantêm listas permanentes de fornecedores devem publicar anualmente, nos meios de comunicação indicados por cada signatário no Apêndice III, um anúncio com o seguinte conteúdo:

- a) listas de produtos e serviços, ou categorias de produtos ou serviços que deverão ser licitados;
- b) condições para inclusão de fornecedores na lista e métodos para verificar o cumprimento das mesmas;
- c) vigência das listas e formalidades para renovação;
- d) natureza dos produtos ou serviços; e
- e) indicação de que o anúncio constitui um convite para participação.

2.10 PROCEDIMENTOS: SELEÇÃO, CONDIÇÕES E PRAZOS DE LICITAÇÃO E ENTREGA DAS PROPOSTAS

Nos termos do artigo X, são reafirmados os princípios de competição ampla e não-discriminação, com oportunidades iguais para os fornecedores. Em se tratando de licitação pública, deverão ser enviadas as condições e fornecidas as informações solicitadas a todos que manifestarem interesse. Na modalidade de convite, as entidades deverão convidar o maior número possível de fornecedores, enviando informações sobre as condições para todos que se inscreverem para participar da licitação.

As entidades que mantêm listas permanentes de fornecedores qualificados poderão selecionar os que serão convidados, com igualdade de oportunidades para todos os incluídos na lista. Atente-se que deverá ser permitida a participação, também, dos que ainda não tenham sido qualificados, limitando-se o número de fornecedores adicionais apenas em função do funcionamento eficaz do sistema de licitação.

Como regra geral, determina o artigo XI que os prazos de licitação e para a entrega das propostas serão estabelecidos permitindo que os fornecedores, nacionais e dos demais signatários, possam se preparar de forma satisfatória e apresentar suas propostas. Os prazos deverão ser compatíveis com a complexidade dos contratos, assim como o tempo de transmissão, por via postal, das propostas de fornecedores estrangeiros. Com relação às condições, segundo o artigo XII, não apenas devem constar todas as informações necessárias para a apresentação das propostas (desde as condições constantes do anúncio sobre o objeto do contrato, prazos, especificações técnicas, requisitos econômicos e financeiros do proponente, e outras), como também os dados e informações sobre endereços para solicitação de informações, entrega das propostas, data e hora do encerramento das entregas, abertura das propostas, responsáveis, etc.

Além das informações apontadas, deverão ser explicitados, ainda, os critérios que fundamentarão a adjudicação dos contratos, inclusive os fatores que serão agregados aos preços para se proceder à comparação das ofertas.

Em relação aos prazos de entrega, deverão ser considerados os prazos para a produção, despacho e transporte a partir de diversos pontos do território nacional e dos demais signatários.

Salvo situações especiais previstas,¹⁵ os prazos para a apresentação das propostas serão os seguintes:

- a) licitações públicas: prazo não inferior a 40 dias, contados a partir da publicação do aviso ou anúncio;
- b) licitações seletivas (convite) sem utilização de lista permanente: prazo para apresentação de solicitação de admissibilidade não inferior a 25 dias, contados a partir da data de publicação do anúncio; no caso, para apresentação das propostas, prazo não inferior a 40 dias, contados a partir da expedição do convite;
- c) licitações seletivas com utilização de lista permanente de fornecedores qualificados: prazo para recebimento das propostas não inferior a 40 dias, contados a partir da data da primeira publicação do convite, independentemente se tal data coincide ou não com a da publicação do anúncio sobre a licitação.

15. Os prazos poderão ser reduzidos nos seguintes casos: a) quando houver sido publicado um anúncio separado, no mínimo 40 dias e no máximo 12 meses antes, em que figurem as informações essenciais sobre a licitação e o contrato, inclusive sobre a indicação de que os fornecedores deveriam manifestar seu interesse em participar do processo licitatório. Nesse caso, o prazo de 40 dias para o recebimento das propostas poderá ser reduzido para não menos de 24 dias, como regra geral, e nunca inferior a 10 dias; b) no caso de segunda publicação ou publicações posteriores para contratos complementares, o prazo para recebimento das propostas poderá ser reduzido de 40 para 24 dias, no mínimo; c) quando, por razão de urgência justificada, os prazos para licitações públicas ou seletivas poderão ser reduzidos, porém nunca deverão ser inferiores a 10 dias, contados a partir da publicação do anúncio, aviso, ou edital; d) quando se tratar de contratos com licitação seletiva e utilização de lista de fornecedores qualificados, as entidades e os fornecedores selecionados poderão fixar os prazos de comum acordo. Na impossibilidade de acordo, caberá às entidades fixar os prazos, que não poderão ser inferiores a 10 dias.

2.11 APRESENTAÇÃO, RECEBIMENTO E ABERTURA DAS PROPOSTAS E ADJUDICAÇÃO DOS CONTRATOS

O artigo XIII define os procedimentos para a apresentação, recebimento e abertura das propostas e adjudicação dos contratos. As ofertas, como regra geral, deverão ser apresentadas por escrito, diretamente ou por correio. Considerando que poderão ser transmitidas também por meio de telex, telegrama ou fax, deverão apresentar todas as informações requeridas e necessárias para a avaliação. Neste caso, as propostas deverão ser confirmadas por carta, ou por cópia assinada do telex, telegrama ou fax, prevalecendo as encaminhadas por esses meios, quando a documentação recebida após o encerramento do prazo apontar diferenças ou contradições em relação às informações já apresentadas.

Em relação ao recebimento de propostas, elas poderão ser aceitas fora dos prazos, se decorrentes de negligência dos responsáveis pela licitação ou, em circunstâncias excepcionais, se os procedimentos das entidades o permitirem. Observando os princípios de tratamento nacional e não-discriminação, as informações sobre a abertura das ofertas ficarão em poder da entidade interessada e das autoridades superiores, para serem eventualmente utilizadas em caso de impugnação da licitação.

Na adjudicação dos contratos, conforme os critérios e requisitos fundamentais estabelecidos no edital, há que se verificar, inicialmente, o cumprimento de todas as condições previstas. O contrato será adjudicado para o fornecedor que tenha demonstrado plena capacidade de cumprimento do contrato, e apresentada a proposta considerada mais vantajosa – não estão previstos no acordo os critérios de licitação das propostas, ou seja, por preços, técnica, ou técnica e preços, sendo considerado o critério de preço, ou outro apontado nos editais. Observe-se que, se na legislação brasileira está prevista a desqualificação da oferta que apresenta preços anormalmente baixos, no acordo prevê-se a possibilidade de solicitar informações ao potencial fornecedor, para se assegurar que ele pode satisfazer as condições de participação e cumprir o estipulado no contrato, mesmo apresentando proposta com preços considerados muito baixos.

2.12 PROCEDIMENTOS: NEGOCIAÇÃO

Nos termos do artigo XIV, as negociações entre as entidades e os ofertantes serão utilizadas para identificar as vantagens e desvantagens das propostas apresentadas. Com tratamento confidencial das ofertas, as negociações poderão ser utilizadas quando nenhuma oferta apresentada for claramente vantajosa, ou quando expressamente indicadas nos editais de licitação.

Nos casos que envolverem negociações, os procedimentos devem ser tais que:

- a) as entidades não estabelecerão qualquer discriminação entre os diversos fornecedores;
- b) a eliminação se dê em conformidade com os critérios previstos nos anúncios e editais;
- c) se admita que todos os participantes não eliminados possam modificar ou apresentar novas propostas;

- d) ao término das negociações, todos os participantes não eliminados possam apresentar propostas definitivas dentro de um determinado prazo comum.

2.13 LICITAÇÃO RESTRITA E EXCEÇÕES AO ACORDO

Determinando que a modalidade não seja utilizada para evitar a competição, discriminar contra fornecedores dos demais signatários ou conferir proteção aos produtores domésticos de bens e serviços, prevêem-se no artigo XV as seguintes possibilidades de se utilizar a licitação restrita:¹⁶

- a) depois de realizada uma licitação pública ou seletiva, não tenham sido apresentadas propostas; que tenha sido constatado conluio entre os fornecedores; ou ainda que as propostas não tenham atendido aos requisitos essenciais da licitação ou tenham sido formuladas por fornecedores que não atenderam às condições de participação;
- c) quando se tratar de obra de arte ou por razões relacionadas com direitos exclusivos, como patente ou direito do autor;
- d) quando, por razões técnicas, os bens ou serviços puderem ser ofertados somente por um fornecedor determinado e não houver outros razoavelmente equivalentes ou substitutos;
- e) em razão de extrema urgência devido a acontecimentos imprevisíveis;
- f) quando se tratar de adições ao contrato original para a reposição de partes ou peças de material ou instalação já existente; para ampliar os materiais, serviços ou instalações existentes; ou ainda no caso de a mudança de fornecedor obrigar a entidade a adquirir bens ou serviços incompatíveis com os já existentes;
- g) quando uma entidade adquire protótipo ou primeiro serviço desenvolvido ou criado por sua solicitação para a execução de contrato de pesquisa, experiência ou criação original. Finalizado o contrato, as aquisições posteriores se ajustarão às regras normais;
- h) quando, devido a circunstâncias imprevisíveis, para completar os serviços de construção descritos no edital original, se mostrem necessários serviços adicionais de construção não incluídos no contrato, porém compreendidos nos objetivos dos editais; nesse caso, o valor dos serviços adicionais não poderá ser superior a 50% do valor do contrato principal;
- i) no caso de novos serviços de construção, análogos aos previstos no projeto básico, para o qual haja sido adjudicado o contrato, e quando a entidade tiver indicado no aviso ou anúncio do contrato original que outros serviços de construção poderiam ser licitados por meio dessa modalidade;
- j) na aquisição de produtos básicos;

16. Mutatis mutandis, a modalidade de licitação restrita guarda relação com as hipóteses de dispensa ou inexigibilidade de licitação previstas na legislação brasileira.

k) quando se tratar de compras em condições excepcionalmente vantajosas que vigoram por prazo muito curto – essa condição não se aplica a compras normais efetuadas junto a fornecedores tradicionais; e

l) no caso de contratos adjudicados a ganhadores de concursos de projeto, sempre que o concurso for realizado levando-se em conta os princípios do acordo.

Ao se usar a modalidade de licitação restrita, as entidades devem preparar informe sobre cada contrato adjudicado, contendo o nome da entidade contratante, o valor e classe das mercadorias ou serviços objeto do contrato, o país de origem e uma explanação indicando as circunstâncias que concorreram para tal. O informe ficará à disposição das autoridades superiores, para ser utilizado em caso de impugnação da licitação.

No artigo XXIII estão previstas exceções às disposições do acordo. Assim, explicitamente fica determinado que nenhuma disposição poderá ser interpretada no sentido de impedir que o signatário adote as medidas ou abstenha-se de revelar informações, quando considerar necessário proteger os interesses essenciais em matéria de segurança na aquisição de armas, munições ou material de guerra, ou qualquer outra contratação indispensável para a segurança ou defesa nacional.

Além disso, não se interpretará nenhuma disposição do acordo com a intenção de impedir um signatário de estabelecer ou implementar medidas necessárias para proteger a moral, a ordem ou segurança pública, a saúde humana, animal ou vegetal, a propriedade intelectual, ou relacionadas com bens produzidos ou serviços prestados por portadores de deficiência, instituições beneficentes ou penitenciárias, sempre que as medidas não constituírem meio de discriminação arbitrária ou injustificável entre países com as mesmas condições, ou sejam equivalentes a uma restrição (disfarçada) do comércio internacional.

2.14 IMPUGNAÇÃO, CONSULTAS E SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Consistentemente com os princípios de impessoalidade, imparcialidade, publicidade e transparência, além de tratamento nacional e não-discriminação que norteiam o acordo, estão previstos no artigo XX os procedimentos a serem adotados em caso de impugnação às licitações. Cada signatário deverá estabelecer e tornar públicos procedimentos não-discriminatórios, oportunos, transparentes e eficazes que permitam a impugnação de infrações presumidas nas licitações.

Durante três anos as entidades deverão manter resguardada a documentação referente a todos os procedimentos relativos aos contratos abrangidos pelo acordo, podendo ser estabelecido prazo, não inferior a 10 dias contados a partir do conhecimento dos fatos que geraram o processo, para que os fornecedores iniciem e notifiquem à entidade que deverão acionar o processo de impugnação.

Atente-se que “alguns signatários têm derogado em suas listas a aplicabilidade dos procedimentos de impugnação em relação a certas compras e certos signatários, a fim de assegurar a reciprocidade do acordo.”¹⁷

17. ALCA-FTAA-IADB, “Procedimientos de Impugnación y Solución de Controversias”.

Se houver reclamações baseadas na existência eventual de infração a alguma cláusula do acordo, deverão ser procedidas consultas com a entidade contratante. Nesse caso, a entidade deverá examinar as reclamações de forma imparcial e tempestiva para se aplicarem as medidas corretivas devidas, em conformidade com a sistemática de impugnação.

As impugnações deverão ser apresentadas a um tribunal ou órgão independente que não tenha interesse no resultado, cujos membros estejam protegidos de influências e pressões. Entretanto, se o órgão de exame não for um tribunal, sua atuação poderá estar sujeita à revisão judicial, e deverá atuar em conformidade com os procedimentos normais, tais como ouvir as Partes antes da sentença, permitir que elas sejam representadas, acompanhadas ou possam apresentar testemunhas, etc.

Os procedimentos de impugnação deverão prever medidas rápidas para corrigir as infrações e preservar as oportunidades comerciais, e poderão resultar na suspensão do processo de contratação. Porém, os procedimentos poderão prever a possibilidade de se ter em conta as conseqüências desfavoráveis, inclusive para o interesse público, da suspensão da contratação. Deverão ser previstos, também, mecanismos para retificação da infração, ou para a compensação por danos ou prejuízos eventuais. Essas compensações aos reclamantes poderão ser limitadas aos gastos pela preparação da oferta ou da reclamação.

No artigo XXII, prevê-se que um signatário possa acionar os mecanismos de solução de controvérsias, quando considerar que uma vantagem que lhe corresponda foi afetada, direta ou indiretamente. Tais mecanismos seguem, essencialmente, os previstos pelo órgão de soluções de controvérsias da OMC, com algumas particularidades, em decorrência da característica plurilateral do acordo. Cabe destacar que, no parágrafo 7, fica expressamente desautorizado o procedimento das chamadas “retaliações cruzadas”, o que significa vedar a retirada de concessões no âmbito do GPA em decorrências de disputa relativa a outros acordos da OMC, assim como suspensão de concessões em outros acordos, em função de controvérsias relativas ao Acordo sobre Compras Governamentais.

2.15 TRANSPARÊNCIA, INFORMAÇÃO E EXAME: OBRIGAÇÕES DAS ENTIDADES E DOS PAÍSES SIGNATÁRIOS

Reiterando o princípio da transparência nas compras governamentais, o artigo XVIII determina que as partes signatárias deverão incentivar as entidades a adotar todas as providências para assegurar ampla publicidade de seus atos, objetivos e procedimentos – divulgação, qualificação de fornecedores potenciais, informações relativas a cada contrato, adjudicação, assim como procedimentos de impugnação.

Os artigos XVIII e XIX definem as obrigações das entidades e dos países signatários sobre as informações a serem prestadas relativas às contratações de bens e serviços cobertos pelo acordo. Conforme o artigo XVIII, no prazo de 72 dias, contados a partir da adjudicação, deverão ser publicadas pelas entidades as seguintes informações:

- a) nome e endereço da entidade e do responsável pela adjudicação de cada contrato;
- b) data, natureza e quantidade dos produtos e serviços objeto das adjudicações;
- c) nome e endereço do ganhador, valor da oferta vencedora e das ofertas mais altas e mais baixa consideradas no julgamento; e
- d) modalidade de licitação utilizada e, quando procedente, forma para identificar a publicação do edital; justificativa para utilização eventual dos procedimentos de licitação restrita.

Além do mais, as entidades devem fornecer, sem protelação, informações requeridas pelos fornecedores, a despeito de se assegurar o sigilo de informações, quando sua divulgação afetar o interesse público, provocar danos comerciais a interesses legítimos de determinadas empresas, ou contrariar a competição leal entre os fornecedores.

No artigo XIX são previstas as obrigações dos países, enquanto signatários do acordo. Cabe ao país a publicação de todos os atos legais relacionados com as compras governamentais cobertas, assim como a prestação de eventuais explicações ou informações, sem prejuízo dos mecanismos de consultas formais. Anualmente, cada signatário deverá fornecer ao Comitê sobre Compras Governamentais, cuja criação está prevista no artigo XXI, estatísticas a respeito das compras efetuadas por todas as entidades cobertas pelo acordo e sobre as compras efetuadas com as exceções previstas utilizando as diretrizes emanadas pelo Comitê.

É de se observar que outras obrigações a serem cumpridas pelos signatários constam do artigo XXIV, a exemplo dos procedimentos previstos para alterações nas listas de cobertura, ainda que em decorrência de privatização de empresas estatais.¹⁸

Finalmente, cabe destacar, em matéria de informações e procedimentos, os previstos no artigo XXIV. O parágrafo 8, sobre o uso de tecnologia da informação, ainda que louve seu uso nos processos de compras governamentais, determina que **“quando uma parte tiver a intenção de introduzir inovações, fará esforços para levar em conta as opiniões das demais partes em relação aos problemas que possam apresentar”** (grifo nosso). Ainda que seja relevante e nobre a intenção de tal dispositivo, e ainda que o Brasil se disponha a prestar toda a assistência técnica nessa matéria, é conveniente que seja feita uma análise cuidadosa de dispositivo dessa natureza para que isso não venha a causar um excesso de burocratização ou obrigações em determinadas áreas onde o Brasil já tenha avançado no âmbito internacional.

18. Nos termos do parágrafo 6 do artigo XXIV, “as retificações, transferências de entidades de um anexo para outro, ou em casos excepcionais, emendas de outro tipo que afetem a cobertura do acordo deverão ser notificadas ao Comitê (para que seja avaliado seu alcance). As retificações de caráter puramente formal passarão a vigorar no prazo de 30 dias, desde que não sejam apresentadas objeções” (grifo nosso). Se for apresentada objeção “(...) o Comitê examinará as propostas e as possíveis demandas por compensações (...)” que poderão resultar no acionamento do mecanismo de solução de controvérsias, caso não se chegue a acordo. Em se tratando de alteração da cobertura em decorrência de privatização, o procedimento é praticamente o mesmo. Contudo, a alteração passará a vigorar “a partir do dia seguinte ao término da reunião seguinte do Comitê, desde que não haja objeções e tal reunião não se realize antes de 30 dias contados a partir da notificação”. Ainda que, no caso, seja destacado que “ao se examinar a proposta de modificação (da cobertura) às eventuais compensações, serão levados em conta os efeitos da abertura de mercado e a eliminação do controle ou influência do governo”, chamamos a devida atenção para esse ponto, em particular pelo fato de o Brasil ainda não haver completado seu processo de desestatização.

3 UNIÃO EUROPÉIA: DIRETIVAS SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS

3.1 INTRODUÇÃO

A União Européia, formada por Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Finlândia, Grécia, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Portugal e Suécia, tem como base o Tratado de Roma, firmado em março de 1957.

O tratado não estabeleceu regras específicas sobre compras governamentais, definindo princípios gerais, aplicáveis às contratações governamentais de qualquer valor. Esses princípios consistem, entre outros, na livre circulação de bens e serviços, na liberdade de estabelecimento, na não-discriminação em razão da nacionalidade, e na proibição de restrições quantitativas de importações e exportações ou de medidas com efeitos equivalentes. Com base nesses princípios, não cabe qualquer discriminação na aquisição ou contratação de bens ou serviços, por entidades ou empresas públicas ou privadas, em razão da nacionalidade da empresa fornecedora ou prestadora, ou ainda da origem do bem ou serviço.

Para o estabelecimento de um mercado único de compras governamentais faltava, contudo, a definição de regras comuns que garantissem a abertura dos mercados e o aumento da competição, por meio de maior transparência nos procedimentos adotados nas compras dos governos dos países da Comunidade. Para assegurar às empresas interessadas em participar de contratações governamentais as necessárias informações sobre as normas e procedimentos adotados, de maneira que pudessem preparar suas ofertas em ambiente de máxima transparência, foi necessária a adoção de legislação específica, que tomou a forma de diretivas, determinando a aplicação daqueles princípios gerais aos mercados de compras governamentais.¹⁹

Conforme o artigo 189 do Tratado da Comunidade Européia, “uma Diretiva deve ser cumprida quanto aos resultados a serem alcançados pelos Estados-membros para os quais é dirigida, deixando a cada país a escolha das formas de aplicação e dos métodos a adotar”.²⁰ As diretivas, portanto, não harmonizam todas as normas nacionais. O seu propósito é estabelecer a coordenação dos procedimentos para a adjudicação de contratos, por meio de um conjunto de regras comuns, a serem adotadas a partir de determinado patamar de valor.²¹ Para criar as condições efetivas de aplicação

19. As diretivas adotadas introduziram um conjunto de normas comuns, coordenando as aquisições e contratações governamentais dos países-membros a partir de patamares mínimos de valor, resumidas nos seguintes pontos: i) normas definindo as autoridades contratantes e o escopo dos contratos sujeitos às Diretivas; ii) definição dos procedimentos utilizados nas contratações; iii) normas sobre especificações técnicas, concedendo-se preferência aos padrões adotados pela Comunidade, e proibindo-se exigências técnicas discriminatórias; iv) normas de publicidade, pelas quais os avisos de licitação devem ser publicados no Official Journal of the European Communities, devem atender a requerimentos específicos relativos a períodos de tempo, e serem redigidos conforme modelos preestabelecidos; v) normas comuns de contratação, atendendo a critérios objetivos para seleção qualitativa de fornecedores e para a adjudicação de contratos (o preço mais baixo ou a oferta economicamente mais vantajosa, a critério da autoridade contratante); vi) compromissos relativos à apresentação de relatórios estatísticos, permitindo que a Comissão Européia tenha conhecimento sobre o funcionamento efetivo das normas – ver European Procurement Brochure, seção 3.2. Disponível em: www.simap.eu.int.
20. Ver European Procurement Guidelines – Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts, pg. 7, disponível em: www.simap.eu.int.

21. As considerações iniciais à Diretiva 93/36, que trata das aquisições governamentais de bens, dão indicações sobre a autonomia dos países, mas também ressaltam limites a essa autonomia: “a coordenação deve respeitar, tanto quanto possível, os processos e

das normas comuns, os países devem transpor as provisões determinadas nas diretivas ao seu ordenamento jurídico.²²

As diretivas não fazem distinção entre bens de origem comunitária ou importados, sendo aplicado o princípio do Tratado da Comunidade Européia de livre movimento de bens.²³ São proibidas as restrições quantitativas, ou medidas com efeito equivalente, para bens originados em países-membros e não-membros. Aplicam-se, contudo, restrições de duas naturezas: i) podem ser proibidas ou restringidas as importações ou exportações de bens com base na moral pública, segurança, proteção à saúde, animais e plantas, proteção de bens culturais e históricos e da propriedade comercial e industrial; ii) são aplicadas medidas de restrição a bens domésticos e importados com base em regulamentos técnicos e em normas de qualidade, com objetivos de proteção ao consumidor, ao meio ambiente e à segurança.²⁴

A primeira diretiva adotada no direito comunitário foi a 71/305/EEC, em 1971, aplicando normas comuns para a contratação de obras públicas nos países comunitários. Posteriormente, esse normativo foi emendado pela Diretiva 89/440/EEC.

Para a coordenação dos procedimentos na contratação de bens, o Conselho das Comunidades Européias adotou a Diretiva 77/62/EEC, complementando, com três principais orientações, o princípio de livre movimento de bens: i) ampla publicidade das licitações, para aumentar a competição entre os ofertantes de bens; ii) proibição de especificações técnicas que possam representar discriminações contra potenciais fornecedores externos; e iii) aplicação de critérios objetivos para a seleção de ofertantes e a adjudicação de contratos.²⁵

Decorridos 10 anos, os resultados alcançados indicaram que a diretiva, em razão de lacunas existentes, não conseguiu superar as práticas protecionistas prevalentes nos países da Comunidade. Para superar os entraves à abertura, foi adotada nova diretiva, em 1988 (88/295/EEC), incorporando diversas inovações, como: a definição da abrangência das normas, as condições a serem observadas na divulgação de informações sobre licitações, e maior transparência nos procedimentos e especificações técnicas adotados.

Em junho de 1993, a legislação sobre compras governamentais de bens foi novamente aprimorada, com a aprovação da Diretiva 93/36/EEC, reunindo em um único texto as regras que se encontravam dispersas em diversos instrumentos legislati-

as práticas administrativas em vigor em cada Estado-membro" e que "importa prever os casos excepcionais nos quais as medidas de coordenação dos processos podem não ser aplicados, mas que importa igualmente limitar expressamente esses casos."

22. Não obstante o objetivo de coordenação que as diretivas buscam imprimir, "a implementação das normas freqüentemente não está em linha com o espírito das diretivas, tanto na forma quanto na substância, surgindo problemas de interpretação e de incorporação nas medidas nacionais que implementam as normas", segundo se registra no trabalho European Procurement Brochure, parte 4, citado. Para verificação de outros problemas detectados nas contratações comunitárias, sugere-se consulta ao trabalho no site: www.simap.eu.int – pesquisar em: directives).

23. Havia exigência de conteúdo mínimo comunitário na diretiva 93/38, que trata das contratações governamentais nos setores de utilidades públicas (analisada na seção 3 deste trabalho), cujo artigo 36 previa que uma determinada proposta de contrato de fornecimento podia ser rejeitada quando a proporção dos produtos originários de terceiros países fosse superior a 50 % do valor total dos produtos que compõem essa proposta. Esse dispositivo foi derogado como consequência da entrada em vigor do Acordo de Compras Governamentais da OMC. Ver OMC (28/01/98).

24. Ver European Procurement Guidelines – Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts (seção I) – disponível em: www.simap.eu.int.

25. Ver European Procurement Guidelines – Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts – seção 2.1. Disponível em: www.simap.eu.int.

vos e harmonizando as normas adotadas nas compras de bens às normas das diretivas relativas a contratações de obras públicas e de serviços.

Os setores regidos por concessões públicas tiveram tratamento específico, adotando-se, em 1990, uma diretiva única, coordenando as contratações de bens, serviços e obras pelas empresas que exploram serviços nos setores de água, energia, transportes e telecomunicações (Diretiva 90/531/EEC). Em 1993, foi substituída pela Diretiva 93/38/EEC, que consolidou os procedimentos e normas nas contratações naqueles setores.

As contratações de serviços, por sua vez, foram normatizadas em junho de 1992, com a aprovação da Diretiva 92/50/EEC, que concedeu o prazo até 1º de julho de 1993 para a entrada em vigor das disposições legislativas e administrativas sobre a matéria nos países-membros.

São em número de quatro as diretivas que coordenam os procedimentos nas compras e contratações de bens, serviços e obras públicas e duas diretivas definindo procedimentos para recursos.

- i) **Diretiva 93/36/EEC**: coordena procedimentos nas aquisições de bens (suprimentos públicos).
- ii) **Diretiva 93/37/EEC**: coordena procedimentos nas contratações de obras públicas.
- iii) **Diretiva 92/50/EEC**: coordena procedimentos nas contratações de serviços.
- iv) **Diretiva 93/38/EEC**: coordena procedimentos nas contratações de bens, obras e serviços pelas empresas que operam serviços de utilidade pública (setores de abastecimento de água, energia, transportes e telecomunicações).
- v) **Diretiva 89/665/EEC**: estabelece normas para interposição de recursos nas contratações de bens, obras públicas e serviços.
- vi) **Diretiva 92/13/EEC**: estabelece normas para interposição de recursos nas contratações realizadas pelos setores que exploram serviços de utilidade pública.

Em decorrência da assinatura pela Comunidade Econômica Européia do Acordo de Compras Governamentais da OMC, as três primeiras diretivas citadas foram emendadas pela Diretiva 97/52/EEC, de 1997, e a Diretiva relacionada às contratações nos setores de utilidades públicas foi emendada pela Diretiva 98/4/EC, de 1998 – o Acordo de Compras Governamentais passou a fazer parte integrante do Direito Comunitário a partir da sua entrada em vigor, em 1º de janeiro de 1996.²⁶

O acordo sobre compras governamentais da OMC estendeu os compromissos já existentes nas aquisições de bens no acordo de 1979 do Gatt a outros setores, como obras públicas, serviços, abastecimento de água, transportes urbanos e eletricidade.²⁷ Ao assinar aquele compromisso, a CEE estendeu os direitos para construtores e provedores de serviços estabelecidos em terceiros países signatários (Canadá, Coréia do Sul, Estados Unidos, Israel, Japão, Liechtenstein, Noruega, Cingapura, Suíça e Hong Kong). As emendas às diretivas, levando em consideração os direitos e obrigações do

26. Conforme a Decisão do Conselho nº 94/800/EC, de 22/12/1994, as legislações em nível federal e subcentrais devem adaptar-se aos preceitos do Acordo sobre Compras Governamentais da OMC. Ver OMC (28/01/98).

27. Ver European Procurement Brochure, p. 8 – disponível em: www.simap.eu.int.

acordo, objetivaram dar coerência aos dois instrumentos legais e simplificar a aplicação das regras nas contratações governamentais.²⁸

Uma das emendas consistiu na transposição para as diretivas do patamar a partir do qual vigoram as regras nas compras governamentais do acordo da OMC, no valor de 130.000 Direitos Especiais de Saque – DES, para bens e serviços²⁹, igualando, para as entidades públicas da UE sujeitas àquele acordo, as condições a serem observadas - essas entidades constituem-se de órgãos dos governos centrais que se encontram listados no Anexo I da Diretiva 97/52 (esse anexo substituiu o Anexo I da Diretiva 93/36).

A seguir, encontra-se uma apresentação pormenorizada das diretivas sobre compras governamentais, cabendo salientar que se acha em discussão na União Européia proposta destinada a consolidar as diretivas em um só documento, bem como em se proceder aos aprimoramentos necessários, destinados a consolidar, efetivamente, o mercado único.

3.2 DIRETIVAS RELATIVAS À COORDENAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES DE BENS, OBRAS PÚBLICAS E SERVIÇOS

3.2.1 Cobertura: Bens, Serviços e Entidades

Nesta seção analisa-se de forma conjunta as Diretivas 93/36, 93/37 e 92/50, que estabelecem normas e procedimentos para as contratações de bens, obras públicas e serviços, respectivamente, pelas entidades dos governos federais e subcentrais.

Bens, Obras Públicas e Serviços

Contratações de Bens

Os contratos para a aquisição de bens utilizados pelo setor público têm por objeto a compra, aluguel ou *leasing* de bens, com ou sem opção de compra, podendo incluir as despesas para a eventual instalação dos produtos. As contratações incluem todos os tipos de bens, exceto compras de armas, munições e materiais de guerra pelas entidades da área da defesa.³⁰

Obras Públicas

Os contratos de empreitada de obras públicas têm por objetivo a contratação da execução de obras, ou do projeto e execução das obras conjuntamente, ou da realização, por qualquer meio, de uma obra que satisfaça as necessidades indicadas pela entidade governamental. As obras cobertas referem-se a atividades de construção constantes de

28. Conforme o trabalho "Government Procurement Agreement: Directives on public services, suppliers, works contracts and "excluded" sectors amended", disponível em: www.europa.int/internal_market/en/publproc/gpa/1043.htm

29. Para as contratações de obras públicas, foi adotado o patamar de 5.000.000 DES (sendo o anterior expresso em 5.000.000 de Ecus).

30. Conforme o artigo 3º da Diretiva 93/36, as normas são aplicadas a todos os bens, com exceção dos produtos para os quais se aplica o artigo 223(1) (b) do Tratado da Comunidade Européia, os quais se referem à armas, munições e materiais de guerra: ver European Procurement Guidelines – Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts, seção 2.4 – Disponível em: www.simap.eu.int. Ademais, no âmbito das três diretivas, os contratos públicos são definidos como contratos a título oneroso, celebrados por escrito entre um fornecedor ou um empreiteiro de obras, ou um prestador de serviços e uma entidade adjudicante pública.

lista positiva no Anexo II da Diretiva 93/37,³¹ e ainda à contratação de qualquer obra coberta por definição geral constante do artigo 1º da diretiva, que conceitua obra como “o resultado de um conjunto de trabalhos de construção ou de engenharia civil destinado a preencher, por si mesmo, uma função econômica ou técnica”.

Concessão: a concessão de obras públicas é um contrato que apresenta as mesmas características referidas para obras públicas, com exceção de que a contrapartida das obras consiste no direito de exploração da obra ou nesse direito acompanhado do pagamento de um valor ao governo.³²

Serviços

Os contratos de serviços compreendem duas listas positivas e são enumerados nos Anexos IA e IB da Diretiva 92/50, divididos em duas categorias, segundo o grau de observância dos procedimentos de contratação previstos na diretiva: os serviços listados no primeiro anexo são considerados serviços prioritários, e a contratação deve atender a todos os procedimentos determinados na Diretiva 92/50 – observe-se que são procedimentos semelhantes aos aplicáveis aos contratos de obras públicas e de compras de bens. Já para os serviços listados no segundo anexo é requerida apenas a observação de duas normas: transparência básica, devendo-se enviar para publicação os resultados da adjudicação, e o cumprimento das normas comuns no campo técnico (de acordo com as normas dispostas nos artigos 14 e 16 da Diretiva 92/50, comentadas a seguir).

A lista de serviços constante do Anexo IA compreende: serviços de manutenção e reparos, transportes terrestres e aéreos, serviços de *courier*, transporte de correspondência por terra e ar, serviços de telecomunicações (exceto telefonia de voz, telex, radiotelefonia, *paging* e serviços por satélite), serviços financeiros (exceto serviços financeiros relacionados a seguros e serviços típicos de banco central), processamento de dados, pesquisa e desenvolvimento,³³ contabilidade, auditoria, pesquisa de mercado, serviços de consultoria de administração (exceto serviços de arbitragem e conciliação), arquitetura, engenharia, consultoria técnica e científica, planejamento urbano,

31. São as seguintes as obras de construção e engenharia civil cobertas pelas regras de contratações públicas da UE, relacionadas no anexo II da Diretiva 93/37: construção e engenharia civil, demolição; construção de edifícios e trabalhos de engenharia civil; demolição; construção de edifícios (de habitação e outros); construção civil em geral; construção de coberturas; construção de chaminés, lareiras e fornos; impermeabilizações; renovação e conservação de paredes exteriores; montagem e desmontagem de andaimes; outras atividades especializadas da construção (incluindo estruturas); engenharia civil, construção de estradas, pontes, vias férreas, etc.; trabalhos gerais de engenharia civil; terraplenagem ao ar livre; obras de arte (ao ar livre ou subterrâneas); obras de arte fluviais e marítimas; construção de estradas (incluindo a construção especializada de aeródromos); trabalhos especializados no domínio da água (irrigação, drenagem, adução, redes e tratamento de esgotos); trabalhos especializados em outras atividades da engenharia civil; instalações; trabalhos gerais de instalações; canalizações (instalações de gás, água e equipamento sanitário); instalações de aquecimento e de ventilação (instalação de aquecimento central, ar condicionado, ventilação); isolamento térmico, acústico e antivibrações; instalações elétricas; instalação de antenas, pára-raios, telefones, etc.; acabamentos; acabamentos gerais; estucagem; carpintaria de madeira, principalmente especializada na colocação (incluindo assentamento de tacos de madeira); pinturas e vidros, colagem de papéis de parede; revestimento de pavimentos e paredes (assentamento de ladrilhos, de outros revestimentos e de revestimentos colados); acabamentos diversos (colocação de fogões de sala, etc.)

32. Nas concessões a entidade adjudicante pode: i) exigir que o concessionário de obras públicas confie a terceiros a execução de contratos que representem uma percentagem mínima de 30% do valor global das obras objeto de concessão, prevenindo ainda a possibilidade de os candidatos aumentarem esse valor; ii) ou convidar os próprios candidatos a concessionários a indicar nas suas propostas a eventual percentagem do valor global das obras que são objeto da concessão que tencionem confiar a terceiros. Sempre que o próprio concessionário for uma das entidades adjudicantes, fica obrigado, em relação às obras a executar por terceiros, a respeitar o disposto na diretiva.

33. Em “pesquisa e desenvolvimento” estão excluídos os contratos “diferentes daqueles cujos resultados pertençam exclusivamente à entidade adjudicante para utilização no exercício de sua própria atividade”. Diretiva (92/50).

publicidade, conservação e administração de prédios, limpeza de ruas e coleta de lixo; serviços de análise e testes, saneamento básico e serviços similares.

Os serviços enumerados no anexo IB são os seguintes: hotelaria e restaurante, transportes ferroviários, serviços de transporte de água, transportes auxiliares, serviços jurídicos, seleção profissional de pessoas, investigação e segurança, treinamento educacional e vocacional, serviços de saúde e de assistência social, recreação, cultura e esportes, e outros.

Da mesma forma que a diretiva relativa à contratação de bens, o artigo 4º da Diretiva 92/50 determina que as normas não abrangem as contratações de armas, munições e materiais de guerra.³⁴

Na Diretiva 92/50 estão ainda previstos os **concursos de projetos** (*design contests*), definidos como procedimentos destinados a fornecer à entidade adjudicante, principalmente no que se refere ao ordenamento do território, do planejamento urbano, da arquitetura e da engenharia civil, ou de processamento de dados, um plano ou projeto selecionado por um júri com base em um concurso, com ou sem atribuição de prêmios.

Entidades adjudicantes

São consideradas entidades adjudicantes nas três diretivas: o Estado,³⁵ os órgãos locais ou regionais (conselhos municipais, administrações municipais e regionais), os organismos de direito público ou as associações formadas por um ou mais desses órgãos ou dos organismos de direito público.³⁶ As listas dos organismos de direito público federais, regionais e locais encontram-se Anexo I da Diretiva 93/37/CE,³⁷ envolvendo entidades dos governos federais, regionais e municipais, cuja abrangência varia de país para país, dependendo dos critérios de cada um para a inclusão dos organismos.

O fornecedor, empreiteiro ou o prestador de serviços que apresenta uma proposta é designado proponente e o que solicita um convite para participar de procedimentos de licitação limitados ou por processo de negociação é designado candidato.

O fornecedor pode ser uma pessoa física ou jurídica ou um grupo de fornecedores. Os prestadores de serviços são qualquer pessoa física ou jurídica, incluindo organismos de direito público que ofereçam serviços, porém há previsão de exclusão das normas da diretiva sobre serviços das contratações realizadas com um prestador único, conforme as considerações iniciais constantes da Diretiva 92/50.

34. Ver nota 30.

35. Para efeito de compras governamentais, incluem-se, além dos órgãos componentes da estrutura da administração pública, os organismos que, embora formalmente separados da administração pública, são de fato dela inteiramente dependentes, desempenhando tarefas em seu nome. Ver European Procurement Guidelines – Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts – seção 1.3. Disponível em: www.simap.eu.int.

36. A diretiva esclarece o significado de organismos de direito público como “qualquer organismo: i) criado para satisfazer de um modo específico necessidades de interesse geral, sem caráter industrial ou comercial; ii) dotado de personalidade jurídica, e iii) cuja atividade seja financiada majoritariamente pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público, cuja gestão esteja sujeita a um controle por parte destes últimos ou cujos órgãos de administração, de direção ou de fiscalização sejam compostos, em mais da metade, por membros designados pelo Estado, pelas autarquias locais ou regionais ou por outros organismos de direito público.

37. Os organismos ou são citados nominalmente ou estão incluídos em categorias de órgãos. Citam-se, como exemplos de categorias: universidades, escolas, hospitais, associações de municípios, agências de pesquisa, portos e aeroportos, fundações públicas, entidades públicas encarregadas de atividades nas áreas de esportes, turismo, culturais e de promoção artística e entidades de assistência social.

3.2.2 Modalidades de Licitação

São previstos os três tipos clássicos de procedimentos a serem utilizados pelas autoridades contratantes no processo de seleção das propostas:

- i) **Procedimentos abertos** de contratação, em que qualquer fornecedor, empreiteiro ou prestador de serviços interessado pode apresentar propostas;
- ii) **Procedimentos limitados**, em que só os fornecedores ou empreiteiros ou prestadores de serviços convidados pelas entidades adjudicantes podem participar, oferecendo propostas; e
- iii) **Procedimentos negociados**, em que as entidades adjudicantes consultam fornecedores ou empreiteiros ou prestadores de serviços à sua escolha, negociando as condições do contrato com um ou mais entre eles.

As entidades adjudicantes devem aplicar, como regra geral, procedimentos abertos ou limitados. Na impossibilidade de se recorrer a esses procedimentos, poderão ser utilizados os de negociação, tendo-se como alternativas a publicação prévia de aviso no Jornal Oficial, ou sem a publicação prévia de aviso. Esses procedimentos são comentados a seguir.

Negociações com publicação prévia de aviso

As normas prevêem que as entidades adjudicantes podem recorrer a procedimentos de negociação, com publicação prévia de aviso, quando numa licitação sob procedimentos abertos ou limitados ocorrer a apresentação de **propostas irregulares** (*irregular tenders*), ou **propostas consideradas inaceitáveis** para as normas nacionais que estejam em conformidade com as normas da UE. Para recorrer à negociação, as condições iniciais do contrato sob procedimentos abertos ou limitados não devem ser alteradas de forma substancial.

Na publicação de aviso relativo à contratação pretendida, os candidatos que tomarão parte nas negociações serão selecionados entre aqueles que preenchem as qualificações exigidas no aviso, relativas a informações sobre a situação financeira, profissional, econômica e técnica dos interessados.³⁸ Deve ser concedido prazo não inferior a 37 dias para o recebimento dos pedidos de participação dos interessados, a contar da data de envio do anúncio para publicação. Em casos de urgência, o prazo pode ser reduzido para 15 dias a contar da data de remessa do anúncio.

Se houver modificações substanciais nas condições financeiras do contrato, nas especificações técnicas, nos prazos de entrega, entre outras, os procedimentos abertos ou limitados devem ser reiniciados.³⁹

O número de candidatos admitidos a negociar não pode ser inferior a três. Supõe-se que a publicação prévia de anúncio não será necessária se as autoridades incluírem no

38. As qualificações consistem, em síntese, em: i) exclusão de fornecedores, por falência ou liquidação, por condenação em sentença transitada em julgado, falta de pagamentos à previdência social e de impostos; ii) prova de inscrição num dos registos profissionais ou comerciais ou a apresentação de uma declaração nesse sentido; iii) provas da capacidade financeira e econômica do fornecedor; e iv) prova de capacidade técnica.

39. Ver European Procurement Guidelines – Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts, seção 3.3.1. Disponível em: www.simap.eu.int.

processo por negociação todas as empresas que participaram da licitação sob procedimentos abertos ou limitados e que preencham os critérios de seleção qualitativa exigidos.

Negociações sem publicação prévia de aviso

As entidades podem adjudicar contratos de bens, de obras públicas ou de serviços por meio do processo por negociação, **sem publicação prévia** de anúncio, nos seguintes casos:

- a) na falta de propostas ou de propostas apropriadas em resposta à licitação aberta ou restrita, desde que as condições iniciais do contrato não sejam substancialmente alteradas e que a Comissão Europeia seja informada do fato;
- b) quando se tratar de produtos fabricados apenas para fins de investigação, ensaio, estudo ou desenvolvimento, excluindo-se do âmbito desta disposição a produção em quantidade destinada a determinar a viabilidade comercial dos produtos ou que tenha em vista a amortização dos custos de investigação e desenvolvimento;
- c) em obras cuja execução, por motivos técnicos, artísticos ou relacionados com a proteção de direitos exclusivos, só possa ser confiada a um executor determinado;
- d) quando se tratar de produtos cuja fabricação ou entrega, devido à sua especificidade técnica ou artística, ou por razões relativas à proteção de direitos exclusivos, apenas possam ser confiados a um fornecedor determinado;
- e) na medida do estritamente necessário, quando a urgência imperiosa resultante de acontecimentos imprevisíveis para as entidades adjudicantes em questão não seja compatível com os prazos exigidos pela licitação aberta ou restrita, ou pelo processo por negociação referido; as circunstâncias invocadas para justificar a urgência imperiosa não devem em caso algum ser imputáveis às entidades adjudicantes;
- f) quando se tratar de entregas complementares efetuadas pelo fornecedor inicial e destinadas à substituição parcial de bens fornecidos ou de instalações de uso corrente, ou à ampliação de fornecimentos ou de instalações existentes, desde que a mudança de fornecedor obrigue a entidade adjudicante a adquirir material de técnica diferente que origine uma incompatibilidade ou dificuldades técnicas desproporcionais de utilização e manutenção; a duração desses contratos, bem como a dos contratos renováveis, não pode, em regra, exceder três anos;
- g) em obras ou serviços complementares, não excedente a 50% do montante do contrato principal, que não constem do projeto inicialmente adjudicado nem do primeiro contrato celebrado e que se tenham tornado necessários, em circunstância imprevista, para a execução da obra ou serviço descrito naqueles documentos, desde que sejam atribuídas ao empreiteiro ou ao prestador de serviços que executa a referida obra;
 - quando as obras ou serviços não possam ser técnica ou economicamente separados do contrato principal sem grande inconveniente para as entidades adjudicantes;
 - ou quando as obras, embora separáveis da execução do contrato inicial, sejam estritamente necessárias para a perfeição do contrato;

- h) em obras novas que consistam na repetição de obras ou serviços similares confiados à empresa adjudicatária de um primeiro contrato, pelas mesmas entidades adjudicantes, desde que eles estejam em conformidade com um projeto de base e que esse projeto tenha sido objeto de um primeiro contrato celebrado por procedimentos abertos ou sob procedimentos limitados;
- i) em casos excepcionais, quando a natureza dos serviços ou as contingências a eles inerentes não permitam uma fixação prévia e global do preço;
- j) nos casos em que a natureza dos serviços a prestar, nomeadamente no caso de serviços de caráter intelectual e dos serviços incluídos na categoria 6 do anexo I A, seja de molde a não permitir o estabelecimento das especificações do contrato com uma precisão suficiente para que seja possível adjudicá-lo por meio da seleção da melhor proposta, de acordo com as regras que regem os processos de negociações abertas ou limitadas.

3.2.3 Limites de Valor para Aplicação das Normas Comunitárias

Os limites ou patamares de valor estão expressos nas diretivas em Ecus ou em DES, antes da aplicação do imposto sobre valor adicionado – IVA. A partir de 01 de janeiro de 2002, com a passagem da moeda para Euro, com paridade igual a 1, os limites em Ecus podem ser expressos naquela moeda, segundo informe da Comissão Européia.

Compras de Bens: Diretiva 93/36

As normas da Diretiva 93/36 são aplicáveis a todos os bens, segundo dois patamares de valor:

- i) 200.000 DES, válido para todas as entidades contratantes, exceto os órgãos dos governos centrais listados no Anexo I da Diretiva 97/52⁴⁰ e para as autoridades centrais na área da defesa, relativos a produtos não incluídos no Anexo II da Diretiva 93/36;⁴¹
- ii) 130.000 DES, válido para as entidades dos governos centrais listadas no Anexo I da Diretiva 97/52; no caso das entidades da área da defesa dos governos centrais, esse patamar somente é válido para as contratações relativas aos bens constantes do Anexo II da Diretiva 93/36.⁴²

As normas da Diretiva 93/36 são ainda aplicáveis aos contratos públicos de aquisições de bens que as autoridades adjudicantes tencionam celebrar durante os 12 meses seguintes, cujo valor total estimado seja igual ou superior a 750.000 Ecus/Euros, e que darão a conhecer por meio de anúncio indicativo, após o início do respectivo exercício orçamentário.

40. O Anexo I da Diretiva 97/52 substituiu o Anexo I da Diretiva 93/36, que continha a lista original de entidades dos governos centrais sujeitas ao Acordo de Compras Governamentais do Gatt de 1979.

41. Ver inciso II, parágrafo 1º, artigo 5º da Diretiva 93/36; European Procurement Guidelines – Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts – seção 2.1. Disponível em: www.simap.eu.int.

42. A lista de bens autorizada para os órgãos da área da defesa não foi modificada com a assinatura do acordo da OMC, permanecendo a mesma lista válida para o acordo anterior no âmbito do Gatt, do qual a UE já era signatária.

O limite para obras públicas a partir do qual os países-membros devem atender às normas comunitárias é de 5.000.000 DES, devendo ser levado em consideração nesse montante o valor dos bens necessários à execução das obras.

Há regra especial no caso de contratos subsidiados de obras públicas ou serviços, em que o patamar a ser observado é de 5.000.000 de Ecus/Euros. O parágrafo 1º do artigo 2º da Diretiva 93/37 determina que os Estados-membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que as autoridades contratantes cumpram as normas da diretiva no caso de subsidiarem diretamente em mais de 50% os contratos de obras públicas adjudicadas por entidade outra que não as próprias autoridades. Essa regra se aplica somente aos contratos relativos à construção de hospitais, instalações esportivas, recreativas e para leitura, escolas, universidades e prédios para a administração pública, e aos contratos da classe 50, grupo 502 da Nomenclatura Geral das Atividades Econômicas nas Comunidades Européias (Nace). Na diretiva sobre serviços, as mesmas orientações anteriores se aplicam nas contratações de valor não inferior a 200 mil Ecus/Euros, adjudicados em conexão com contratos de construção subsidiados.⁴³

Serviços: Diretiva 92/50

A Diretiva 92/50 aplica-se às contratações de serviços designados em listas positivas, subdivididos em serviços prioritários (Anexo IA) e demais serviços (Anexo IB), conforme três patamares de valor, expressos em Ecus e DES, calculados antes da aplicação do IVA:

1 – 200.000 Ecus/Euros, para contratos públicos de serviços adjudicados por todas as entidades públicas, sejam centrais ou subcentrais:

Serviços cobertos

- i) Hotelaria e restaurante, transportes ferroviários, abastecimento de água, serviços de transporte auxiliares, serviços jurídicos, serviços de colocação de pessoas, investigação e segurança, serviços de ensino formal e vocacional, serviços de saúde e de assistência social, recreação, cultura e esportes, e outros (serviços incluídos no Anexo I B da Diretiva 92/50);
- ii) serviços de pesquisa e desenvolvimento (incluídos no Anexo I A);
- iii) serviços de telecomunicações (incluídos no Anexo IA);⁴⁴

2 - 130.000 DES, para as entidades dos governos centrais listadas no Anexo I da Diretiva 97/52, e 200.000 DES às entidades públicas que não se encontram listadas no Anexo I da Diretiva 97/52.

43. Conforme a Diretiva 92/50, "Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para garantir que as entidades adjudicantes respeitem ou façam respeitar o disposto na presente diretiva sempre que subsidiem diretamente, em mais de 50 %, um contrato de serviços celebrado por uma entidade exterior e relacionado com um contrato de empreitada de obras".

44. Exceto transmissão de voz, telex, radiotelefonia, paging e serviços de satélite (nota 2 do Anexo IA).

Manutenção e reparos, transportes terrestres e aéreos, serviços de *courier*, correios, serviços de telecomunicações (exceto telefonia de voz, telex, radiotelefoneia, *paging* e serviços por satélite), serviços financeiros, exceto os relacionados a seguros e serviços de banco central, computação, pesquisa e desenvolvimento, contabilidade, auditoria, pesquisa de mercado, serviços de consultoria de gerência e administração, arquitetura, engenharia, planejamento urbano, publicidade, conservação e administração de prédios, esgotamento sanitário e coleta de lixo, serviços de análise e testes, saneamento básico e similares (esta lista representa os serviços enumerados no Anexo IA da Diretiva 92/50, excluídos os citados no item 1).

Conforme se observa, para serviços prioritários (Anexo IA), com exceção de serviços de pesquisa e desenvolvimento e telecomunicações, é adotado o patamar específico de 130.000 DES no caso de contratações das entidades dos governos centrais listadas no Anexo I da Diretiva 97/52, sujeitas ao acordo da OMC sobre compras governamentais. Para as demais entidades (não centrais), deve ser atendido o patamar de 200.000 DES. Conforme se comentou na introdução deste capítulo, o patamar de 130.000 DES refere-se ao valor acordado para as compras governamentais no contexto da OMC, implicando que as licitações das entidades dos governos centrais abram-se, no contexto das licitações realizadas sob as normas das diretivas, a um patamar de valor menor que o adotado para as demais entidades, que são de 200.000 Ecus e 200.000 DES.

O contravalor em Ecus e em moedas nacionais dos limites fixados será revisto a cada dois anos, a partir de 1º de janeiro de 1996. Os limites referidos e seus contravalores expressos em Ecus e em moedas nacionais serão publicados periodicamente no Jornal Oficial das Comunidades Europeias no início do mês de novembro imediatamente posterior à revisão referida.

3.2.4 Não Aplicabilidade das Diretivas

As diretivas 93/36, 93/37 e 92/50 não se aplicam:

- i) às áreas cobertas pela Diretiva 93/38/EEC, que coordena os procedimentos de contratações das empresas concessionárias de serviços de utilidade pública (água, energia, transportes e telecomunicações);⁴⁵

45. As áreas relacionadas referem-se às mencionadas nos artigos 2º, 7º, 8º e 9º e parágrafo 2º do artigo 6º da Diretiva 90/531/CEE, substituída pela Diretiva 93/38/CEE, que coordena os procedimentos de contratações em serviços de utilidades públicas. Ver European Procurement Guideline, p. 16, disponível em: <http://simap.eu.int>). São as seguintes as atividades não cobertas pelas diretivas de aquisições de bens, obras públicas e serviços: i) fornecimento ou operação de redes fixas destinadas a fornecer serviços ao público relativos à produção, transporte ou distribuição de água, eletricidade, gás ou aquecimento; ii) fornecimento de água, eletricidade, gás ou aquecimento às redes citadas; iii) exploração de petróleo, gás, carvão ou outros combustíveis sólidos; iii) aeroportos, portos marítimos ou interiores, ou outros terminais de transporte para o transporte aéreo, marítimo ou em águas interiores; iv) operação de redes de serviços públicos nas áreas de transporte por vias férreas, sistemas automáticos, troleibus, ônibus ou cabo; v) fornecimento ou operação de redes de telecomunicações públicas ou de um ou mais serviços de telecomunicações públicas; vi) contratações ou concursos adjudicados ou organizados pelas entidades que exercem as atividades citadas anteriormente, relativos a projetos de engenharia hidráulica, irrigação ou drenagem de terras (desde que o volume de água potável represente mais que 20 % do volume total de água tornada disponível por esses projetos), remoção ou tratamento de lixo.

- ii) aos contratos que sejam declarados secretos ou cuja execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança, nos termos das disposições legislativas, regulamentares e administrativas em vigor no Estado-membro em causa, ou quando a proteção dos interesses essenciais da segurança desse Estado assim o exigir;
- iii) aos contratos públicos regidos por regras processuais diferentes e celebrados por força:
 - a) de um acordo internacional celebrado nos termos do Tratado da Comunidade Européia, entre um Estado-membro e um ou vários terceiros países (não-membros) e cobrindo bens destinados à realização ou à exploração em comum de projetos pelos Estados signatários;
 - b) de um acordo internacional relativo ao estacionamento de tropas;
 - c) que se relaciona a procedimentos específicos de uma organização internacional.

3.2.5 Regras Comuns de Publicidade e Prazos para Participação

Com o objetivo de tornar transparentes os procedimentos utilizados, as diretivas estabelecem diversas regras de publicidade nas licitações, a serem observadas em três fases do processo de contratações: informação prévia sobre as aquisições programadas, publicação de aviso de licitação e publicação de informação sobre as contratações adjudicadas.

Informação Prévia

As diretivas relativas à aquisição de bens e serviços requerem que no início do exercício orçamentário as entidades adjudicantes publiquem **anúncio indicativo**, por grupos de produtos ou em relação a cada categoria de serviços constantes do Anexo IA, indicando a totalidade dos contratos que tencionam realizar durante os 12 meses seguintes, cujo valor total estimado seja igual ou superior a 750.000 Ecus.

Para obras públicas, as entidades adjudicantes devem também publicar anúncio indicativo, discorrendo sobre as características essenciais dos contratos de empreitada de obras que tencionem celebrar (não há indicação do período prospectivo) e cujo valor seja igual ou superior a 5.000.000 de Direitos Especiais de Saque.

Os anúncios deverão ser publicados por extenso no Jornal Oficial das Comunidades Européias e no banco de dados TED (*Tenders Electronic Daily*), nas línguas oficiais da UE, apenas fazendo fé o texto na língua original.

Publicação de Aviso de Licitação

Nas licitações para aquisições de bens, construção de obras ou concessão de obras públicas, contratações de serviços ou concursos de projetos, sob procedimentos abertos, limitados ou por negociação, deverá ser publicado anúncio por extenso no Jornal Oficial das Comunidades Européias e no banco de dados TED, nas respectivas línguas originais, de acordo com modelos anexos às respectivas diretivas. Um resumo dos elementos mais importantes de cada anúncio será publicado nas outras línguas oficiais da UE, apenas fazendo fé o texto da língua original. Quando, nos anúncios, as autoridades pedirem in-

formações de caráter econômico e técnico aos interessados, não podem ser exigidos quaisquer outros elementos de referência além daqueles especificados nas diretivas.

Nas concessões de obras, as regras de publicidade são aplicáveis aos contratos de valor estimado igual ou superior a 5.000.000 Ecus.

Desde que tenham sido solicitados em tempo hábil, os editais de licitação e os documentos complementares devem ser enviados aos fornecedores pelas entidades adjudicantes ou pelos serviços competentes no prazo de seis dias a contar da data de recebimento do pedido.

A publicação dos anúncios nos jornais oficiais ou na imprensa do país da entidade adjudicante não deve ser efetuada antes da data de envio para o Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, cuja data tem de ser mencionada no próprio anúncio, e não devem conter outras informações além das publicadas no Jornal Oficial das Comunidades Europeias.

O Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias publicará os anúncios o mais tardar 12 dias após a data do respectivo envio. No caso do processo acelerado de licitação, este prazo é reduzido para cinco dias.

As diretivas de bens, obras públicas e serviços requerem que, no prazo de 15 dias, a contar da data de recebimento do respectivo pedido escrito, a entidade adjudicante deve comunicar aos candidatos ou proponentes não aceitos os motivos da recusa das suas candidaturas ou propostas e, aos proponentes que tiverem apresentado uma proposta admissível, as características e vantagens relativas da proposta selecionada, bem como o nome do adjudicatário.

No entanto, as entidades adjudicantes podem decidir que certas informações relativas à adjudicação do contrato sejam retidas, caso a divulgação de tais informações possa obstar a aplicação da lei, ser contrária ao interesse público, lesar os interesses comerciais legítimos de empresas públicas ou privadas, ou prejudicar a concorrência leal entre fornecedores.

Publicação de Informação sobre os Contratos Adjudicados

A adjudicação de um contrato de bens, de obras públicas ou de serviços será dada a conhecimento público por meio de anúncio, no mais tardar **48 dias após a data de adjudicação do contrato**, contendo informações sobre como os contratos foram adjudicados. Serão informados os critérios de adjudicação, o número de ofertas recebidas, os preços pagos e o nome do ofertante vencedor.⁴⁶

Prazos para Recebimento dos Pedidos de Participação e das Propostas

Nas licitações sob procedimentos abertos, o prazo dado aos interessados para a entrega das **propostas** não pode ser inferior a 52 dias a contar da data de envio do anúncio. Esse prazo pode ser reduzido, em regra geral, para 36 dias, ou no mínimo para 22 dias, se as entidades adjudicantes tiverem enviado o anúncio indicativo preliminar.

46. O anúncio somente não ocorrerá, se a divulgação das informações impedir a aplicação da lei, for contrária ao interesse público, prejudicar os legítimos interesses comerciais de empresas privadas ou prejudicar a concorrência justa entre fornecedores.

Nas licitações com procedimentos limitados, o prazo de recebimento das propostas não pode ser inferior a 40 dias a contar da data de envio do convite escrito, que poderá ser reduzido para 26 dias se as entidades adjudicantes tiverem enviado o anúncio indicativo preliminar. Em caso de urgência, o prazo pode ser reduzido para 10 dias a contar da data do convite para a apresentação de propostas.

Nas licitações com procedimentos limitados e nas licitações por negociação, o prazo para o recebimento dos **pedidos de participação** dos interessados não poder ser inferior a 37 dias a contar da data de envio do anúncio para publicação.⁴⁷ Em casos de urgência, o prazo pode ser reduzido para 15 dias a contar da data de envio do anúncio.

As entidades adjudicantes que pretendam recorrer à concessão de obras públicas fixarão um prazo para a apresentação das candidaturas à concessão, que não pode ser inferior a 52 dias a partir da data de envio do anúncio.

Nos contratos de empreitada de obras celebrados pelos concessionários de obras públicas que não sejam entidades adjudicantes, os concessionários fixarão o prazo de recebimento dos pedidos de participação, que não pode ser inferior a 37 dias a contar da data de envio do anúncio, e o prazo de recebimento das propostas, que não pode ser inferior a 40 dias a partir da data de envio do anúncio ou do convite para apresentação de propostas.

3.2.6 Valoração dos Contratos

Normas para valoração dos contratos de bens

Para contratos de fornecimento de bens, a serem adquiridos por *leasing* ou aluguel, deve ser tomado como base para o cálculo do valor estimado do contrato:

- se os contratos forem de duração fixa, igual ou inferior a 12 meses, o valor total estimado do contrato em relação ao seu período de vigência ou, se a duração do contrato for superior a 12 meses, o valor total incluindo o montante estimado do valor residual;
- para contratos de duração indeterminada, ou se não for possível determinar a sua duração, o valor mensal multiplicado por 48.

No caso de contratos de bens com caráter regular ou que devam ser renovados no decurso de um determinado período, deve ser tomado como base para o cálculo do valor estimado do contrato:

- ou o valor real global dos contratos sucessivos semelhantes celebrados durante os 12 meses anteriores ou durante o exercício anterior, corrigido, se for o caso,

47. As entidades adjudicantes convidarão simultaneamente, e por escrito, os candidatos selecionados a apresentar as suas propostas. A carta convite será acompanhada do edital de licitação e dos documentos complementares e incluirá, pelo menos:

a) o endereço onde podem ser pedidos o edital de licitação e os documentos complementares; a data limite de apresentação desse pedido; e o montante e as modalidades de pagamento da quantia que deve eventualmente ser paga para obtenção desses documentos; b) a data limite de recebimento das propostas, o endereço para o qual devem ser enviadas e o(s) idioma(s) em que devem ser redigidas; c) uma referência ao anúncio publicado; d) a indicação dos documentos que devem ser anexados; e e) os critérios de adjudicação do contrato, caso não constem do anúncio.

para atender às alterações de quantidade ou de valor suscetíveis de ocorrerem nos 12 meses seguintes à celebração do contrato inicial;

- ou o valor global estimado dos contratos sucessivos celebrados durante os 12 meses seguintes à primeira entrega ou durante o exercício, se este tiver duração superior a 12 meses.

Sempre que uma compra prevista de bens do mesmo tipo ou de serviços possa ocasionar a adjudicação simultânea de contratos por lotes separados, deve ser tomado o valor estimado da totalidade desses lotes, para se avaliar se o valor se encontra acima do patamar previsto para aplicação das normas.

Os métodos de avaliação não podem ser utilizados com a intenção de evitar a aplicação das normas das diretivas, da mesma maneira que nenhum projeto de compra de uma determinada quantidade de fornecimento ou contratação de obra ou serviço deve ser fracionado com tal intenção.

Normas para valoração dos contratos de serviços

Para efeito do cálculo do valor estipulado de um contrato, a entidade adjudicante deve incluir a remuneração total estimada do prestador de serviços, tendo em conta as seguintes disposições:

- a seleção do método de avaliação não pode ser efetuada com o objetivo de elidir a aplicação do disposto na diretiva; de igual modo, nenhum projeto de compra de um determinado volume de serviços pode ser dividido a fim de evitar a aplicação do disposto nas normas;
- com relação aos serviços de seguros, será incluído o prêmio a pagar; com relação aos serviços bancários e outros serviços financeiros, serão incluídos os honorários, comissões e juros e demais tipos de remunerações;
- com relação aos contratos que envolvam concurso de projetos, incluem-se os honorários ou comissão devidas;
- sempre que os serviços forem subdivididos em vários lotes, sendo cada um deles objeto de um contrato, o valor de cada lote deve ser levado em conta para efeitos do cálculo do montante total; e
- sempre que o valor dos lotes for igual ou ultrapasse 200.000 Ecus, as normas são aplicáveis a todos eles. As entidades adjudicantes são autorizadas a não aplicar as disposições relativas aos limites definidos para a aplicação das normas em relação aos lotes cujo valor estimado, antes da incidência do IVA, seja inferior a 80.000 Ecus, desde que o valor total estipulado do conjunto dos lotes isentos não exceda, em consequência disso, 20 % do valor total estimado de todos os lotes.

Se os contratos não especificarem um preço total, deve ser tomado como base para o cálculo do seu valor estimado:

- no caso de contratos de duração fixa, igual ou inferior a 48 meses, o valor total do contrato em relação ao seu período de vigência;
- no caso de contratos de duração indeterminada, ou superior a 48 meses, o valor mensal multiplicado por 48.

Quando for o caso de contratos com caráter regular ou que devam ser renovados no decurso de um determinado período, deve ser tomado como base para o cálculo do valor do contrato:

- o valor global de contratos semelhantes, para a mesma categoria de serviços, celebrados durante o exercício fiscal ou nos 12 meses anteriores, corrigido, se for o caso, para atender às alterações de quantidade ou de valor suscetíveis de ocorrerem nos 12 meses seguintes ao contrato inicial;
- ou o valor real global estimado dos contratos durante os 12 meses seguintes à primeira prestação do serviço, ou durante o período de vigência do contrato se este for superior a 12 meses.

Sempre que um contrato puder prever expressamente opções, deve ser tomado como base para o cálculo do valor do contrato o total máximo possível, incluindo o recurso às opções.

Normas para valoração dos contratos de obras

O cálculo do valor a partir do qual se aplicam as normas comunitárias leva em consideração o valor total das obras e o valor dos fornecimentos de bens necessários à sua execução e postos à disposição do executor pelas entidades adjudicantes.

Quando uma obra se encontrar dividida em vários lotes, sendo cada um deles objeto de um contrato, o valor de cada lote deve ser considerado para se avaliar se é alcançado o montante de 5.000.000 DES. Quando o valor cumulativo dos lotes for igual ou superior a esse montante, as normas se aplicam a todos os lotes. Todavia, as entidades adjudicantes podem derrogar a aplicação das normas em relação a lotes cujo valor seja inferior a 1.000.000 ECUS, desde que o montante cumulativo desses lotes não exceda 20% do valor cumulativo de todos eles.

3.2.7 Regras Comuns no Campo Técnico

As regras técnicas utilizadas pelos países do bloco nas contratações foram adaptadas às políticas comunitárias determinadas pelas diretivas. Sem prejuízo das regras técnicas nacionais obrigatórias, desde que sejam compatíveis com o direito comunitário, as especificações técnicas que devem constar dos documentos gerais ou dos documentos relativos a cada contrato deverão ter como referência as normas nacionais que transponham as europeias, as homologações técnicas europeias ou as especificações técnicas comuns, conforme definidas nos anexos das diretivas.⁴⁸

Não obstante, está prevista nas diretivas a possibilidade de qualquer entidade adjudicante não aplicar as determinações citadas, nas seguintes situações:

- a) as normas, as homologações técnicas europeias ou as especificações técnicas comuns não incluam qualquer disposição relativa à verificação de conformidade, ou se não existirem meios técnicos que permitam determinar, de modo

48. As especificações encontram-se definidas no Anexo III das Diretivas 93/36 e 93/37, e Anexo II da Diretiva 92/50, apresentando as conceituações utilizadas nas contratações, ou seja, conceituações de especificações técnicas, de norma, norma europeia, homologação técnica europeia e especificação técnica comum.

satisfatório, a conformidade de um produto com essas normas, com essas condições de homologação ou com essas especificações técnicas comuns;

- b) a aplicação daquelas determinações contrariar a aplicação da Diretiva 86/361/CEE do Conselho, de 24 de Julho de 1986, relativa à primeira etapa de reconhecimento mútuo das aprovações de equipamentos terminais de telecomunicações, ou da Decisão 87/95/CEE do Conselho, de 22 de dezembro de 1986, relativa à normalização no domínio das tecnologias da informação e das telecomunicações, ou de outros instrumentos comunitários no domínio de serviços ou produtos específicos;
- c) se essas normas, condições de homologação técnica europeia ou especificações técnicas comuns obrigarem a entidade adjudicante a adquirir fornecimentos incompatíveis com instalações já utilizadas, ou acarretarem custos ou dificuldades técnicas desproporcionais, mas unicamente como parte de uma estratégia claramente definida e estabelecida tendo em vista a transição, num prazo determinado, para normas europeias, condições de homologação técnica europeia ou especificações técnicas comuns; e
- d) se o projeto em causa for verdadeiramente inovador e não for adequado o recurso a normas europeias, a condições de homologação técnica europeias ou a especificações técnicas comuns existentes.

As entidades adjudicantes que decidam derrogar a aplicação daquelas determinações devem indicar, sempre que possível, no anúncio publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias ou no edital de licitações, as razões que determinam esse recurso, devendo, em todos os casos, indicar as referidas razões na sua documentação interna e fornecer essa informação, a pedido, aos Estados-membros e à Comissão Europeia.

Na falta de normas europeias, de condições de homologação técnica europeia ou de especificações técnicas comuns, as especificações técnicas:

- a) devem ser definidas referenciadas às especificações técnicas nacionais que são reconhecidas por estarem em conformidade com as exigências essenciais enunciadas nas diretivas comunitárias relativas à harmonização técnica, nos termos dos procedimentos nelas previstos e, em especial, nos termos dos procedimentos previstos na Diretiva 89/106/CEE do Conselho;
- b) podem ser referenciadas às especificações técnicas nacionais em matéria de projeto, de cálculo e de realização de obras e de utilização dos produtos;
- c) podem ser definidas em relação a outros documentos; nesse caso, convém que se tome por referência, por ordem de prioridade:
 - i) as normas nacionais que transponham normas internacionais aceitas pelo país da entidade adjudicante;
 - ii) as outras normas e condições internas de homologação técnica do país da entidade adjudicante; e
 - iii) qualquer outra norma.

A menos que tais especificações sejam justificadas pelo objeto do contrato, os Estados-membros devem proibir a introdução, nas cláusulas contratuais relativas a um contrato determinado, de especificações técnicas que mencionem produtos de fabri-

ção ou proveniência determinados, ou de processos particulares que tenham por efeito favorecer ou eliminar certas empresas ou determinados produtos. É proibida a indicação de marcas, de patentes ou de tipos, ou de uma origem ou produção determinadas. No entanto, se tal indicação estiver acompanhada da menção “ou equivalente”, é autorizada quando as entidades adjudicantes não tenham a possibilidade de fornecer uma descrição do objeto do contrato por meio de especificações suficientemente precisas e inteligíveis por todos os interessados.

3.2.8 Critérios de Avaliação das Propostas

Os bens, obras públicas e serviços podem ser selecionados com base em dois critérios de avaliação:

- a) considerar unicamente o preço mais baixo; e
- b) considerar a proposta economicamente mais vantajosa, em que podem ser observados vários critérios, que variam conforme o contrato em questão: o preço, o prazo da entrega, o custo de utilização, a rentabilidade, a qualidade, o caráter estético e funcional, o valor técnico, o serviço após venda e a assistência técnica. Esses critérios serão indicados no anúncio da licitação, se possível, por ordem decrescente da importância que lhes é atribuída.⁴⁹

As propostas serão apresentadas por escrito, diretamente ou pelo correio, mas podem ser apresentadas por outros meios, desde que fique assegurada a sua confidencialidade.

Quando o critério de adjudicação do contrato for a proposta economicamente mais vantajosa, as autoridades podem levar em conta as “variantes” apresentadas pelos proponentes, desde que satisfaçam os requisitos mínimos estabelecidos pelas entidades adjudicantes, indicadas no edital de licitação. Se não for prevista a aceitação de variantes, estas entidades farão menção desse fato no anúncio de licitação.

As entidades adjudicantes não podem recusar a apresentação de uma proposta com variações, pelo simples fato de ter sido elaborada de acordo com especificações técnicas cuja definição tenha por referência normas nacionais que transponham normas europeias, ou a condições de homologação técnica europeias, a especificações técnicas comuns ou ainda a especificações técnicas nacionais aplicadas na falta de normas europeias, conforme referidas na seção anterior sobre regras comuns no domínio técnico.

Devem ser verificadas pelas entidades adjudicantes as qualificações dos fornecedores com relação aos critérios de capacidade econômica, financeira e técnica, definidos nos artigos próprios de cada diretiva.⁵⁰

Se, relativamente a um determinado contrato, as propostas forem anormalmente de baixo valor, a entidade adjudicante solicitará por escrito, antes de rejeitá-las, esclarecimentos sobre os elementos constitutivos da proposta que considere relevante e

49. Os critérios não são aplicáveis quando um Estado-membro se basear noutros critérios para a adjudicação dos contratos, no âmbito de uma regulamentação em vigor no momento da adoção da Diretiva 93/37 e que tenha em vista dar preferência a certos proponentes, desde que a regulamentação invocada seja compatível com o Tratado.

50. As qualificações se referem a: i) situação legal em relação a estado de falência, de liquidação, de cessação de atividade; condenação por sentença transitada em julgado; ii) cometimento de falta grave em matéria profissional; iii) cumprimento das obrigações de pagamento de impostos; iv) provas de capacidade financeira e econômica; v) provas de capacidade técnica.

verificará esses elementos tendo em conta as explicações recebidas. A entidade adjudicante pode tomar em consideração explicações que se justifiquem por motivos objetivos, incluindo a economia do processo de fabricação, as soluções técnicas escolhidas, as condições excepcionalmente favoráveis de que o proponente dispõe para o fornecimento dos produtos ou a originalidade do projeto.

Caso os documentos possam prever a adjudicação do contrato pelo preço mais baixo, a entidade adjudicante deve comunicar à Comissão a rejeição das propostas consideradas de valor muito baixo.

As associações de fornecedores, empreiteiros ou de prestadores de serviços são autorizadas a apresentar propostas. Não se pode exigir que tais agrupamentos adotem uma forma jurídica determinada para efeitos de apresentação da proposta, mas o agrupamento selecionado pode ser obrigado a adotar essa forma jurídica, quando necessário, para a boa execução do contrato que lhe for atribuído.

Nas licitações com procedimentos limitados ou nos processos por negociação, as entidades adjudicantes selecionarão o candidato convidado a apresentar uma proposta ou a negociar, entre os que preencham as qualificações requeridas, com base nas informações relativas à situação dos fornecedores, empreiteiros ou prestadores de serviços e nas informações e formalidades necessárias à avaliação das condições mínimas de natureza econômica e técnica que devem preencher.

Neste tipo de licitação, as entidades adjudicantes podem determinar o número de empresas que tencionam convidar, a ser indicado no anúncio da licitação. O número de empresas será determinado em função da natureza dos bens a adquirir, não podendo ser menor do que cinco ou superior a vinte.

Os Estados-membros assegurarão que as entidades adjudicantes convidem, sem discriminação, os fornecedores, os empreiteiros e os fornecedores de serviços dos outros Estados-membros que possuam as qualificações requeridas, nas mesmas condições aplicáveis aos seus nacionais.

3.2.9 Regras de Adjudicação para Concursos de Projetos

O acesso à participação nos concursos não pode ser restringido:

- i) ao território ou a uma parte do território de um Estado-membro; ou
- ii) pelo fato de os participantes terem obrigatoriamente de ser pessoas físicas ou jurídicas, por força da legislação do Estado-membro onde é organizado o concurso para os trabalhos de projeto.

Sempre que o número de participantes for limitado, as entidades adjudicantes definirão critérios de seleção claros e não-discriminatórios. O número dos candidatos convidados a participar deve contemplar a necessidade de se assegurar uma concorrência efetiva.

O júri será composto unicamente de pessoas físicas que sejam alheias aos participantes no concurso. Quando se exigir uma habilitação profissional específica aos participantes, pelo menos um terço dos membros do júri deve possuir as mesmas habilitações ou habilitações equivalentes.

Além disso, o júri deve ter autonomia de decisão ou de parecer. As suas decisões ou pareceres devem ser tomados relativamente a projetos apresentados de forma anônima e aplicando unicamente os critérios indicados no anúncio relativo ao concurso.

3.2.10 Critérios de Seleção Qualitativa de Fornecedores, Empreiteiros e Prestadores de Serviços

Os critérios de seleção qualitativa dos fornecedores incluem informações sobre a situação jurídica, profissional, financeira, econômica, fiscal e capacidade técnica, conforme é relatado a seguir.

Situação pessoal do fornecedor, empreiteiro ou prestador de serviços

As normas das diretivas prevêm que podem ser excluídos da participação os fornecedores, empreiteiros e os prestadores de serviços que:

- a) se encontrem em situação de falência, de liquidação, de cessação de atividade, sujeitos a qualquer meio preventivo de liquidação de patrimônios ou em qualquer situação análoga resultante de processo da mesma natureza nos termos da legislação e regulamentação nacionais;
- b) sejam objeto de processo de declaração de falência, de liquidação, de qualquer meio preventivo de liquidação de patrimônios ou de qualquer outro processo da mesma natureza nos termos da legislação e regulamentação nacionais;
- c) tenham sido condenados por sentença transitada em julgado por qualquer delito que afete a sua honorabilidade profissional;
- d) tenham cometido uma falta grave em matéria profissional, comprovada por qualquer meio que as entidades adjudicantes possam apresentar;
- e) não tenham cumprido as suas obrigações no que diz respeito ao pagamento das contribuições para a seguridade social em conformidade com as disposições legais do país onde se encontram estabelecidos ou as disposições do país da entidade adjudicante;
- f) não tenham cumprido as suas obrigações quanto ao pagamento de impostos, em conformidade com as disposições legais do país onde se encontram estabelecidos ou as do país da entidade adjudicante; ou
- g) tenham incorrido, com culpa grave, em falsas declarações ao prestar as informações que possam ser exigidas.

Sempre que a entidade adjudicante solicite ao fornecedor prova de que nenhum dos casos referidos nas alíneas “a”, “b”, “c”, “e” ou “f” anteriores se lhe aplica, aceitará como prova:

- relativamente aos casos previstos nas alíneas “a”, “b” e “c”, a apresentação de certificado do registo criminal ou, na sua falta, de documento equivalente emitido pela autoridade judicial ou administrativa competente do país de origem ou de proveniência e que mostre que aqueles requisitos se encontram satisfeitos; ou

- relativamente aos casos previstos nas alíneas “e” e “f”, certificado emitido pela autoridade competente do Estado-membro em causa.

Se o país em questão não emitir os documentos ou certificados referidos, ou se estes não se referirem a todos os casos mencionados nas alíneas “a”, “b” ou “c”, podem os mesmos ser substituídos por uma declaração sob juramento ou, nos Estados-membros onde não exista tal tipo de declaração, por declaração solene feita pelo interessado perante a competente autoridade judicial ou administrativa, um notário ou um organismo profissional qualificado do país de origem ou de proveniência.

Os Estados-membros designarão as autoridades e organismos competentes para a emissão dos documentos, certificados ou declarações referidos, informando imediatamente aos demais Estados-membros e à Comissão.

A qualquer fornecedor, empreiteiro ou prestador de serviços que pretenda participar de contrato de fornecimento de bens, contrato de prestação de serviços ou de empreitada de obras públicas pode ser solicitada, nos termos previstos na legislação dos Estados-membros onde se encontra estabelecido, prova da sua inscrição num dos registos profissionais ou comerciais ou a apresentação de uma declaração, feita sob juramento, ou de um certificado, nas entidades que se encontram nomeadas nas respectivas diretivas.

Prova da capacidade financeira e económica

Como regra geral, a prova da capacidade financeira e económica do proponente pode ser feita por um ou mais dos elementos seguintes:

- a) declarações bancárias adequadas;
- b) apresentação dos balanços da empresa ou de extratos desses balanços, sempre que a legislação do país onde o proponente está estabelecido exigir a publicação destes; e
- c) declaração relativa ao volume de negócios global da empresa e ao seu volume de negócios relacionado ao fornecimento, empreitadas ou serviços a que o contrato diz respeito no decurso dos três últimos exercícios financeiros.

As entidades adjudicantes devem especificar no anúncio ou no convite para a apresentação de propostas qual o elemento ou elementos de referência que escolheram e aqueles que pretendem obter além dos referidos anteriormente.

Se, por razões justificadas, o proponente não puder apresentar as referências pedidas, pode provar a sua capacidade económica e financeira por qualquer outro documento considerado adequado pela entidade adjudicante.

Prova de capacidade técnica do fornecedor de bens

A entidade adjudicante deve especificar no anúncio ou no convite para apresentação de propostas quais os elementos de referência que pretende receber do fornecedor.

A prova de capacidade técnica pode ser comprovada por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, a quantidade e a finalidade dos produtos a fornecer:

- a) lista dos principais fornecimentos efetuados durante os três últimos anos, com indicação dos montantes, datas e destinatários, públicos ou privados

- quando se tratar de fornecimentos a entidades públicas, a prova dos fornecimentos é feita por meio de certificados emitidos ou visados pela autoridade competente;
- quando se tratar de fornecimentos a particulares, a prova é feita por meio de declaração do comprador, admitindo-se, na sua falta, a apresentação de uma simples declaração do fornecedor;
- b) descrição do equipamento técnico, das medidas adotadas pelo fornecedor para garantia da qualidade e dos seus meios de estudo e de investigação;
- c) indicação dos técnicos ou dos órgãos técnicos, integrados ou não na empresa do fornecedor, e mais especificamente daqueles que têm a seu cargo o controle de qualidade;
- d) relativamente aos produtos a fornecer, por amostras, descrições e/ou fotografias, cuja autenticidade deve poder ser certificada a pedido da entidade adjudicante;
- e) por certificados emitidos por institutos ou serviços oficiais incumbidos do controle da qualidade, com competência reconhecida e que atestem a conformidade de produtos, identificados mediante referência a certas especificações ou normas;
- f) se os produtos a fornecer forem complexos ou se, a título excepcional, tiverem de responder a um fim específico, será efetuado controle pela autoridade adjudicante ou, em seu nome, por um organismo oficial competente do país onde o fornecedor está estabelecido, sob reserva do acordo desse organismo; esse controle incide sobre a capacidade de produção e, se necessário, sobre os meios de estudo e de investigação de que dispõe o fornecedor, bem como sobre as medidas adotadas por este último para o controle de qualidade.

Prova da capacidade técnica do empreiteiro

Quanto aos empreiteiros candidatos às contratações públicas, a capacitação técnica deve ser comprovada:

- a) por certificados de habilitações educacionais e profissionais do empreiteiro e/ou dos quadros da empresa e, em especial, do ou dos responsáveis pela orientação das obras;
- b) pela lista das obras executadas nos últimos cinco anos, acompanhada de certificados de boa execução relativos às obras mais importantes; estes certificados indicarão o montante, a data e o local de execução das obras, e se foram efetuadas de acordo com as regras da arte, e regularmente concluídas; se necessário, os certificados serão enviados diretamente à entidade adjudicante pela autoridade competente;
- c) por uma declaração que descreva as ferramentas, o material e o equipamento técnico que o empreiteiro utilizará na execução da obra;
- d) uma declaração relativa ao número médio anual de empregados e do número de diretores nos últimos três anos; e
- e) por uma declaração que mencione os técnicos ou os serviços técnicos, quer estejam ou não integrados na empresa, a que o empreiteiro recorrerá para a execução da obra.

A entidade adjudicante deve especificar no anúncio ou no convite para apresentação de propostas os elementos de referência que pretende obter.

Dentro dos limites regulamentares, pode convidar o empreiteiro a completar os certificados e documentos apresentados ou a explicitá-los.

Prova da capacidade técnica do prestador de serviços

Conforme o artigo 32 da Diretiva 92/50, a capacidade dos prestadores de serviços para a execução de serviços pode ser apreciada em função das suas qualificações, eficiência, experiência e confiabilidade. A entidade adjudicante deve especificar no anúncio ou no convite para apresentação de propostas quais os elementos de referência que pretende receber.

A prova da capacidade técnica pode ser fornecida por um ou mais dos meios a seguir indicados, de acordo com a natureza, quantidade e finalidade dos serviços a prestar:

- a) habilitações educacionais e profissionais do prestador de serviços e/ou dos quadros da empresa e, em especial, da pessoa ou pessoas responsáveis pela prestação;
- b) uma lista dos principais serviços prestados nos últimos três anos, com indicação do montante, datas e destinatários públicos ou privados dos serviços executados
 - quando se tratar de entidades adjudicantes, a prova deve se apresentar na forma de um certificado emitido ou visado pela autoridade competente;
 - quando se tratar de destinatários privados, a prova da prestação deverá se apresentar na forma de uma declaração do comprador ou, na sua falta, de uma simples declaração do prestador de serviços;
- c) indicação dos técnicos ou organismos técnicos envolvidos, quer dependam ou não diretamente do prestador de serviços, e especialmente dos responsáveis pelo controle de qualidade;
- d) uma declaração relativa ao número médio anual de empregados do prestador de serviços e ao número de diretores nos últimos três anos;
- e) uma declaração relativa às ferramentas e equipamento industrial e técnico à disposição do prestador de serviços para execução dos serviços;
- f) uma descrição das medidas adotadas pelo prestador de serviços para garantia da qualidade e dos seus meios de estudo e investigação;
- g) sempre que os serviços a fornecer forem complexos ou, excepcionalmente, se destinarem a um objetivo especial, será efetuado controle pela entidade adjudicante ou, em seu nome, por um organismo oficial competente do país em que o prestador de serviços se encontra estabelecido, sob reserva do acordo desse organismo, relativo à capacidade técnica do prestador de serviços e, se necessário, aos seus meios de estudo e investigação e às medidas que toma para o controle da qualidade;
- h) indicação da parte do contrato que o prestador de serviços tenciona subcontratar.

A exigência de informações sobre a capacidade financeira, econômica e técnica deve limitar-se ao objeto do contrato, uma vez que as entidades adjudicantes devem

ter em consideração os interesses legítimos dos prestadores de serviços no que diz respeito à proteção dos segredos técnicos ou comerciais da sua empresa.

3.2.11 Listas Oficiais de Proponentes

Os Estados-membros que tenham listas oficiais de proponentes devem adaptá-las às disposições que se relacionam à qualificação prescritas nas respectivas diretivas, compreendendo: a exclusão de fornecedor em situação de falência, ou condenado por sentença transitada em julgado, ou com falta grave em matéria profissional, ou que tenha incorrido em falta grave; prova de inscrição em registros profissionais ou comerciais; prova de capacidade econômica e financeira; e prova de capacidade técnica.

Os fornecedores, empreiteiros, ou prestadores de serviços inscritos nessas listas podem, em relação a cada contrato, apresentar à entidade adjudicante um certificado de registo emitido pela autoridade competente. Esse certificado deve indicar os elementos de referência que permitiram a sua inscrição e a classificação que lhes é atribuída nessa lista.

As informações extraídas do registo numa lista oficial não podem ser contestadas. No entanto, no que diz respeito ao pagamento das contribuições para a seguridade social, pode ser exigido um certificado suplementar a qualquer fornecedor/empreiteiro/prestador de serviços inscrito, por ocasião de cada processo de adjudicação.

As entidades adjudicantes de outros Estados-membros aplicarão as disposições anteriormente referidas apenas em benefício de fornecedores/empreiteiros/prestadores de serviços estabelecidos no Estado-membro que elaborou a lista oficial.

Para o registo numa lista oficial de outros Estados-membros, não pode ser exigida nenhuma prova ou declaração além das exigidas aos fornecedores nacionais e, em caso algum, nenhuma além das previstas nas normas específicas das diretivas.

Os Estados-membros que possuam listas oficiais serão obrigados a comunicar aos outros Estados-membros o endereço do organismo para o qual devem ser enviados os pedidos de registo ou inscrição.

3.2.12 Procedimentos para Interposição de Recurso

As diretivas estabelecem a possibilidade de acesso a procedimentos de recurso a todos os interessados na obtenção de um contrato público para fornecimento de bens, de serviços ou de construção de obras públicas que se sintam prejudicados no caso de violação de direitos comunitários em matéria de contratações ou de não cumprimento das normas nacionais adaptadas às normas comunitárias. A Diretiva 89/665, que trata das normas para interposição de recursos, determina aos Estados-membros a adoção das medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objeto de recursos eficazes e rápidos.

Para tanto, os Estados-membros devem tomar providências que permitam, mediante processo de urgência, a adoção de medidas provisórias para corrigir as violações alegadas ou impedir que sejam causados outros danos aos interessados. As medidas devem prever a suspensão de adjudicação de contrato, a anulação de decisões ilegais,

inclusive prevendo a suspensão de especificações técnicas, econômicas ou financeiras discriminatórias que constem dos editais de licitação ou de qualquer outro documento relacionado à contratação.

Está previsto procedimento especial permitindo à Comissão Européia, no caso de infração clara e manifesta de normas comunitárias, a notificação ao Estado-membro e à entidade adjudicante para a devida correção. A entidade disporá de prazo de 21 dias para comunicar sobre a correção, ou enviar conclusão fundamentada explicando as razões pelas quais ela não foi efetuada, ou ainda enviar notificação indicando que a licitação foi suspensa.

3.2.13 Disposições Gerais

Tratamento nacional e não-discriminação

Na adjudicação de contratos públicos pelas entidades referidas no Anexo I da Diretiva 97/52 (entidades dos governos centrais sujeitas ao limite fixado para o Acordo de Compras Governamentais da OMC), e à medida que tenham sido introduzidas retificações, alterações ou emendas no referido anexo pelas entidades que lhes tiverem sucedido, os Estados-membros aplicarão, nas suas relações, condições tão favoráveis quanto as estabelecidas para terceiros países na aplicação das disposições relativas a contratações públicas celebradas no âmbito da Rodada Uruguai, especialmente as referidas nos artigos V e VI do referido acordo, relativas aos procedimentos limitados, à prestação de informações e à análise. Para este fim, os Estados-membros devem consultar-se sobre as medidas a tomar na aplicação do acordo, no âmbito do Comitê consultivo para os contratos de direito público.

Balanço dos resultados alcançados pelas diretivas

As Diretivas 93/36, 93/37 e 92/50 foram, ainda, emendadas, com determinações para a formulação, pelos países-membros, de relatório estatístico concernente aos contratos adjudicados, permitindo a apreciação dos resultados alcançados. Este relatório estatístico deve indicar, pelo menos:

- a) no caso das entidades enumeradas no anexo I da Diretiva 97/52 (lista das entidades sujeitas ao acordo da OMC relativo a contratos públicos):
 - i) o valor global estimado dos contratos adjudicados abaixo do patamar, por cada entidade adjudicante;
 - ii) o número e valor dos contratos adjudicados acima do patamar por cada entidade adjudicante, discriminados, tanto quanto possível: por processo de adjudicação; categoria de produto, serviço ou obra; nacionalidade do fornecedor a quem foi adjudicado o contrato; e, no caso dos processos por negociação, indicação do número e valor dos contratos adjudicados a cada Estado-membro e a terceiros países;
- b) no caso das demais entidades adjudicantes abrangidas pelas diretivas, relativamente a cada categoria de entidade adjudicante, o número e valor dos contratos

adjudicados acima do patamar, discriminados, tanto quanto possível: por processo de adjudicação; categoria de produto, obra ou serviço; por nacionalidade do fornecedor a quem foi adjudicado o contrato, especificando o número e o valor dos contratos adjudicados a cada Estado-membro e a países terceiros;

- c) para todas as entidades adjudicantes, o número e valor total dos contratos adjudicados por cada entidade ao abrigo das derrogações ao acordo.

3.3 DIRETIVA RELATIVA À COORDENAÇÃO DAS CONTRATAÇÕES NOS SETORES DE ÁGUA, ENERGIA, TRANSPORTES E TELECOMUNICAÇÕES

3.3.1 Introdução

Conforme foi relatado anteriormente, a primeira diretiva coordenando as contratações de bens, serviços e obras por parte das empresas que exploram serviços de água, energia, transportes e telecomunicações foi adotada em 1990 (Diretiva 90/531/EEC, que foi depois substituída pela Diretiva 93/38/EEC, de 14 de junho de 1993).

Em decorrência da assinatura pela Comunidade Econômica Européia do Acordo de Compras Governamentais da OMC, foi editada pelo Parlamento Europeu e Conselho da União Européia a Diretiva 98/4/EC, de 16 de fevereiro de 1998, emendando a Diretiva 93/38/EEC, de forma a adaptar as suas normas às regras estabelecidas naquele acordo.

As compras de bens e serviços das entidades que exploram aqueles setores se encontram excluídos do alcance das normas das demais diretivas em razão de seu caráter especial, uma vez que se tratam de atividades nas quais é maior a interferência do setor público, por meio, entre outros, de participações acionárias ou na administração das empresas concessionárias. Além disso, essas entidades estão sujeitas, dependendo dos países e das situações, ora ao direito público, ora ao direito privado.

Quanto ao tratamento comum dado aos quatro setores, deriva da consideração de que as contratações realizadas apresentam natureza similar e deviam ser tratadas por um único instrumento legal.

São analisados, a seguir, os normativos e procedimentos que regulam as contratações públicas nos setores citados.

3.3.2 Cobertura: Bens, Serviços, Setores e Entidades

As normas da Diretiva 93/38 aplicam-se à contratação de bens, serviços⁵¹ e obras públicas pelas empresas e entidades que exploram serviços de utilidade pública nos setores de água, energia, transportes e telecomunicações.

51. São excluídos os seguintes serviços: i) contratos que tenham por objeto a aquisição ou locação, quaisquer que sejam as modalidades financeiras, de terrenos, edifícios existentes ou outros bens imóveis, ou relativos a direitos sobre esses bens; no entanto, são abrangidos pela diretiva os contratos de prestação de serviços financeiros celebrados paralelamente, antes ou depois do contrato de aquisição ou locação, sob qualquer forma; ii) contratos que tenham por objeto serviços de telefonia vocal, telex, radiotelefone móvel, chamada de pessoas e telecomunicação via satélite; iii) contratos que tenham por objeto serviços de arbitragem e conciliação; iv) contratos relativos à emissão, compra, venda e transferência de títulos ou outros instrumentos financeiros; v) contratos de trabalho; vi) contratos de prestação de serviços de investigação e desenvolvimento, com exclusão

As atividades abrangidas naqueles setores são as seguintes:

- a) o fornecimento, a exploração ou a alimentação de redes de prestação de serviços ao público nas áreas da produção, do transporte ou da distribuição de água potável, eletricidade, gás ou combustível para aquecimento;⁵²
- b) a exploração de uma área geográfica para efeitos de prospecção ou extração de petróleo, gás, carvão ou outros combustíveis sólidos;⁵³
- c) a exploração de aeroportos, portos marítimos ou interiores, ou outros terminais de transporte;
- d) a exploração de redes de prestação de serviços ao público de transportes por ferrovias, sistemas automáticos, elétricos, tróleis, autobus ou cabo (excluídos o transporte por autobus quando outras entidades puderem fornecer livremente esse serviço); e
- e) a colocação à disposição ou a exploração de redes públicas de telecomunicações, ou a prestação de um ou mais serviços públicos de telecomunicações.

Para fins da Diretiva 93/38, são entidades adjudicantes os poderes públicos⁵⁴ ou empresas públicas que exerçam uma das atividades citadas ou que, não sendo estes, se beneficiem de direitos especiais ou exclusivos concedidos por uma autoridade competente de um Estado-membro para o exercício de uma ou mais dessas atividades.

As entidades sujeitas às normas da Diretiva 93/38 encontram-se listadas nos anexos I a X. Cada anexo trata de um setor e se referencia às leis, decretos ou códigos que regulamentam o setor em cada país.

Os Estados deverão certificar-se, mediante as condições de autorização ou outras medidas adequadas, de que cada entidade:

- a) observa os princípios da não-discriminação e da realização de licitações para a atribuição dos contratos de fornecimento de bens, de empreitada de obras e de prestação de serviços, em especial no que diz respeito às informações que põe à disposição das empresas relacionadas às suas intenções de celebração de contratos; e
- b) comunica à Comissão informações relativas à celebração de contratos. Essas condições referem-se, principalmente, a regras de apresentação, envio, recebimento, tradução, conservação e distribuição de anúncios previstos na diretiva.

3.3.3 Modalidades de Licitação

Nas contratações dos setores de utilidades públicas, as entidades podem recorrer a três modalidades de procedimentos, definidas de maneira semelhante às previstas nas três

daqueles cujos resultados pertençam exclusivamente à entidade adjudicante, para seu uso no exercício da sua própria atividade, desde que a prestação do serviço seja inteiramente remunerada pela entidade adjudicante.

52. Não são abrangidos pelas normas da diretiva os contratos celebrados para a aquisição de água ou os contratos para o fornecimento de energia ou de combustíveis para a produção de energia (artigo 9º).

53. O artigo 3º da diretiva prevê a possibilidade de derrogação das normas de contratações para essas atividades, desde que satisfeitas as condições previstas no citado artigo, situação em que as contratações de bens, serviços e construções ficariam fora do alcance da diretiva.

54. São considerados poderes públicos: o Estado, os órgãos locais ou regionais, os organismos de direito público ou as associações formadas por um ou mais desses órgãos ou dos organismos de direito público.

diretivas apresentados na seção III.2.2 deste capítulo: procedimentos de contratação abertos, procedimentos limitados ou por negociação.⁵⁵

Os avisos de licitação ou convites à participação devem ser publicados no Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Há três formas de seleção do fornecedor nas licitações, conforme o artigo 21 da Diretiva 93/38, conforme a seguir descrito.

Modalidades de seleção de fornecedores

Processo de seleção sem qualificação prévia dos fornecedores: a abertura de um processo para a contratação de bens, serviços ou obras, sem necessidade de qualificação anterior dos fornecedores, efetua-se por meio de um anúncio, contendo as informações listadas no Anexo XII, com a discriminação completa conforme sejam utilizados procedimentos abertos, limitados ou por negociação (dados da entidade contratante, natureza do contrato – bens, obras ou serviços – categoria dos serviços, disposições legais a serem atendidas, endereços para obtenção dos editais, etc).

Sistema de qualificação prévia de fornecedores e prestadores de serviços: a abertura de processo de contratação pode se dar por meio de anúncio que indique a existência de um “sistema de qualificação” prévio, indicando-se o local onde podem ser obtidas as regras para a qualificação (Anexo XIII). Os participantes serão selecionados entre os qualificados no sistema de qualificação. Nessa forma de seleção serão utilizados procedimentos limitados ou por negociação.

Anúncio periódico indicativo: a abertura pode ainda se dar por meio de anúncio periódico indicativo, com a indicação dos bens, serviços ou obras que serão objeto do contrato, sob procedimentos limitados ou por negociação (Anexo XIV). Não haverá publicação de anúncio posterior, e os fornecedores serão avisados por meio de convite para participação. Antes de iniciar o processo de seleção do ofertante, as entidades adjudicantes convidarão todos os candidatos para que confirmem, por escrito, o seu interesse em participar, com base em informações pormenorizadas sobre o contrato em causa.

Prazos para recebimento dos pedidos de participação e das propostas

Nas concorrências abertas, para a recepção das propostas é fixado um prazo não inferior a 52 dias a contar da data de envio do anúncio. Esse prazo pode ser reduzido, em regra geral, para 36 dias, mas nunca será inferior a 22 dias, se as entidades adjudicantes tiverem publicado um anúncio periódico indicativo (nos termos do artigo 22).

Nas licitações sob procedimentos limitados e nos processos de negociação com convite prévio à participação, o prazo de recepção dos pedidos de participação, em resposta a anúncio publicado ou em resposta a um convite, será fixado, em regra geral, em pelo menos 37 dias a contar da data de envio do anúncio ou do convite, não podendo,

55. A possibilidade de adoção de negociação é respaldada em motivos semelhantes aos explicitados na seção I, porém acrescentando-se, como razões para a não necessidade de abertura de concorrência, dois outros: a contratação de mercadorias cotadas e compradas em bolsas e contratos celebrados com base em um acordo-quadro. Um acordo-quadro é definido como “um acordo entre uma das entidades adjudicantes e um ou mais fornecedores, empreiteiros ou prestadores de serviços e que tenha por objeto fixar os termos dos contratos a celebrar durante um determinado período, nomeadamente em matéria de preços e, se necessário, de quantidades previstas”. O artigo 5º previne que as entidades não devem recorrer de forma abusiva ao acordo-quadro com o objetivo de impedir, restringir ou falsear a concorrência.

em caso algum, ser inferior ao prazo de publicação previsto no parágrafo 3º do artigo 25 (doze dias mais dez dias).

O prazo de recepção das propostas pode ser fixado de comum acordo entre a entidade adjudicante e os candidatos selecionados, desde que seja concedido a todos os candidatos o mesmo tempo para a preparação e apresentação das suas propostas. Nos casos em que não seja possível chegar a acordo em relação ao prazo de recepção das propostas, a entidade adjudicante fixará um prazo que será, regra geral, de pelo menos 24 dias, não podendo ser inferior a 10 dias a contar da data do convite para a apresentação de propostas.

3.3.4 Limites de Valor

Limites anteriores ao Acordo de Compras Governamentais

Os limites de valor a partir dos quais se aplicam as normas comuns foram alterados pela Diretiva 98/4/EC, entrando em vigor a partir de 1999, em decorrência das adaptações exigidas pela assinatura do Acordo de Compras Governamentais da OMC. Com o objetivo de se observarem as modificações efetivadas, apresentam-se, a seguir, os valores adotados anteriormente:

- a) 400.000 Ecus, para as aquisições de bens e contratações de serviços das entidades que exploram outras atividades, exceto telecomunicações;
- b) 600.000 Ecus, para aquisições de bens e contratações de serviços das entidades que exploram atividades de telecomunicações;
- c) 5.000.000 de Ecus, nas contratações de obras.

Limites de valor atuais

A Diretiva 98/4/EC estabeleceu os seguintes patamares, a partir dos quais se aplicam as normas comuns de contratação:

- a) entidades que exercem atividades no setor de telecomunicações: quando o valor estimado desses contratos, antes do IVA, for igual ou superior a: i) 600.000 Ecus, para contratações de bens e de serviços; ii) 5.000.000 Ecus, para contratações de obras públicas;
- b) entidades que exercem atividades nos setores de água, eletricidade, transportes, aeroportuárias e portos marítimos: quando o valor estimado dos contratos, antes do IVA, for igual ou superior a: i) **400.000 DES para contratações de bens e para os contratos de serviços constantes do Anexo XVI A;**⁵⁶ ii) 400.000 Ecus, para os contratos de **serviços** não incluídos na alínea anterior; iii) **5.000.000 DES, para os contratos de obras públicas.**
- c) entidades que exercem atividades de distribuição de gás ou de combustível para aquecimento; prospecção e extração de petróleo ou gás; prospecção e

56. Os serviços constantes do Anexo XVI A são serviços prioritários, devendo atender a todos os procedimentos de contratação previstos na Diretiva 93/38, que são semelhantes aos aplicáveis aos contratos de obras públicas e de compras de bens. Já os serviços do Anexo XVI B requerem apenas a observação de duas normas: transparência básica, com o envio para publicação dos resultados da adjudicação e o cumprimento das normas comuns no campo técnico. São excluídos os serviços de investigação e desenvolvimento enumerados na categoria 8, os serviços de telecomunicações das categorias 8 e 5, com números de referência CCP 7524, 7525 e 7526.

extração de carvão ou outros combustíveis sólidos e transporte ferroviário, quando o valor estimado dos contratos, antes do IVA, for igual ou superior a: i) 400.000 Ecus para contratações de bens e serviços; ii) 5.000.000 Ecus para contratos de obras públicas.

Observa-se na alínea “b” anterior a ocorrência de alterações nos patamares dos setores de utilidades públicas incluídos nas normas do acordo da OMC, que passam a ser fixados em DES, aplicado nas aquisições de bens, nas contratações de serviços constantes do Anexo XVI A (prioritários) e nos contratos de obras públicas.

Há previsão no parágrafo 14, acrescentado pela Diretiva 98/4/EC, de que o contravalor em moeda nacional dos valores citados será, em princípio, revisto de dois em dois anos. Da mesma forma, o contravalor dos patamares do Acordo sobre Compras Governamentais da OMC fixados em ECUS será revisto no mesmo intervalo de tempo.

3.3.5 Regras Comuns de Publicidade

Informação prévia

As entidades adjudicantes devem publicar anúncio indicativo, uma vez por ano, sobre a totalidade dos contratos de bens e serviços que tencionam realizar durante os 12 meses seguintes, cujo valor total estimado seja igual ou superior a 750.000 Ecus.

Para obras públicas, as entidades adjudicantes devem também publicar anúncio indicativo a cerca das características essenciais dos contratos que tencionem celebrar nos 12 meses seguintes, e cujo valor seja igual ou superior a 5.000.000 Ecus (setor de telecomunicações) ou 5.000.000 DES (demais setores).

Publicação de aviso de licitação

Conforme o artigo 25 da Diretiva 93/38, os anúncios serão publicados por extenso na língua original, no Jornal Oficial das Comunidades Europeias e no banco de dados TED. Será publicado um resumo dos elementos relevantes de cada anúncio nas outras línguas da Comunidade, valendo juridicamente o texto na língua original.

Os contratos ou concursos de projetos não devem ser objeto de qualquer outra publicação antes da data de envio desse anúncio ao Serviço de Publicações Oficiais das Comunidades Europeias. Essa publicação não deve conter outras informações além das publicadas naquele Jornal.

Notificação e publicação de contratos adjudicados

De acordo com o artigo 24, as entidades adjudicantes que tiverem celebrado um contrato ou organizado um concurso de projetos comunicarão os resultados do processo de celebração mediante anúncio elaborado com as informações indicadas no Anexo XV ou Anexo XVIII, respectivamente. As informações fornecidas serão publicadas no Jornal Oficial das Comunidades Europeias.

Os Estados-membros devem preparar um relatório estatístico relativo aos contratos adjudicados, permitindo uma apreciação dos resultados alcançados com a aplicação do Acordo de Compras Governamentais relativo aos setores que explorem os serviços de abastecimento de água, eletricidade, transportes ferroviários, aeroportos e portos. Estão excluídos dessa exigência os seguintes serviços: pesquisa e desenvolvimento; serviços de telecomunicações (referências CCP 7524, 7525 e 7526) e os serviços que constam do Anexo XVI B (não prioritários).

3.3.6 Listas de Fornecedores

As regras para a criação de um sistema de qualificação de fornecedores, empreiteiros ou prestadores de serviços, que pode compreender várias fases de qualificação, encontram-se no artigo 30 da Diretiva 93/38. As entidades adjudicantes devem informar aos requerentes, em prazo razoável, a decisão sobre pedidos de qualificação, assegurando que os interessados possam, a todo momento, solicitar sua qualificação. Esse sistema permite manter uma lista de fornecedores, empreiteiros ou prestadores de serviços, dividida em categorias, por tipos de contratos, para cuja efetivação a qualificação é válida. O sistema de qualificação deve ser objeto de anúncio publicado no Jornal Oficial das Comunidades Europeias, indicando o objetivo do sistema de qualificação e as regras de acesso às normas que o regulamentam.

Observe-se que a Diretiva 93/38, diferentemente das três diretivas analisadas na Seção III.2, não determina as qualificações a serem exigidas dos fornecedores, prestadores de serviços e empreiteiros (situação jurídica, profissional, financeira, econômica, fiscal e capacidade técnica), deixando às autoridades a decisão sobre quais critérios adotarão para avaliar a qualificação e selecionar os fornecedores.

3.3.7 Não-Applicabilidade da Diretiva

São excluídos da aplicação das normas os contratos declarados secretos ou aqueles cuja execução deva ser acompanhada de medidas especiais de segurança; os contratos públicos regidos por força de um acordo internacional; os relativos ao estacionamento de tropas; ou que dizem respeito a procedimentos específicos de uma organização internacional.

Na área de serviços a Diretiva 93/38 prevêem-se as seguintes exceções:

- a) contratos celebrados entre uma entidade adjudicante e uma empresa associada; e
- b) celebrados por uma empresa conjunta, constituída por diversas entidades adjudicantes, com uma dessas entidades adjudicantes ou uma empresa associada a uma dessas entidades, desde que pelo menos 80 % do volume médio de negócios realizados por essa empresa na Comunidade em matéria de serviços, nos últimos três anos, resulte da prestação desses serviços às empresas às quais se encontra associada.

Os contratos que incluam serviços e aquisições de bens são considerados contratos de bens quando o valor total das aquisições for superior ao valor dos serviços abrangidos pelo contrato.

3.3.8 Procedimentos para Interposição de Recurso

Para assegurar a aplicação efetiva das disposições da Diretiva 93/38 e, em particular, garantir aos potenciais fornecedores e empreiteiros oportunidades idênticas de participação nas licitações comunitárias, as normas da Diretiva 92/13 estabelecem procedimentos de recurso em caso de violação do direito comunitário nas contratações públicas.

A Diretiva 92/13 determina aos Estados-membros que assegurem que não haverá discriminação contra as empresas que alegarem prejuízo em decorrência de procedimento de celebração de contratos, garantindo que os procedimentos de recurso serão acessíveis a todos que tenham interesse em obter um determinado contrato e que tenham sido ou possam vir a ser prejudicados por uma eventual violação das normas. Pode ser exigido que a entidade adjudicante seja informada previamente sobre a intenção de uma parte de interpor recurso, em função de uma alegada violação.

Os Estados-membros devem tomar providências que permitam, por um processo de urgência, a adoção de medidas provisórias destinadas a corrigir as alegadas violações ou a impedir que sejam causados novos prejuízos aos interessados. As medidas devem prever a suspensão de adjudicação de contrato, a anulação de decisões ilegais, inclusive a suspensão de especificações técnicas, econômicas ou financeiras discriminatórias que constem dos editais de licitação ou de qualquer outro documento relacionado à contratação.

Nos termos do artigo 8º da Diretiva, está previsto procedimento especial que permite à Comissão Européia, no caso de infração clara e manifesta de normas comunitárias, a notificação ao Estado-membro e à entidade adjudicante para a correção da infração. A entidade disporá de prazo de 30 dias para comunicar sobre a correção, enviar conclusão fundamentada explicando as razões pelas quais ela não foi efetuada, ou uma notificação indicando que a licitação foi suspensa.

3.3.9 Cláusulas para Terceiros Países

Há na Diretiva 93/38 previsão de cláusulas aplicáveis nas relações com terceiros países. Uma dessas cláusulas determina que os Estados-membros devem informar à Comissão Européia a respeito de qualquer dificuldade encontrada pelos ofertantes de serviços de seus países nas licitações realizadas em terceiros países. Se as empresas da União Européia tiverem dificuldade no acesso a contratos de serviços, a Comissão pode tomar medidas para resolver a situação, inclusive suspendendo ou restringindo, nos Estados-membros, a concessão de contratos de serviços a firmas daqueles países.

Outra cláusula para terceiros países foi derogada em decorrência da assinatura do Acordo de Compras Governamentais da OMC: trata-se do artigo 36 da Diretiva 93/38, que prevê que uma determinada proposta de contrato de fornecimento pode ser rejeitada quando a proporção dos produtos originários de terceiros países for supe-

rior a 50 % do valor total dos produtos que compõem essa proposta.⁵⁷ Essa norma era aplicada às propostas envolvendo produtos originários de países com os quais a Comunidade não havia celebrado qualquer acordo garantindo um acesso comparável e efetivo das empresas da Comunidade aos contratos nesses países.

Finalmente, observa-se que as demais regras e procedimentos aplicados nas contratações amparadas pela Diretiva 93/38, relativos à valoração dos contratos, especificações técnicas e métodos de avaliação das propostas (o preço mais baixo ou a proposta economicamente mais vantajosa) são similares aos determinados nas diretivas relativas às contratações de bens, serviços e obras, razão pela qual não foram aqui comentados.

3.4 PROPOSTA DE NOVAS DIRETIVAS

Não obstante algumas das diretivas estarem em vigor desde a década de 1970, um levantamento da Comissão Européia concluiu que o grau de incorporação das normas comunitárias de contratações públicas nos países-membros havia alcançado apenas 55,6 % ao final de 1997. Verificou-se ainda que o índice de entrada de importações no setor público havia passado de 6%, em 1987, para apenas 10% em 1997, devido, principalmente, à existência de setores específicos que continuavam fechados às compras externas, em razão das exigências de normas técnicas e de sistemas de qualificação e certificação, dificultando a entrada de ofertantes nas licitações.

A baixa adoção das normas comunitárias e os reduzidos resultados econômicos alcançados levou a Comissão a publicar, em novembro de 1996, o chamado “Livro Verde”, sob o título “Contratação Pública na União Européia: reflexões sobre o futuro”, promovendo um amplo debate sobre os problemas existentes no sistema de contratações públicas da União Européia. A partir do debate provocado pelo Livro Verde, foi decidida a proposição de medidas para a alteração nas normas básicas das diretivas, objetivando garantir que o sistema de contratação pública em vigor adapte-se às rápidas mudanças que ocorrem no ambiente econômico, como, por exemplo, a “liberalização das telecomunicações e a transição para a nova economia” na União Européia.⁵⁸ As alterações propostas visam simplificar e flexibilizar os procedimentos utilizados nos processos de contratações, além de prever a utilização de tecnologias da informação, com a introdução de mecanismos eletrônicos de aquisição.⁵⁹ Foram previstas ainda medidas específicas em favor da maior participação das empresas de pequeno porte, a serem efetivadas por meio de uma comunicação da Comissão Européia sobre o tema.⁶⁰

57. Determinados nos termos do Regulamento 802/68 do Conselho, de 27 de Junho 1968, relativo à definição comum da noção de origem das mercadorias.

58. Ver La Contratación Pública en la Unión Europea, Comisión Europea, Bruxelas, 1998, pg. 2 e “Public Procurement: Commission proposes to simplify and modernise the legal framework”, disponível em : www.simap.eu.int.

59. No que se refere à utilização de tecnologias de informação nas contratações públicas na União Européia, registre-se a implantação do projeto SIMAP – sistema de informação sobre contratos públicos. Com o projeto, a UE busca desenvolver novos procedimentos eletrônicos nas contratações, como a publicação de anúncios por via eletrônica, a divulgação das especificações técnicas requeridas nas licitações e maior transparência nas informações sobre as licitações em curso e sobre o perfil das entidades adjudicantes, “permitindo melhor relação qualidade/preço e a conseqüente redução dos custos, que redundará em benefício do contribuinte europeu”, ver “Contratación Pública–Situación actual y perspectivas” – disponível em: <http://Europa.eu.int/acadplus/leg/es/lvb/122001.htm>.

60. Ver a Seção 3.1.4 do relatório da Comissão Européia “La Contratación Pública en la Unión Europea”, 1998. Observe-se, a esse respeito, que não há nas atuais diretivas determinação de reservas ou preferências para esse segmento empresarial, como ocorre na legislação estadunidense. Em outra análise publicada pela UE, considerou-se que existem mais dificuldades que facilidades para que essas empresas participem mais ativamente do mercado ampliado de compras governamentais, especialmente em razão das dificul-

A simplificação das normas e procedimentos será implementada por meio da substituição das três diretivas em vigor, que tratam de compras de bens e contratações de obras e serviços, analisadas na seção 3.2, por uma única diretiva consolidada, reduzindo os artigos à metade dos atuais, simplificando os patamares de valor, com a redução de seu número, e harmonizando diversas normas. Também a diretiva que coordena as contratações dos setores de utilidades públicas será substituída por nova diretiva, que, entre diversos aprimoramentos e modificações, excluirá os setores que passaram a operar em situação de concorrência efetiva na União Européia, como o setor de telecomunicações.

A introdução de mecanismos eletrônicos de aquisição ocupa posição importante nas novas diretrizes sobre compras governamentais: a Comissão Européia apresentou proposta de que, até o ano de 2003, 25% de todos os contratos celebrados sejam realizados por suporte eletrônico. Os dois novos textos foram apresentados pela Comissão Européia, em maio de 2000, mas ainda não foram aprovados pelo Parlamento Europeu.

4 ACORDO DE LIVRE COMÉRCIO DA AMÉRICA DO NORTE – NAFTA: COMPRAS GOVERNAMENTAIS

4.1 INTRODUÇÃO

No contexto das negociações do Acordo de Livre Comércio das Américas e do Caribe – Alca –, deverão ser acordadas regras e procedimentos destinados a permitir o acesso ao mercado de compras governamentais de bens e serviços dos 34 países que integrarão o Acordo. Levando em conta que a proposta em discussão tem como referenciais o Acordo sobre Compras Governamentais da OMC e o capítulo do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (Nafta) que implementa as normas sobre compras governamentais entre os países-membros, é fundamental conhecer, em profundidade, os regulamentos que orientam o acesso dos agentes econômicos ao mercado das compras governamentais dos países signatários daqueles acordos.

Após a apresentação e análise, nos dois últimos capítulos, das legislações que regem as compras governamentais na União Européia e na Organização Mundial de Comércio, este capítulo analisa as normas, obrigações e demais condicionantes que orientam o acesso ao mercado de compras governamentais dos países-membros do Nafta, firmado por Estados Unidos, Canadá e México em 17 de dezembro de 1992, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1994. As normas sobre compras governamentais de bens e serviços encontram-se no capítulo daquele acordo.

Tendo como referência o Acordo Plurilateral sobre Compras Governamentais do Gatt, versão 1987, o capítulo X compreende 25 artigos, 11 anexos e 3 apêndices aos anexos, e se apresenta de forma muito mais detalhada que seu referencial. Trata da cobertura, modalidades, procedimentos e prazos a serem observados em todas as etapas do processo de licitação, procedimentos para impugnação, dentre outros, além de Anexos

dades logísticas de se venderem produtos em uma área geográfica ampliada, bem como devido ao fato de serem os mercados, muitas vezes, "divididos, tacitamente ou por meio de ação regulatória, em áreas econômicas, com certas firmas se beneficiando de preferências nacionais, e especialmente regionais, o que enfraquece a aplicação das normas Comunitárias; ver European Procurement Brochure, p.27 – disponível em: www.simap.eu.int.

que tratam das seguintes coberturas: listas nacionais de entidades dos governos federais (Anexo 1001.1a-1); listas nacionais de empresas estatais federais (Anexo 1001.1a-2); listas nacionais das entidades dos governos estaduais/provinciais, sob a forma de Anexo (1001.1a-3) reservado para ser preenchido quando da negociação da adesão daquele nível de governo; lista positiva comum de bens para aquisições dos órgãos de defesa (Anexo 1001.1b-1); listas nacionais negativas de serviços (Anexo 1001.1b-2); lista positiva comum de serviços de construção (Apêndice 1001.1b-3-A); e listas nacionais dos meios de comunicação para a publicação das informações, leis e regulamentos das normas (Anexo 1010.1). As listas e Anexos citados encontram-se sintetizados e comentados no Anexo I deste documento.

Nos termos acordados no capítulo X do Nafta, nas aquisições de bens e serviços realizadas pelas entidades dos governos federais e empresas estatais indicadas pelas partes signatárias, é conferido o tratamento nacional aos bens e serviços das demais, desde que atendam ao requisito de origem previsto para as outras operações comerciais. Em valores originais do acordo, as regras se aplicam às aquisições e contratações das entidades federais indicadas, de valor igual ou superior a US\$ 50 mil (cinquenta mil dólares norte-americanos) para os bens e serviços e US\$ 6,5 milhões (seis milhões e quinhentos mil dólares norte-americanos) para as obras públicas – em se tratando de empresas estatais, os limites são de US\$ 250 mil (duzentos e cinquenta mil dólares norte-americanos) e US\$ 8 milhões (oito milhões de dólares norte-americanos), respectivamente.⁶¹ A propósito, foram mantidos os limites para bens e serviços acordados anteriormente no âmbito do Acordo de Livre Comércio entre Estados Unidos e Canadá, isto é, US\$ 25 mil (vinte e cinco mil dólares norte-americanos). Vale destacar ainda um ponto importante já citado: foi prevista a incorporação de entidades dos governos estaduais ou provinciais, como resultado de futuras negociações, em bases voluntárias e com reciprocidade.

A abrangência dos bens e serviços e obras públicas também é digna de observação. Conforme já destacado, são apontadas para cada signatário as exceções ao universo de bens e serviços cobertos pelo acordo e, no caso de obras públicas, compreende aquelas definidas em lista positiva comum dos três países. Aos signatários foi permitida a indicação de outras exceções à cobertura do acordo, além das enunciadas anteriormente. A mais relevante delas, por suas implicações na restrição ao acesso ao mercado de compras governamentais, diz respeito, sem dúvida, à exceção cravada pelos Estados Unidos para os programas de apoio às pequenas empresas. Conforme amplamente descrito no capítulo V desta publicação (“Estados Unidos: Compras Governamentais no Contexto de Acordos Internacionais”), são reservadas para as pequenas empresas norte-americanas as compras governamentais de até US\$ 100 mil (cem mil dólares norte-americanos), o que tornam redundantes os limites para bens e serviços acordados no Nafta.

São previstos procedimentos, inclusive prazos, para a aplicação das modalidades clássicas de licitação. Como regra, deve ser adotada a licitação aberta, admitindo-se as demais modalidades, a saber: licitação seletiva, com ou sem listas de fornecedores, e licitação restrita. Com vistas a buscar a transparência durante todo o processo licitatório, são previstos procedimentos para a divulgação de informações para todos os interessados, prestação de

61. Nos termos do artigo 1001, esses limites deverão ser revisados, tomando como base a taxa de inflação dos Estados Unidos, conforme definido no Anexo 1001.1c. Os limites em vigor em 2002 são apresentados na nota 65 deste Texto para Discussão.

informações aos demais signatários e mecanismos de impugnação, que permitem a qualquer interessado objetar os termos da licitação, durante todo o processo.

O acordo incluiu ainda dispositivos relacionados com a cooperação técnica entre os países, bem como a previsão de programas destinados a promover maior participação do segmento de pequenas empresas dos três signatários. É importante ressaltar que esses dois artigos sugerem uma abrangência muito maior que sua real eficácia. A cooperação técnica se limita a incentivar a capacitação de agentes públicos e privados, e o estímulo à maior participação de pequenas empresas nas compras governamentais fica praticamente restrito à formação de comitê tripartite, com a atribuição de identificar oportunidades para treinamento das pequenas empresas em procedimentos acerca de compras governamentais, ou banco de dados sobre micro e pequenas empresas – enquanto isso, é mantida a reserva para as pequenas empresas estadunidenses, já comentada.

São previstas negociações futuras, com o objetivo de ampliar a abrangência do acordo. A propósito, cabe ressaltar que a principal forma de ampliação de cobertura se refere à adesão, em bases negociadas e recíprocas, de entidades dos governos estaduais ou provinciais e suas empresas.

Finalmente, cabe chamar a atenção sobre previsão de período de transição para o México, em que se destacam os seguintes pontos:

Está previsto no Apêndice 1001.1b-2-A que o México apresentaria, até 1º de julho de 1995, lista **negativa** definitiva em serviços (uma lista negativa **preliminar** foi definida na Seção B do Anexo 1001.1b-2, mas não completada até abril/2002). Enquanto o México não definir a lista de serviços, vigora lista **positiva** temporária, definida no Apêndice 1001.1b-2A.

No Anexo 1001.2a foi prevista a possibilidade de exclusão das obrigações do acordo de compras governamentais de percentual decrescente, variando de 50 % em 1994 a 30% em 2002, e zero por cento a partir de 2003, do valor total dos contratos de compras de bens, serviços e construções da empresa petrolífera Pemex, da Comisión Federal de Electricidad – CFE –, e das contratações de outros serviços de construção civil (excluídas as construções relacionadas à energia) realizadas por entidades e empresas públicas (outras exceções encontram-se nas Notas Gerais do Anexo I deste trabalho). A base de cálculo citada não inclui as aquisições e contratações financiadas por empréstimos de instituições financeiras regionais e multilaterais e as contratações de valor abaixo dos patamares de aplicação do acordo.

Foi previsto que até 01/01/2002 o acordo não se aplicaria a compras de produtos farmacêuticos não patenteados no México ou cujas patentes mexicanas hajam expirado.

Finalmente, reconhecendo que o México poderia necessitar de capacitação intensiva de pessoal, introdução de novos sistemas de dados e sistemas de relatórios, e ajustes significativos nos sistemas de contratação de algumas entidades públicas, previu-se a realização de consultas anuais, durante os primeiros cinco anos a partir da data de entrada em vigor do acordo, para se analisarem os problemas do período de transição e se estabelecerem soluções acordadas. Essas soluções poderiam incluir ajustes às obrigações do México, desde que apropriados.

4.2 COBERTURA, ÂMBITO DE APLICAÇÃO E MODALIDADES DE LICITAÇÃO

O capítulo X do Nafta abrange as contratações de bens e serviços, inclusive construção, ou a combinação de bens e serviços, realizadas por meio de aquisições, *leasing* ou aluguel, com ou sem opção de compras, pelas entidades dos governos federais apontadas no Anexo 1001.1a-1; pelas empresas estatais indicadas no Anexo 1001.1a-2; ou ainda entidades estaduais ou provinciais que venham a ser indicadas no Anexo 1001.1 a-3, como resultado de futuras negociações.

Não estão abrangidas:

- a) as várias formas de assistência governamental, os acordos de cooperação, as transferências, os empréstimos, os aportes de capital, as garantias, os incentivos fiscais e os fornecimentos de bens ou serviços para pessoas ou governos estaduais ou provinciais, e regionais; e
- b) as contratações de agências de apoio, de auditoria e controle que provêm assessoria a órgãos governamentais; as contratações de serviços financeiros necessários à liquidação e gerência de instituições financeiras; e as contratações de serviços para as operações de compra e venda de títulos públicos.

Estão previstos procedimentos a serem adotados nas modalidades clássicas de licitação – aberta, seletiva ou restrita, cujos valores estimados sejam iguais ou superiores aos limites mínimos acordados,⁶² abrangendo todos os bens e serviços, com exceção das compras dos órgãos de defesa e de listas negativas de serviços no Anexo 1001.1b-2 – os serviços de construção cobertos encontram-se relacionados em lista positiva constante do Apêndice 1001.1b-3-A.

Atendidas as condições previstas, fica conferido o tratamento nacional, não discriminatório aos bens, serviços e fornecedores dos demais Estados-partes. Nos termos do Artigo 1003,

“(…) cada uma das Partes concederá aos bens da outra Parte, aos fornecedores desses bens e aos fornecedores de serviços de outra Parte tratamento não menos favorável que o mais favorável concedido:

- a) aos seus próprios bens e fornecedores; e
- b) aos bens e fornecedores de outra Parte.”

Além disso, “(…) nenhuma das Partes poderá:

- a) conferir a um fornecedor local um tratamento menos favorável que o concedido a outro fornecedor local, em razão do grau de afiliação ou propriedade estrangeira; ou
- b) discriminar um ofertante local em razão de que os seus bens e serviços oferecidos numa aquisição específica são bens ou serviços de outra Parte.”

62. Os limites acordados foram os seguintes: a) para entidades do governo federal: US\$ 50.000,00 para contratos de bens, serviços ou qualquer combinação desses, e US\$ 6.500.000 para contratos de serviços de construção; b) para empresas governamentais: US\$ 250.000 para contratos de bens, serviços ou qualquer combinação desses e US\$ 8,0 milhões para contratos de serviços de construção; c) para entidades dos governos estaduais e provinciais, o limite aplicável será objeto de entendimentos entre as partes.

O tratamento não se aplica a tarifas aduaneiras ou outros encargos incidentes sobre as importações, ao método de cobrança das tarifas ou encargos, nem a outras regulamentações, restrições ou exigências formais que recaem sobre as importações de bens ou serviços.

4.3 VALORAÇÃO DOS CONTRATOS

Nos termos do Artigo 1001, parágrafo 4, “nenhuma das partes conceberá, elaborará ou estruturará um contrato de forma a evadir-se das obrigações deste capítulo (compras governamentais)”.

Com o objetivo de impedir que uma entidade venha a escolher um método de valoração ou um fracionamento dos contratos que implique elisão dos limites acordados, a partir dos quais se aplicam as regras, são apontadas no Artigo 1002 as regras para se determinar o valor estimado de cada contrato, a saber:

- a) o valor estimado do contrato deverá considerar todas as formas de remuneração, inclusive prêmios de seguro, taxas, comissões e juros;
- b) no caso de uma aquisição específica, resultante da adjudicação de mais de um contrato ou de contratos adjudicados por partes, considerar como base de valoração:
 - i) o valor real dos contratos recorrentes similares, celebrados durante o exercício fiscal precedente ou nos 12 meses anteriores, ajustado em função de alterações previstas na quantidade e no valor para os 12 meses seguintes; ou
 - ii) o valor estimado dos contratos recorrentes efetivados durante o exercício fiscal ou nos 12 meses seguintes ao contrato inicial;
- c) nos casos de contratos de arrendamento ou aluguel, com ou sem opção de compra, ou no caso de contratos em que não se especifica um preço total, considerar como base de valoração:
 - i) contratos por prazo fixo, de 12 meses ou menos: valor total do contrato durante seu período de vigência; ou, se o prazo for superior a 12 meses, o valor total incluído o valor residual estimado; ou
 - ii) contratos por prazo indeterminado: pagamento mensal estimado multiplicado por 48 – esse método deverá ser utilizado também nos casos em que a entidade não tiver certeza se o contrato será por prazo determinado ou indeterminado;
- d) quando as normas da licitação contiverem cláusulas de opção (*option clauses*), considerar o valor total da compra máxima permitida, incluindo todas as possíveis compras opcionais.

4.4 ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS, REGRAS DE ORIGEM E COMPENSAÇÕES ESPECIAIS

Especificações técnicas, regras de origem, ou exigências relativas a compensações, tais como requisitos de conteúdo nacional, transferência de tecnologia, investimentos, etc, podem reduzir a capacidade de participação dos agentes nas licitações e direcionar as compras para determinados produtos ou fornecedores. Assim, requer-se que os atri-

butos e especificações técnicas sejam suficientemente abrangentes, para não se quebrar os princípios que devem reger as aquisições e contratos realizados pela administração pública: competição e impessoalidade.

Nos termos do Artigo 1007, cada país-membro deverá assegurar que suas entidades não elaborarão, adotarão nem aplicarão qualquer especificação técnica com o objetivo de criar obstáculos ao comércio. Quando necessária, a especificação técnica deverá ser elaborada levando em conta critérios de funcionamento, baseada em normas internacionais, regulamentos técnicos nacionais, normas nacionais reconhecidas ou códigos de construção, sem exigência ou referência à marca ou nome comercial, patente, desenho, tipo, origem específica, produtor ou fornecedor – se a referência for indispensável para a especificação do bem ou serviço objeto da licitação, deverá apresentar a expressão “ou equivalente”.

Além disso, fica vedada às entidades a aceitação ou solicitação de assessoramento de empresa ou indivíduo que possa ter interesses comerciais na licitação para a preparação da especificação técnica, de tal forma que possa impedir ou reduzir a concorrência.

Para se beneficiar do acesso ao mercado de compras governamentais, os bens deverão atender às regras de origem acordadas aplicadas às “operações comerciais normais” (Artigo 1004) – as regras de origem a serem aplicadas às “operações comerciais normais” estão previstas no capítulo IV do Nafta.

Também com o objetivo de se evitar a limitação ou restrição da competição, é vedada a exigência ou consideração, em qualquer etapa do processo licitatório, de condições compensatórias especiais como conteúdo local, concessão de licenças para uso de tecnologia, investimentos, comércio compensatório (*counter trade*), ou ainda outros requisitos análogos, destinados a promover o desenvolvimento local ou melhorar as contas do balanço de pagamentos (Artigo 1006).

4.5 PROCEDIMENTOS DE LICITAÇÃO: QUALIFICAÇÃO DE FORNECEDORES

A seção B do capítulo X trata dos procedimentos de licitação. Como norma geral, são reafirmados os princípios da não-discriminação, impessoalidade e publicidade no acesso a todas as informações por parte de todos os interessados (Artigos 1008 e 1009).

Para a qualificação dos fornecedores (Artigo 1009), cada signatário deverá “assegurar que cada uma de suas entidades utilize um procedimento único (...), podendo empregar procedimentos adicionais de qualificação se estiver preparada, a pedido de outra Parte, para explicar essa necessidade e procurar reduzir ao mínimo as diferenças entre os procedimentos de qualificação de suas entidades” (Artigo 1009,3).

Ao reafirmar que uma entidade não deve utilizar o processo ou o tempo de qualificação para excluir fornecedores (Artigo 1009,2,d), resguarda a exclusão de fornecedores em decorrência de declaração falsa ou falência (Artigo 1009, 4).

As condições para a habilitação dos participantes – qualificações técnicas, garantias e informações para se verificar a capacidade financeira, comercial e técnica devem ser as indispensáveis para assegurar o cumprimento dos contratos, e tornadas públicas

aos interessados com a devida antecedência. Ao se avaliar a capacidade financeira, comercial e técnica de um fornecedor, deverá ser considerada toda a sua atividade, “incluindo tanto a exercida no território da Parte do provedor, como em território da Parte da entidade licitante” (Artigos 1009,2,b e 1009,2,c).

A existência de lista de fornecedores qualificados tampouco deve se constituir em obstáculo à competição e participação ampla dos interessados. Assim, são previstos procedimentos para a qualificação de novos fornecedores, que passam a integrar tais listas (Artigo 1009,2, g,h i e j).

4.6 PROCEDIMENTOS: AVISOS, EDITAIS E PRAZOS PARA LICITAÇÃO E ENTREGA DAS PROPOSTAS

Com vistas a permitir ampla divulgação e acesso às informações por parte de todos os interessados, são estipulados procedimentos relativos à publicação, nos meios indicados por cada signatário, no Anexo 1010,1, dos avisos e/ou convites para participação nas licitações. Além de destacar no aviso que a compra a que se refere está amparada pelo acordo, deve ser assegurado o acesso à informação, de forma equitativa, a todos os interessados – nos casos de alterações nos termos dos avisos ou editais já publicados, deverá ser dada a mesma divulgação que a concedida para a publicação original.

Em todas as licitações realizadas nas modalidades aberta ou seletiva, os avisos deverão conter as informações de praxe, a saber (Artigo 1010, 1 e 2):

- a) descrição da natureza e quantidade dos bens e serviços que serão adquiridos, incluindo qualquer opção de compra futura;
- b) modalidade de licitação e indicação se há previsão de negociação;
- c) datas e endereço para encaminhamento de todas as solicitações – para ser convidado para licitação, para se qualificar na lista de fornecedores, para envio das propostas, endereço da entidade que adjudicará o contrato e responsável pela prestação das informações solicitadas; data limite para entrega/recebimento das propostas, e o idioma ou idiomas em que serão apresentadas; data de início e conclusão ou entrega dos bens ou serviços licitados; e
- d) requisitos econômicos, técnicos, garantias financeiras e documentos requeridos dos fornecedores.

Com relação às compras programadas, quando a entidade licitante for empresa pública, são especificados os procedimentos a serem observados e as informações mínimas que deverão estar contidas nos avisos de licitação (Artigo 1010,3 e 1010,4).

Os editais de licitação fornecidos a todos os interessados, mediante solicitação, devem conter, além das apontadas nos avisos, as seguintes informações (Artigo 1013):

- a) nomes das pessoas autorizadas a assistir a abertura das propostas e a data, hora e lugar da abertura;
- b) critérios de adjudicação dos contratos, inclusive indicação de qualquer fator, além do preço, que deverá ser considerado na avaliação das propostas; ele-

mentos de custos, tais como transporte, seguro e inspeção, direitos aduaneiros e demais taxas de importação, impostos e a moeda de pagamento; e

c) termos do pagamento e qualquer outro requisito ou condição.

O Artigo 1012 dispõe sobre os prazos para a licitação e para a entrega das propostas e dos bens e serviços objeto da licitação. Os prazos, consistentes com as necessidades das entidades, deverão ser suficientes para que os interessados possam preparar e apresentar as propostas, levando em conta a complexidade e o tempo necessário para enviá-las pelo correio, a partir do exterior e do território nacional. Em relação às datas de entrega dos bens ou serviços, as entidades deverão considerar a complexidade da compra, a subcontratação prevista e o tempo necessário para a produção, despacho e transporte dos bens. Nas modalidades de licitação aberta,⁶³ ou seletiva com lista permanente de fornecedores, o prazo para o recebimento das propostas não poderá ser inferior a 40 dias, contados a partir da data de publicação do aviso ou do convite a licitar. Em se tratando de licitação seletiva sem lista de fornecedores qualificados, o prazo para a apresentação de solicitação de convite pelos interessados não poderá ser inferior a 25 dias, a partir da data de publicação do aviso, ao qual se acrescentam 40 dias para a apresentação ou recebimento das propostas, contados a partir da emissão do convite para licitar.

No Artigo 1012,3, estão previstas também as hipóteses em que poderão ser utilizados prazos inferiores aos apontados. Mesmo no caso de urgência, devidamente justificada, os prazos não poderão ser inferiores a 10 dias, contados a partir da publicação do aviso.

Cabe destacar que “(...) nenhuma entidade penalizará o fornecedor cuja oferta seja recebida no local designado no edital de licitação depois do vencimento do prazo fixado, se este atraso se der por descuido da entidade. A entidade também poderá, em circunstâncias excepcionais, admitir ofertas recebidas após vencido o prazo para recebimento das propostas se assim autorizarem os procedimentos da entidade” (Artigo 1015).

4.7 PROCEDIMENTOS: DISCIPLINAS DE NEGOCIAÇÃO, APRESENTAÇÃO, RECEBIMENTO E ABERTURA DAS PROPOSTAS E ADJUDICAÇÃO DE CONTRATOS

O Artigo 1014 dispõe sobre as disciplinas de negociação, utilizadas “fundamentalmente para identificar os aspectos vantajosos e desvantajosos das propostas” (Artigo 1014,2). Entretanto, as entidades poderão conduzir negociações somente se tiverem indicado tal procedimento no aviso de licitação, e quando considerarem “(...) na avaliação das ofertas, (...) que nenhuma oferta é claramente mais vantajosa segundo os critérios concretos de avaliação anunciados nos avisos ou nas normas da licitação” (1014,1,b). São especificados procedimentos a serem observados, com vistas à imparcialidade e igualdade de oportunidades para todos os fornecedores participantes do processo.

No Artigo 1015 são estabelecidos os procedimentos para a apresentação, recebimento, abertura das propostas e adjudicação dos contratos. As propostas deverão ser apresen-

63. Nos termos do Artigo 1025, que trata de definições, nas licitações abertas todos os interessados podem apresentar propostas; na licitação seletiva podem apresentar propostas os interessados convidados pelas entidades; na restrita, utilizada nas circunstâncias e condições especiais especificadas, a entidade contata o fornecedor diretamente.

tadas por escrito, diretamente ou por correio, não sendo permitida a apresentação por via telefônica. Quando for prevista e permitida a apresentação por meio de telex, telegrama, telecópia ou outros meios de transmissão eletrônica, a proposta – a ser confirmada por carta ou cópia assinada do documento na forma utilizada – deverá incluir toda a informação necessária para a avaliação, em particular o preço definitivo proposto e uma declaração de concordância com todas as cláusulas e condições da licitação.

Atente-se que o conteúdo do documento, na sua forma original, deverá prevalecer, caso haja alguma contradição destes documentos com algum outro recebido depois do prazo limite para recebimento das propostas, responsabilizando-se as entidades pela guarda e manutenção da documentação, para apresentação diante de eventuais consultas, impugnação, etc.

Com relação às adjudicações dos contratos, realizadas conforme critérios e requisitos apontados nos editais e avisos, determina-se que “para que uma oferta possa ser considerada (...), terá de cumprir, no momento da abertura, os requisitos essenciais estipulados no aviso ou no edital de licitação (...)” (Artigo 1015,4,a). Nenhuma entidade poderá condicionar a adjudicação de um ou mais contratos a um ofertante já contratado anteriormente, ou que tenha experiência prévia de trabalho no território da entidade contratante (1015,5).

Salvo por motivo de interesse público, em que uma entidade decide não adjudicar um contrato, a adjudicação será feita ao proponente que apresentar menor preço ou a proposta considerada mais vantajosa, de acordo com os critérios específicos de avaliação estabelecidos no aviso ou no edital de licitação, considerado plenamente capaz de executar o contrato (Artigo 1015,3). No caso de oferta com preço anormalmente inferior às demais, a entidade poderá assegurar-se de que o potencial fornecedor satisfaz as condições de participação, é ou será capaz de cumprir o contrato (Artigo 1015,3).

São previstos procedimentos para assegurar a transparência e publicidade nesta etapa do processo licitatório. Assim, prevê-se que a entidade publique aviso, no prazo de 72 dias após a adjudicação, contendo informações sobre os contratos adjudicados (Artigo 1015,7). Além disso, se solicitadas, a entidade deverá fornecer informações sobre os mesmos, inclusive para os participantes cujas propostas tenham sido rejeitadas.

4.8 LICITAÇÃO SELETIVA E LICITAÇÃO RESTRITA

Conforme o Artigo 1025 – Definições –, enquanto na modalidade de licitação aberta é permitida a participação de todos os interessados, na seletiva podem apresentar ofertas apenas os fornecedores convidados pela entidade.

O Artigo 1011 define os procedimentos especiais a serem observados na licitação seletiva. Em cada aquisição ou contratação deverá ser convidado o maior número possível de fornecedores nacionais e de outras partes, conjugando os objetivos de promover a competição e atender às necessidades das entidades licitantes.

Tal modalidade admite a utilização de lista de fornecedores qualificados. Quando isso ocorrer, prevê-se não apenas que sejam concedidas condições e oportunidades de participação, de forma equitativa, para todos os fornecedores delas constantes, como também a possibilidade de ingresso de novos interessados. Assim, desde que o interessado atenda

aos requisitos de qualificação, poderá apresentar proposta, permitindo-se à entidade limitar o número de novos fornecedores apenas em decorrência de eventuais perdas de eficiência nesse processo simplificado de compras. Atente-se que, mediante solicitação, um comprador não convidado ou que tenha proposta de participação rejeitada, deverá receber prontamente informações sobre a decisão da entidade licitante.

A decisão pela manutenção de listas de fornecedores qualificados implica também a obediência a certos procedimentos: as entidades deverão divulgar anualmente um aviso contendo as listas vigentes, incluindo os primeiros da lista, com a correspondente relação de bens e serviços; as condições que os fornecedores devem atender e os métodos segundo os quais as entidades verificarão o cumprimento de cada uma delas, para que novos fornecedores possam ser incluídos nas listas; e o período de validade das listas e as formalidades para sua renovação (Artigo 1010,6).

São especificadas as circunstâncias e condições em que poderá ser utilizada a licitação restrita, modalidade em que “ (...) uma entidade se comunica individualmente com os fornecedores (...)” (Artigo 1025).

São as seguintes as circunstâncias e condições para utilização da licitação restrita, conforme o Artigo 1016:

- a) ausência de propostas, após utilização das modalidades de licitação aberta ou seletiva; propostas que não se ajustam aos requisitos essenciais da licitação, ou ainda quando se constata conluio entre os ofertantes;
- b) não cumprimento das condições de participação pelos ofertantes, desde que os requisitos da licitação original não sejam substancialmente modificados;
- c) aquisições de obras de arte, ou bens ou serviços protegidos por patentes, direitos autorais e outros direitos exclusivos, ou ainda de informação reservada;
- d) quando, por razões técnicas, não houver concorrência, e os bens ou serviços são ofertados por um fornecedor determinado, sem alternativas ou substitutos razoáveis;
- e) urgência devida a acontecimentos não previstos, e impossibilidade de obtenção de bens ou serviços em tempo hábil, se adotadas as modalidades de licitação aberta ou seletiva;
- f) entregas adicionais pelo fornecedor original para reposição, continuação ou ampliação de serviços, materiais, ou instalações existentes, em que a mudança de fornecedor obriga a entidade a adquirir equipamentos ou serviços que não se ajustam ao requisito de ser permutável com o equipamento ou serviços já existentes, incluindo o *software*, na medida em que a compra inicial deste encontrar-se coberta pelo capítulo X do acordo;
- g) aquisição de protótipos ou um primeiro bem ou serviço desenvolvido a pedido da entidade licitante, no transcurso ou execução de um determinado contrato de pesquisa, experimentação, estudo ou desenvolvimento original.
- h) aquisição de produtos básicos;
- i) compras efetuadas em condições excepcionalmente favoráveis que só são oferecidas a curto prazo, tais como as ofertas extraordinárias realizadas por empresas que normalmente não são fornecedoras; ou oferta de ativos de empre-

sas em liquidação ou sob administração judicial – não inclui as compras ordinárias realizadas com fornecedores habituais;

- j) contratos que serão adjudicados ao ganhador do concurso de desenho arquitetônico, sob condições em que o concurso é organizado conforme os princípios do acordo, inclusive em relação à publicação do convite aos fornecedores qualificados a participar; ou organizado com o propósito de adjudicar o contrato de desenho ao vencedor; e submetido a júri independente; ou
- k) quando uma entidade utilizar-se de serviços de consultoria de natureza confidencial.

No caso previsto no item “g”, cumpridos os contratos, as compras efetuadas de bens ou serviços, posteriormente deverão se ajustar aos procedimentos previstos para a realização de licitações nas modalidades aberta ou seletiva, cabendo destacar, ainda, que “o desenvolvimento original de um primeiro bem pode incluir sua produção em quantidade limitada com objetivo de se obter os resultados das provas na prática e demonstrar que o produto é indicado para produção em série, satisfazendo padrões de qualidade, mas não inclui a produção em série para determinar a viabilidade comercial ou para recuperar os custos de pesquisa e desenvolvimento” (Artigo 1016,2,e)

Atente-se que, quando utilizada tal modalidade, deverá ser elaborado relatório sobre cada contrato adjudicado, com informações sobre o nome da entidade, valor, tipo e país de origem dos bens e/ou serviços adquiridos e declaração sobre as circunstâncias e condições que a justificaram.

4.9 PROCEDIMENTOS: IMPUGNAÇÃO

Para garantir a transparência e impessoalidade, todos os aspectos do processo licitatório, “a partir do momento em que se define o requisito de compra até a adjudicação do contrato”, poderão ser objeto de questionamento/impugnação, conforme Artigo 1017. Devendo ser consideradas de forma imparcial e prontamente as reclamações apresentadas às entidades, incentiva-se a busca de solução e entendimento entre as partes, entidade e interessado, antes de se iniciar o processo de impugnação.

É de se observar que poderá ser determinado que o fornecedor notifique a entidade que estará iniciando um procedimento de impugnação. A Parte poderá limitar o prazo para se iniciar o procedimento, que não poderá ser inferior a dez dias úteis, contados a partir do momento em que a fundamentação da reclamação passa a ser conhecida (ou deveria ser do conhecimento) do interessado.

Deverá ser estabelecida ou designada uma autoridade revisora, bem como os procedimentos a serem adotados. Está prevista, inclusive, a postergação da adjudicação do contrato, até que seja solucionada a pendência. Ademais, “cada Parte deverá assegurar-se de que cada uma de suas entidades mantenha a documentação completa relativa a todas suas compras, inclusive um registro por escrito de todas as comunicações que afetam substancialmente cada compra, **durante um período de pelo menos três anos a partir da data em que o contrato foi adjudicado**” (Artigo 1017,1, p - grifo nosso).

4.10 INFORMAÇÕES DOS SIGNATÁRIOS, RETIFICAÇÕES, MODIFICAÇÕES, EXCEÇÕES E DENEGAÇÃO DE BENEFÍCIOS

O capítulo X fixa também os compromissos relativos às informações a serem prestadas por cada país signatário. Além da publicação nos meios indicados nos anexos sobre as entidades abrangidas, avisos, editais, convocatórias e outras informações sobre as licitações pretendidas e realizadas, prevê-se que sejam publicadas nos mesmos veículos de comunicação, prontamente, a regulamentação, jurisprudência e atos relativos às compras governamentais cobertas. Nos termos do Artigo 1019, além da publicação apontada, está previsto o fornecimento de informações e esclarecimentos, mediante solicitação de qualquer outro signatário, sobre os contratos, ofertas descartadas, normas, leis, etc.

Anualmente, deverão ser apresentados informes sobre as compras cobertas por cada signatário (Artigo 1019,7), abrangidas pelo capítulo X do Nafta, contendo:

- a) estatísticas sobre o valor estimado de todos os contratos adjudicados, tanto abaixo como acima do valor dos patamares aplicáveis, discriminadas por entidades;
- b) estatísticas sobre o número e valor total dos contratos de valor superior aos limites aplicados, discriminadas por entidades, categorias de bens ou serviços, e por países de origem dos bens e serviços adquiridos;
- c) estatísticas sobre o número e o valor total dos contratos adjudicados sob a modalidade de licitação restrita, discriminadas por entidades, por categoria de bens e serviços e por país de origem dos bens e serviços adquiridos;
- d) estatísticas sobre o número e valor total dos contratos adjudicados conforme as exceções indicadas por cada signatário – exceções apontadas nos Anexos 1001.2a e 1001.2b, discriminadas por entidades.

Nos Artigos 1022 e 1023 estão previstos, respectivamente, as possibilidades e procedimentos a serem adotados nos casos de retificações e alteração da cobertura como também a retirada de entidade(s) da lista constante do Anexo 1001.1a-2, em decorrência de privatização de empresas estatais federais.

Apenas em circunstâncias excepcionais um país signatário poderá alterar a cobertura e abrangência das compras governamentais. Quando, e se tal fato ocorrer, não apenas deverão ser observados os procedimentos previstos, como, sobretudo, “propor às Partes compensações apropriadas (...), com o objetivo de manter um nível de cobertura comparável ao existente antes da modificação” (Artigo 1022,2,c). Cabe destacar que, a despeito do previsto anteriormente, o signatário estará dispensado da compensação quando promover reorganização do setor público ou descentralização na execução de ações (1022,4).

O Artigo 1023 dispõe sobre a eliminação de empresas estatais federais das listas nacionais de entidades sujeitas aos termos acordados sobre compras governamentais. Determinando expressamente que “nada do disposto neste capítulo será interpretado no sentido de impedir uma Parte de retirar uma entidade (...)” (da lista de entidades sujeitas aos termos acordados – Artigo 1023,1), nada dispõe sobre a dispensa ou obrigatoriedade de compensação decorrente de tal ação. A prevalecer o disposto no Artigo 1022, não haveria impedimento de se eliminar da lista de cobertura uma empresa estatal que viesse a ser privatizada a partir da vigência do acordo, mas haveria com-

pensação para tal. Assim, tendo em vista que artigos no mesmo molde poderão vir a compor os termos do acordo no âmbito da Alca, com implicações para os programas de privatização das Partes, parece fundamental que o alcance e conseqüências sejam devidamente clarificados.

Artigo 1018,1 dispõe sobre as exceções clássicas em matéria de compras governamentais, a saber:

“Artigo 1018 : Exceções

- 3 Nenhuma disposição deste capítulo será interpretada no sentido de impedir uma Parte de adotar qualquer medida ou abster-se de revelar informações que considere necessárias para proteger seus interesses essenciais em matéria de segurança no que se refere à compra de armas, munições ou material de guerra, ou compra indispensável para a segurança nacional ou para fins de defesa nacional.
- 4 Desde que essas medidas não sejam aplicadas de maneira arbitrária ou constituam injustificável discriminação entre as Partes (...) ou que impliquem uma restrição disfarçada ao comércio (...), nenhuma disposição deste capítulo será interpretada como impedimento de estabelecer ou manter medidas:
 - a) necessárias para proteger a moral pública, a ordem ou a segurança;
 - b) necessárias para proteger a saúde e a vida humana, animal ou vegetal;
 - c) necessárias para proteger a propriedade intelectual; ou
 - d) relacionadas com bens ou serviços produzidos por deficientes físicos, instituições filantrópicas ou resultado de trabalho penitenciário.”

Finalmente, o Artigo 1005 dispõe sobre a denegação ou recusa dos benefícios previstos em matéria de contratação de serviços. Trata-se de cláusula que busca assegurar o cumprimento de “regra de origem” para serviços. Atendidos os procedimentos previstos – notificação prévia e realização de consultas –, “uma Parte poderá negar os benefícios derivados deste capítulo a um prestador de serviços de outra Parte, quando a Parte determinar que o serviço é prestado por uma empresa de propriedade ou sob controle de indivíduos de um país que não é Estado signatário e que não realiza atividades de negócios substanciais em território de qualquer das Partes.” (Artigo 1005,1). Além disso, “a parte poderá denegar os benefícios deste capítulo a uma empresa de outra Parte, se a mesma for de propriedade ou estiver sob o controle de nacionais de qualquer país que não seja Parte”, e:

- a) as circunstâncias estabelecidas no Artigo 1113(1)(a) (denegação de benefícios) são cumpridas; ou
- b) A Parte que negar os benefícios adota ou mantém, com respeito ao país que não é Parte, medidas que proíbam transações com a empresa, “que seriam violadas ou elididas se os benefícios deste capítulo fossem concedidos a essa empresa.” (Artigo 1005,2) .

É de se observar que o capítulo XI do Nafta diz respeito ao tratamento a ser conferido aos investimentos. Nos termos do Artigo 1113,1, poderão ser denegados os benefícios relativos aos investimentos – investidores, empresas e seus investimentos –

se tais empresas forem de propriedade ou controladas por investidores de países com os quais o país signatário não mantém relações diplomáticas.

4.11 COOPERAÇÃO TÉCNICA E PROGRAMAS DE PARTICIPAÇÃO PARA PEQUENAS EMPRESAS

Os Artigos 1020 e 1021 dispõem, respectivamente, sobre a cooperação técnica em matéria de compras governamentais e participação das pequenas empresas.

Está prevista a troca de informações e a de participação em programas que capacitem e orientem para agentes do setor público e privado destinados a melhorar a compreensão dos sistemas de compras de cada signatário, bem como buscar a ampliação de oportunidades para os interessados (Artigo 1020).

Merece atenção especial o disposto no Artigo 1021: Programas de Participação Conjunta para a Micro e Pequena Empresa. A despeito da abrangência sugerida, limita-se a prever a formação do Comitê da Pequena Empresa, que deve se reunir pelo menos uma vez por ano, com atribuições de “facilitar” atividades como a identificação de oportunidades disponíveis para treinamento das micro e pequenas empresas em procedimentos sobre compras e de micro e pequenas empresas interessadas em associar-se comercialmente às congêneres no território dos demais signatários; desenvolver bancos de dados sobre MPE, “para serem utilizados por entidades de outra Parte que desejem realizar compras de MPE; realizar consultas sobre critérios de elegibilidade utilizados por cada signatário para qualquer programa de micro e pequenas empresas e realizar “atividades para tratar de qualquer assunto relacionado”.

4.12 – PREVISÃO DE NEGOCIAÇÕES FUTURAS

Por fim, o Artigo 1024 dispõe sobre as negociações futuras. Neste artigo foi previsto o início de negociações destinadas a ampliar a liberalização do mercado regional de compras governamentais, “no mais tardar em 31 de dezembro de 1998” (Artigo 1024,1), cerca de cinco anos a partir da vigência e seis anos a partir da assinatura. Além disso, determinou-se ainda que, no mais tardar um ano após a data de entrada em vigor do acordo, isto é, no máximo até 1º de janeiro de 1995, deveriam ser celebradas negociações sobre o uso de meios eletrônicos nas licitações (Artigo 1024,5).

Estabeleceu-se que, nas negociações, seriam revisados todos os aspectos sobre as práticas de compras do setor público para efeitos de:

- a) avaliar o funcionamento dos sistemas de compras do governo;
- b) buscar ampliar a cobertura deste capítulo, incluindo a incorporação de: i) outras empresas governamentais; e ii) as compras sujeitas da alguma outra maneira a exceções legislativas ou administrativas; e
- c) revisar o valor dos patamares (Artigo 1024,2).

Nos termos do parágrafo 3, anteriormente à revisão, os signatários deveriam realizar consultas com seus governos estaduais ou provinciais, com vistas a obter sua ade-

são, em base voluntária e recíproca, para incorporação de compras realizadas pelas suas entidades e empresas estatais.

Finalmente, considerando que à época da assinatura do Nafta estavam se processando as negociações do Gatt – Rodada Uruguai, que culminaram com os acordos firmados no âmbito da OMC, previu-se que se as negociações do Acordo de Compras Governamentais do Gatt terminassem antes da data de revisão prevista no Nafta, os signatários deveriam “iniciar imediatamente consultas com seus governos estaduais e provinciais, com o objetivo de obter, em bases voluntárias e recíprocas, compromissos para a inclusão das compras de suas entidades e empresas (no escopo do acordado sobre compras governamentais) , e ampliar as obrigações e a cobertura (...) para um nível pelo menos equivalente ao do Código”, isto é, nova versão do Acordo sobre Compras Governamentais do Gatt.⁶⁴

4.13 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atendo-se ao marco normativo sobre compras governamentais do Nafta, é importante acrescentar ou reiterar algumas considerações. Em primeiro lugar, reconhecendo as condições mais desfavoráveis na adaptação de suas instituições à abertura do mercado de compras governamentais, foram previstas regras transitórias para o México, a saber: i) possibilidade de incorporação gradual às obrigações do capítulo X das aquisições de bens e serviços pelas estatais Pemex e Comisión Federal de Electricidade – CFE –, além das contratações de serviços de construção civil pelas demais entidades e empresas públicas; nesses casos, a totalidade das aquisições de bens e serviços e os serviços de construção estarão sujeitos às regras acordadas somente a partir de 1º de janeiro de 2003, o que corresponde a um período de transição de nove anos; ii) reconhecimento da necessidade de concessão de período de cinco anos para ajustes significativos nas normas internas e nos sistemas de contratação pública, podendo incluir, desde que apropriados, ajustes às obrigações; iii) exceção, até 01/01/2002, isto é, prazo de oito anos a partir da vigência, para as compras de produtos farmacêuticos não patenteados no México, ou cujas patentes mexicanas tenham expirado.

Além disso, foi prevista a alteração, pelo México, da lista de cobertura de serviços a ser processada até 1º de julho de 1995, isto é, decorrido um ano e meio da vigência. Segundo informações obtidas junto a representante do governo mexicano, o assunto vem sendo tratado por um Grupo de Trabalho tripartite, porém a lista continua sendo provisória.

Em segundo lugar, de acordo com o disposto no Artigo 1024, que determina sobre “Negociações Futuras”, com vistas a ampliar a cobertura do acordo, os limites de valor a partir dos quais se aplicam as regras acordadas estão sendo revisados a cada dois anos,⁶⁵ mas não houve avanço nas negociações destinadas a ampliar a cobertura, a despeito de início de negociações em 1998, conforme previsto no acordo.

64. O Acordo sobre Compras Governamentais da OMC entrou em vigência em 1º de janeiro de 1996. O tema é objeto de análise específica no capítulo “Organização Mundial do Comércio: Acordo sobre Compras Governamentais”.

65. Os limites atuais são os seguintes: US\$ 56.190,00 para bens e serviços e US\$ 7.304.733 para serviços de construção, aplicáveis às entidades dos governos centrais; US\$ 280.950 para bens e serviços e US\$ 8.990.862,00 para serviços de construção, aplicáveis às empresas governamentais.

É importante constatar que, no relatório apresentado pelo Grupo de Trabalho do Nafta sobre Compras Governamentais, referente ao período 1994 a 1996, foram registradas preocupações do Canadá e do México quanto ao prosseguimento das negociações. O Canadá expressou que a inclusão das entidades subcentrais deveria antes considerar as exceções existentes na legislação dos Estados Unidos, como os programas de preferência para pequenas empresas, as exigências do *Buy American Act* e as “preferências locais”. Quanto ao México, considerou que um “ambiente mais liberal nas preferências para pequenas empresas ajudaria o processo de negociações com os seus Estados”.⁶⁶ Informações atualizadas, provenientes de representante do governo mexicano, dão conta que a pretendida ampliação de cobertura não ocorreu não apenas em decorrência de pressões do setor privado, resistente à concessão de maior acesso a empresas estadunidenses e canadenses, como também de dispositivo constitucional que impede o governo central de dispor sobre as licitações promovidas pelas unidades subfederadas.

O Nafta constitui-se na maior área de livre comércio do mundo, reunindo mais de 400 milhões de pessoas e produzindo mais de US\$ 11 trilhões em bens e serviços. A diminuição das barreiras comerciais entre Estados Unidos, Canadá e México expandiu o comércio total entre os três países de US\$ 300 bilhões em 1993 para US\$ 676 bilhões em 2000, representando crescimento acumulado de 128 %. Para o México, a taxa de crescimento entre os dois períodos foi de 238 %, contribuindo com mais da metade da taxa de crescimento do produto nacional do país no período 1994-2000.

Decorridos oito anos desde o início da vigência do Nafta, é importante avaliar não apenas seus impactos globais sobre as economias dos três países signatários, mas sobretudo o resultado quanto ao acesso ao mercado de compras governamentais. A aferição dos resultados não é objeto deste trabalho, cujo escopo é a análise do marco normativo sobre compras governamentais no Nafta, mas sugere-se que sejam obtidas tais informações, agregadas às estimativas do impacto sobre a balança comercial brasileira, tendo em vista as negociações em curso para a conformação do Acordo de Livre Comércio das Américas e do Caribe – Alca.⁶⁷

5 ESTADOS UNIDOS: COMPRAS GOVERNAMENTAIS NO CONTEXTO DE ACORDOS INTERNACIONAIS

5.1 INTRODUÇÃO

Este capítulo analisa a política norte-americana de compras governamentais, por meio da descrição e avaliação das normas e procedimentos aplicados em alguns programas especiais da administração federal dos Estados Unidos, que se caracterizam pela adoção de mecanismos de proteção aos bens de fabricação interna, e nas licitações de órgãos e empresas públicas em geral.

66. Ver o relatório “1994-1996 Report on the NAFTA Government Procurement Working Group”, disponível em: www.sice.oas.org.
67. Esse tipo de levantamento iniciou-se recentemente com o trabalho “Algumas Implicações do Nafta para a Participação do Brasil na Alca”, de Renato Baumann e Ana Maria Franco, publicado pelo Ipea, e que integra um projeto maior, procurando quantificar em que grau as perdas e ganhos dos produtos de exportação brasileiros no mercado dos Estados Unidos podem ser atribuídos ao Nafta, e até que ponto as perdas podem ser associadas às facilidades de acesso ao mercado norte-americano dos produtos canadenses e mexicanos e a outras condições.

Os principais programas que direcionam as aquisições dos órgãos públicos aos bens produzidos internamente são o *Small Business Program*, voltado às pequenas empresas, o *Buy American Act*, que restringe as aquisições de produtos estrangeiros para uso interno nos Estados Unidos, e o *Balance of Payments Program*, que regula a aquisição dos Estados Unidos para utilização no exterior. Pela sua relevância, a análise estará concentrada no *Small Business Program* e no *Buy American Act*.

No contexto das negociações de Acordo sobre Compras Governamentais da Alca, torna-se fundamental analisar o alcance daquelas normas, com atenção especial às exceções de cobertura que venham a compor o acordo. Busca-se, portanto, verificar em que grau as normas vigentes, que dão operacionalidade à política governamental de aquisições e contratações de bens e serviços daquele país, podem dificultar o alcance dos objetivos de expansão das oportunidades de comércio entre os países signatários.

Inicia-se a análise, na seção 5.2, com uma breve descrição do sistema de coordenação das normas e procedimentos aplicados nas compras governamentais dos Estados Unidos, apresentando-se a conceituação de *government procurement*, a cobertura em termos dos órgãos submetidos às diretrizes de aquisições, os organismos responsáveis pela administração das normas, além dos princípios que orientam as agências federais e os responsáveis pelas aquisições.

A seção 5.4 apresenta as linhas gerais das restrições impostas pelos programas *Buy American Act* e *Balance of Payments Program* às aquisições de bens estrangeiros.

Tendo como referência as restrições impostas pelas disposições do *Buy American Act*, a seção 5.4.1 apresenta as diretrizes para as aquisições governamentais de produtos estrangeiros nas compras não amparadas por acordos comerciais e as prevalentes nas compras amparadas por acordos. Nessa última situação, são derogadas as restrições impostas pelo *Buy American Act* e pelo *Balance of Payments Program*, permitindo a concessão de tratamento não-discriminatório aos produtos estrangeiros em relação aos domésticos. Apresenta-se, ainda, a relação dos bens e serviços excluídos dos acordos internacionais assinados pelos Estados Unidos.

A seção 5.5 descreve a política de preferência às pequenas empresas nas compras do governo, com base nas determinações expressas em diversos dispositivos legais – o principal é o *Small Business Act* – que determinam aos órgãos públicos prioridade a essas empresas nos processos licitatórios.

A seção 5.6 analisa as normas gerais aplicadas nas aquisições de bens e serviços, compreendendo a divulgação das intenções de compra, os prazos concedidos para a apresentação das propostas, as modalidades de licitação, as exceções à competição ampla e aberta, e outras preferências a bens de produção interna, além das previstas nos programas citados.

Finalmente, na seção 5.7, são apresentados o resumo e as conclusões que se podem inferir da legislação levantada e de outras fontes consultadas.

Para a descrição e análise das políticas, normas e procedimentos, foi utilizada como fonte básica de informações a regulamentação contida na FAR – *Federal Acquisition Regulation* –, normativo que consolida as políticas e os procedimentos administrativos aplicados nas compras e contratações dos órgãos civis e militares e empresas públicas, dispersos em diversas leis, e abrangendo todas as etapas do processo de licitações governamentais.

As referências à FAR são dispostas entre parênteses, com a indicação da seção onde a informação se originou, servindo como indicador para aqueles que quiserem se aprofundar nos detalhes da regulamentação. Também é citada a legislação encontrada no *United States Code*, que consolida as leis aprovadas no Congresso dos Estados Unidos, fonte de muitas das disposições contidas na FAR. Não foram consideradas neste estudo as políticas específicas de compras adotadas por determinados órgãos, como por exemplo as compras do Departamento de Defesa.

5.2 A POLÍTICA DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS DOS ESTADOS UNIDOS: COBERTURA, DIRETRIZES E PRINCÍPIOS

No escopo da legislação estadunidense sobre compras governamentais, o termo *procurement* compreende “todas as etapas do processo de aquisição de bens ou serviços, começando com a determinação da necessidade da aquisição de um bem ou da contratação de serviços e terminando com a adjudicação do contrato ao vencedor da licitação e sua liquidação”. As regras e procedimentos licitatórios aplicam-se às “aquisições realizadas para o benefício direto e uso de entidades governamentais”, e abrangem as aquisições de bens e a contratação de serviços, construção e obras públicas, como também as operações de aluguel, *leasing*, com ou sem opção de compra, e qualquer combinação de bens e serviços.⁶⁸

Estão excluídas da definição de *procurement* as várias formas de assistência governamental, como os acordos de cooperação, doações, aportes de capital, garantias e fornecimentos de bens ou serviços para pessoas ou autoridades governamentais.

O sistema de compras governamentais dos Estados Unidos é coordenado pelo *Office of Federal Procurement Policy* – OFPP –,⁶⁹ abrangendo somente as aquisições realizadas pelos órgãos federais. Nas esferas estaduais e municipais, as compras governamentais são reguladas por legislação própria, porém são aplicadas leis federais quando financiadas por recursos do orçamento federal.⁷⁰

As normas e procedimentos de licitações públicas são dirigidos às *executive agencies*, designação que compreende os seguintes órgãos: i) *Executive Departments*, abrangendo os Departamentos de Estado, do Tesouro, Defesa, Justiça, Interior, Agricultura, Comércio, Trabalho, Saúde, Habitação e Desenvolvimento Urbano, Transportes, Energia, Educação e de Veteranos; ii) os Departamentos Militares (Marinha, Força Aérea e Exército); iii) as empresas públicas, definidas como aquelas de propriedade integral do governo;⁷¹ iv) e outros órgãos do Poder Executivo não pertencentes à estrutura dos *Executive Departments*.⁷²

68. Ver Communication from the United States (1996). Esse documento trata de normas e procedimentos em geral e não somente dos pertinentes a serviços.

69. Localizado no Office of Management and Budget, o Office of Federal Procurement Policy é o órgão com a atribuição de estabelecer a orientação geral das políticas de compras do governo federal. O Escritório é dirigido pelo administrador da política de compras federal, indicado pelo presidente dos Estados Unidos e aprovado pelo Senado (as atribuições dessa agência encontram-se definidas no Título 41, seção 405, do U. S. Code, disponível em : www.findlaw.com).

70. Ver Communication from the United States (1996).

71. Ver United States Code, título 31, seção 9.101 – disponível em: www.findlaw.com.

72. Ver United States Code, título 5, seção 104(1) – disponível em: www.findlaw.com.

Acrescente-se que, além das aquisições diretas, os órgãos devem satisfazer, em alguns casos, às exigências para as aquisições de bens ou serviços procedentes de fontes governamentais centrais de suprimento, ou obtidos por intermédio dessas fontes. Um exemplo é a obtenção de bens ou serviços de fontes de fornecimento no atacado, como é o caso da *General Services Administration (GSA)* ou a *Defense Logistic Agency (DLA)*.⁷³

As diretrizes governamentais para as compras e contratações de bens, serviços, construções e obras públicas dos Estados Unidos encontram-se consolidadas na FAR – *Federal Acquisition Regulation*,⁷⁴ que regulamenta as políticas, práticas e os procedimentos utilizados nas aquisições do governo federal, compreendendo todas as suas agências. Ademais, há o **Sistema FAR**, que consiste das normas gerais da própria FAR, documento básico, e dos regulamentos dos órgãos federais que implementam ou complementam a FAR.⁷⁵

A FAR tem como objetivo coordenar e dar uniformidade ao processo de compras federais. Contudo, é permitido aos órgãos definir normas internas, desde que sejam preservados os princípios gerais previstos na lei e que não afetem os procedimentos dos demais órgãos da administração (FAR, seção 1.101). Assim, nos termos da legislação, os órgãos podem emitir regulamentos próprios e **implementar “políticas adicionais, procedimentos, prescrições sobre editais ou cláusulas de contratação que suplementem a FAR, para atender a necessidades específicas da agência”** (FAR, seção 1.302).

É elaborada e divulgada conjuntamente por três autoridades: o secretário da Defesa, o administrador de Serviços Gerais e o administrador da Nasa – *National Aeronautics and Space Administration*. A Administração de Serviços Gerais mantém uma secretaria específica, que se encarrega de administrar e divulgar os documentos relativos à FAR. As modificações pontuais na legislação são publicadas no *Federal Register* e a publicação completa, no *Code of Federal Regulations (CFR)*, no Título 48, capítulo 1.⁷⁶

São estabelecidos os seguintes princípios na FAR, a serem observados nas compras realizadas pelos órgãos governamentais: tornar disponível em tempo hábil o produto ou serviço **com o melhor preço para o adquirente**, mantendo a confiança

73. Ver Communication from the United States (1996).

74. O governo dos Estados Unidos mantém um site na Internet denominado AcqNet (anteriormente Acquisition Reform Network), www.arnet.gov, que divulga a FAR e outras informações e regulamentos sobre compras governamentais norte-americanas.

75. Foi promulgada em 1984, com fundamento na legislação que criou o Office of Federal Procurement Policy, estabelecendo uma regulamentação uniforme para as compras federais. Além dela, há outras quatro legislações principais regulando as contratações e aquisições federais nos Estados Unidos: Armed Services Procurement Act (ASPA), de 1947, codificado no título 10 do U.S. Code, seções 2.302 a 2.314; Federal Property and Administrative Services Act (FPASA), de 1949, codificado no título 40 do U.S. Code, seções 471 a 514 e no título 41 USC, seções 251 a 260; Competition in Contracting Act (CICA), codificado em seções espalhadas nos títulos 10, 31, 40 e 41 do U.S. Code; Office of Federal Procurement Policy Act – OFPP –, codificado nas seções 401 e seguintes do título 41 do U.S. Code. A ASPA regula a aquisição de bens, construção e serviços pelos órgãos de defesa. A FPASA regula essas aquisições pelos órgãos civis. A CICA é aplicável às aquisições militares e civis. Ver Vacketa e Handler (1992). Disponível em: www.findlaw.com. Para OFPP, ver nota 71.

76. Sujeitas às três autoridades citadas, as revisões na FAR são elaboradas e publicadas por meio da ação coordenada de dois Conselhos: Defense Acquisition Regulations Council (DAR Council) e Civilian Agency Acquisition Council (CAA Council). Os membros representam seus respectivos órgãos em tempo integral. O presidente do CAA Council é o representante do Administrador de Serviços Gerais, sendo os demais membros representantes dos Departamentos da Agricultura, Comércio, Energia, Saúde, Interior, Trabalho, Transportes e Tesouro, Agência de Proteção Ambiental, Seguridade Social, Departamento dos Veteranos e Small Business Administration – SBA. O diretor do DAR Council é o representante do secretário da Defesa, autoridade encarregada de orientar as operações do conselho. Seus membros são os representantes dos ministérios militares, da Defense Logistics Agency e da Nasa. Cada conselho deve: i) entrar em acordo sobre as revisões com o outro conselho; ii) submeter à secretaria da FAR as publicações a serem feitas no Federal Register, com solicitações de comentários do público sobre revisões propostas na FAR; iii) submeter toda revisão final à secretaria da FAR para publicação no Federal Register, impressão e distribuição.

do público e **atingindo os objetivos das políticas públicas**. Os participantes do processo devem trabalhar como uma equipe e deter plena capacidade de decidir em suas áreas de responsabilidade.

Na execução da política de compras governamentais dever-se-á: i) satisfazer as necessidades de bens e serviços, considerando o custo, a qualidade e o tempo hábil de entrega; ii) minimizar os custos administrativos; iii) conduzir o processo de aquisições com integridade, justiça e transparência; e iv) atender aos interesses do público.

Para envolver os participantes do processo de aquisições no atendimento dos princípios referidos, a FAR definiu, de forma ampla, a chamada “Equipe de Aquisições”: além de todos os participantes da área de compras, são incluídos ainda os usuários dos bens e serviços contratados, assim como os fornecedores desses bens (FAR 1.102). Aos membros da equipe de compras do governo é **atribuída autoridade para exercer a melhor estratégia requerida em situações específicas, podendo adotar, no melhor interesse do governo, procedimentos e estratégias não previstas em regulamento**.

5.3 PREFERÊNCIA PARA A PRODUÇÃO DOMÉSTICA

Em matéria de compras governamentais, a legislação americana **privilegia a compra de bens e serviços de produção doméstica**, com base em três programas: *Buy American Act*, *Balance of Payment Program* e *Small Business Act*. Por sua importância no contexto de negociações bilaterais, multilaterais ou regionais sobre compras governamentais, o *Small Business Act* será objeto de análise mais detalhada neste trabalho.

O *Buy American Act* foi aprovado em 1933 com o objetivo principal de proteger a produção interna estadunidense e promover a geração de empregos, numa situação de altas taxas de desocupação provocadas pela depressão econômica que atingia o país no começo da década de 1930.⁷⁷

Aquele dispositivo legal estabelece restrições à compra pelo governo de bens finais não produzidos nos Estados Unidos, incluindo os não-manufaturados, tais como os produtos de cultivo e os resultantes de extração mineral. No caso de bens manufaturados, a origem dos componentes utilizados na fabricação ocupa papel importante na determinação da origem do produto final. Assim, para que um produto estadunidense seja beneficiado pela política de preferência nas compras governamentais, deverá atender a duas exigências (i) o bem precisa ser produzido nos Estados Unidos; e (ii) o bem deve atender ao requisito de **conteúdo nacional**, com o custo dos componentes nacionais devendo representar mais de 50% do custo de todos os componentes utilizados. Atendendo a esses requisitos, o produto é considerado **produto final doméstico (*domestic end product*)**. Os componentes de origem estrangeira que não são produzidos internamente em quantidades e qualidades satisfatórias são tratados como componentes domésticos (FAR 25.001; 25.003).

A preferência nas compras governamentais aos produtos estadunidenses estende-se também às aquisições de bens e materiais de construção para utilização fora dos Estados Unidos – compras destinadas a embaixadas, consulados, etc. Nesse caso, devem ser observadas as disposições contidas no *Balance of Payments Program*. Nos ter-

77. O *Buy American Act* foi emendado em 1988.

mos desse programa, atendido o requisito de origem, o mesmo constante do *Buy American Act*, deverá ser conferida margem de preferência de 50% ao produto estadunidense em relação ao estrangeiro (**ou percentual maior se for determinado pelo dirigente do órgão licitante**). Isso significa que, em uma licitação, o contrato deverá ser adjudicado a um fornecedor de um determinado bem de produção estadunidense, ainda que seu preço seja superior em até 50% ao do produto estrangeiro ou ao do produto que, fabricado nos Estados Unidos, não atende ao requisito de conteúdo nacional requerido (FAR 25.303-f).

A legislação prevê exceções às restrições contidas no *Balance of Payments Program*. Um produto final ou um material de construção estrangeiro pode ser adquirido para uso fora dos Estados Unidos, sem considerar as restrições gerais constantes do *Balance of Payments Program*, nas seguintes situações:

- a) valor estimado da licitação não superior a US\$ 100.000;
- b) o produto licitado consta da lista de “não disponibilidade”⁷⁸ dos EUA;
- c) o chefe do órgão contratante determina que a obra somente pode ser realizada com material estrangeiro, inclusive por razões geográficas ou características próprias (areia, pedra, concreto, etc.);
- d) nas aquisições de materiais perecíveis;
- e) nas licitações sujeitas às regras de tratado ou acordo entre governos;
- f) quando o preço do material proveniente dos Estados Unidos (incluindo gastos de manuseio e transporte) exceder em mais de 50% o preço do material local; ou
- g) se o chefe do órgão que está realizando as aquisições determinar que não é de interesse público aplicar as restrições do *Balance of Payments Program* ou que é impraticável aplicá-las a determinados materiais (FAR 25.303).

5.4 BUY AMERICAN ACT: DIRETRIZES NAS AQUISIÇÕES DE BENS ESTRANGEIROS

Conforme apontado na seção anterior, é assegurada nas compras governamentais a preferência para a aquisição de bens e de materiais de construção de produção doméstica, nos termos do *Buy American Act*. Para que a preferência seja exercida, os bens devem ser produzidos em território americano, ou, sendo produto manufaturado, deve atender ao requisito de **conteúdo nacional**, com participação dos componentes de produção doméstica superior a 50% do custo total dos componentes.⁷⁹ Essa exi-

78. Para implementar essa norma, a FAR publica lista com cerca de 100 produtos declarados não disponíveis (sem produção ou com oferta insuficiente no mercado interno), incluindo produtos químicos, minerais, carne, bauxita, banana, castanha do Brasil, castanha de caju, cacau, café em grão, fibras têxteis, couros, açúcar em bruto, petróleo, chips de microprocessadores, livros e revistas não editados nos Estados Unidos, etc. Adicionalmente, o dirigente do órgão licitante pode concluir que um artigo, material ou suprimento não é extraído, produzido ou manufaturado nos EUA em quantidade ou qualidade satisfatórias. De outro lado, se tomar conhecimento que qualquer produto constante da lista de não disponibilidade passou a ser produzido domesticamente, deve especificar nas futuras licitações a disponibilidade interna do bem (FAR, seção 25.104).

79. Representa o conceito de domestic end product, em contraste com a definição de US - made end product, que vem a ser a regra de origem utilizada nas aquisições de produtos estadunidenses amparados por acordos comerciais, ou seja, artigo extraído, produzido ou manufaturado nos Estados Unidos ou, se utilizar componentes importados, **substancialmente**

gência, que se aplica também nas preferências (*set aside*) para as compras de bens produzidos por pequenas empresas,⁸⁰ implica tratar como se estrangeiro fosse o bem produzido nos Estados Unidos que não atende à norma de conteúdo nacional.

É importante destacar que, no contexto de acordos internacionais, e observados a cobertura e os limites aos quais se aplicam as regras dos acordos, são derogadas as restrições previstas no *Buy American Act* para a aquisição de bens e materiais de construção estrangeiros, aos quais passa-se a aplicar a norma de tratamento nacional.

5.4.1 Aquisições de Bens Não Amparados por Acordos Comerciais

Em situações excepcionais, como as descritas a seguir, podem ser adquiridos produtos finais estrangeiros sem se observar as restrições do *Buy American Act*:

- a) quando a preferência por produto doméstico for considerada inconsistente com o interesse público;
- b) quando não houver disponibilidade interna do produto; ou
- c) quando o preço do produto nacional não for razoável.

Se ocorrer oferta de produto nacional a preço superior ao de produto importado, poderá ser determinada a “não razoabilidade” do preço. O preço de um produto nacional será considerado **não razoável** quando superar a oferta estrangeira de menor preço, após aplicada a margem de preferência de 6% sobre o produto importado (incluída a tarifa alfandegária), se a oferta nacional for proveniente de grande empresa, e de 12 % se proveniente de pequena empresa. **Essas margens de preferência podem ser elevadas caso o dirigente do órgão licitante decidir, por determinação escrita, que “o uso de fatores mais elevados é mais apropriado”.** Acrescente-se que o fator de proteção é de pelo menos 50 % nas aquisições realizadas pelo Departamento da Defesa.⁸¹ No caso de empate nos preços, será dada preferência ao fornecedor de bens de produção nacional (FAR 25.103; 25.105).

5.4.2 Aquisições de Bens Amparados por Acordos Comerciais

A seção 25.400 da FAR especifica as normas e procedimentos que devem ser aplicados nas aquisições amparadas por Acordos Comerciais firmados pelos Estados Unidos.

São os seguintes os acordos e países sujeitos a esses procedimentos:

- a) Acordo de Compras Governamentais da OMC;
- b) países de menor desenvolvimento da Ásia e África e outras regiões, para os quais o *Trade Agreements Act* prevê a suspensão das restrições do *Buy American Act*, segundo faculdade concedida ao presidente do Estados Unidos; esses

transformado em um novo e diferente artigo comercial, com nome, natureza ou uso distinto do artigo ou artigos do qual foi transformado.

80. Conforme estabelece o *Buy American Act*, um produto manufaturado ofertado por uma pequena empresa que não atender à definição de produto final doméstico (domestic end product) deve ser considerado produto estrangeiro (FAR, seções 25.101; 25.502).

81. Ver *Trade Policy Review*, parágrafo 290 (1999).

países são listados na FAR junto com os países signatários do acordo da OMC sob o termo geral de “países designados”;

- c) grupo de 22 países da Bacia do Caribe – *Caribbean Basin Trade Initiative*;
- d) países signatários do Nafta;
- e) Acordo de Livre Comércio Estados Unidos–Israel, de 1985; e
- f) Acordo de Comércio sobre Aeronaves Civis da OMC.

Nas aquisições governamentais de bens e de materiais de construção estrangeiros cobertos por acordos comerciais não se aplicam as restrições do *Buy American Act* – BAA – e do *Balance of Payments Program* – BPP (FAR 25.403). A derrogação desses dois instrumentos abrange também, como listado anteriormente, os bens originários de países **designados** em ato presidencial, com base no *Trade Agreements Act* – TAA –, lei que concede ao presidente do Estados Unidos a autoridade para suspender as restrições nas aquisições governamentais de produtos provenientes de países de menor desenvolvimento e, ainda, de países não signatários do acordo da OMC que concederem reciprocidade de tratamento, nas suas compras governamentais, aos produtos e fornecedores estadunidenses. O TAA também delega poderes ao presidente para manter as restrições do BAA e BPP mesmo para países signatários do Acordo de Compras da OMC que não cumprem as normas do acordo.⁸²

A faculdade concedida ao presidente da República para derrogação das restrições previstas no *Buy American Act* não se aplica, contudo, às aquisições de pequenas empresas, conforme determina o *Trade Agreements Act*.⁸³ As compras reservadas para pequenas empresas constituem, assim, exceção geral nos acordos comerciais dos Estados Unidos – exceção ao tratamento nacional previsto nos acordos comerciais sobre compras governamentais.

Aplica-se o tratamento nacional aos bens originários dos países signatários de acordos ou beneficiados com tratamento preferencial pelo TAA.⁸⁴ As ofertas desses países, ressalvadas as exceções, passam a se enquadrar na categoria de “produto elegível”. Os bens devem atender às regras de origem, que determinam a **substancial transformação** do produto, também aplicadas aos produtos americanos.⁸⁵ Para tal efeito, deverão ser considerados os bens extraídos, cultivados, produzidos ou manufaturados naqueles países; e, no caso de produtos que contenham insumos importados de terceiros países, os bens devem apresentar

82. Ver United States Code, título 19, capítulo 13, seção 2.511 em: findlaw.com e Communication from the United States (1996, p.7).

83. Conforme a seção 2.511 do TAA: “The authority of the president under subsection (a) of this section to waive any law, regulation, procedure or practice regarding government procurement does not authorize the waiver of any small business or minority preference” (a subseção “a” da seção 2.511 autoriza o presidente a levantar restrições nas compras governamentais para bens e fornecedores estrangeiros de países com acordos e compromissos internacionais com os Estados Unidos).

84. O tratamento nacional aplica-se às entidades listadas em cada acordo, observados os seguintes limites: a) Para o Acordo de Compras Governamentais da OMC, países de menor desenvolvimento e países da Bacia do Caribe, as compras governamentais são permitidas para bens e serviços dessas procedências a partir do limite mínimo de US\$ 177.000; no caso de materiais de construções, o valor mínimo é US\$ 6.806.000 (sujeitos a revisões a cada dois anos pelo US Trade Representative) – FAR 25.403; b) Nafta: para as entidades públicas cobertas pelo acordo, os limites são de US\$ 54.372 para bens, serviços ou qualquer combinação desses, e US\$ 7.068.419 para contratos de serviços de construção; para as empresas governamentais, US\$ 250.000 para bens, serviços ou qualquer combinação desses, e US\$ 8,0 milhões para contratos de serviços de construção. Atente-se que na relação bilateral Canadá e Estados Unidos, para qualquer entidade federal constante do Nafta, o limite acordado é de US\$ 25.000, aplicável para contratos de bens e serviços, conforme fixado no acordo US – Canada Free Trade Agreement.

85. Conceituado como US - made end product, ou seja, artigo extraído, produzido ou manufaturado nos Estados Unidos ou, se utilizar componentes importados, **substancialmente transformado** nos Estados Unidos em um novo e diferente artigo comercial, com nome, natureza ou uso distinto do artigo ou artigos do qual foi transformado. Assim, nas compras sob acordos comerciais não se adota o conceito de domestic end product, utilizado nas aquisições sujeitas às restrições do Buy American Act.

“substancial transformação”, isto é, devem constituir produtos novos e diferentes, com nomes, naturezas e/ou usos distintos dos insumos (a regra de origem, nesse caso, difere da requerida nas aquisições sujeitas às restrições impostas pelo *Buy American Act*).

O tratamento nacional abrange também as empresas instaladas nos países signatários de acordos internacionais, vedada a discriminação baseada em propriedade de capital, assim como em especificações técnicas que tenham o objetivo de impedir a entrada de produtos dessas fontes.

São previstos os seguintes procedimentos para a avaliação de ofertas estrangeiras amparadas por acordos comerciais:

- verificar o atendimento às regras de origem previstas nos acordos, tanto para produtos fabricados nos Estados Unidos quanto para os fabricados nos países beneficiados;
- classificar as ofertas por preço; e
- em caso de empate entre uma oferta estrangeira e oferta de produto estadunidense, definido como aquele que atende à regra de origem, será vencedora a proposta americana.

Quando houver empate entre uma proposta estrangeira e uma de pequena empresa estadunidense, mesmo não atendendo ao requisito de origem previsto no *Buy American Act (domestic end product - 25.502-d)*, será vencedora a oferta de pequena empresa. Para desempate entre ofertas de pequenas empresas, serão seguidos os critérios previstos na seção FAR 14.408-6(a) que dão prioridade para ofertas dessas empresas que operam em área geográfica com excedente de mão-de-obra.

5.4.3 Bens e Serviços Excluídos dos Acordos

A FAR também consolida as exceções aos acordos firmados pelos Estados Unidos. Importa destacar que **a primeira exceção apontada é a relativa às aquisições de bens amparados pelos programas de apoio às pequenas empresas**. As demais são as seguintes:

- aquisições de armas e munições e artigos indispensáveis à segurança nacional, inclusive os serviços contratados em apoio às forças militares no exterior;
- aquisições de produtos finais para revenda;
- aquisições de bens produzidos nas prisões federais e por organizações sem fins lucrativos que empregam pessoas cegas ou severamente incapacitadas;
- aquisições de fornecedor único;
- aquisições por interesse público, quando o dirigente do órgão licitante dispuser de autoridade para decidir se a realização da licitação por meio de concorrência aberta não é de interesse público;
- aquisições relacionadas aos seguintes serviços excluídos: processamento automático de dados (ADP), serviços de telecomunicações e transmissões; pesquisa e desenvolvimento; serviços de transporte (não incluindo serviços de agentes de

viagens), a ainda outros bens que estejam explicitamente excluídos dos acordos comerciais; e

- outros serviços não cobertos pelos acordos comerciais: dragagem; contratos de gerência e de operação de certas instalações governamentais ou privadas utilizados com propósitos governamentais (por exemplo: centros de desenvolvimento e de pesquisa financiados com fundos federais) – FAR 25.401.

Os órgãos e empresas públicas licitantes podem ainda rejeitar uma oferta de produto estrangeiro com o objetivo de proteger determinadas atividades internas. São previstas as seguintes situações que permitem a adoção desse procedimento, denominado *exclusion of sources*, cujos normativos se encontram na seção FAR 6.202: i) quando for do interesse da defesa nacional dispor de uma instalação, produtor, indústria ou outro fornecedor disponível para fornecer materiais ou serviços em casos de emergência nacional ou mobilização industrial; ii) quando for do interesse da defesa nacional manter capacidade nacional de pesquisa, desenvolvimento ou engenharia por instituição educacional ou sem fins lucrativos, ou centro de pesquisa financiado por fundos federais; iii) para assegurar a continuidade de um fornecedor confiável de bens ou serviços; iv) para satisfazer necessidades projetadas baseadas em demandas historicamente altas; v) e para satisfazer necessidades críticas de suprimentos médicos, de segurança ou emergenciais.

Em todos os casos referidos deverão ser apontadas todas as informações e dados que justificaram a dispensa dos procedimentos de licitação ampla.

As exceções previstas no Nafta foram objeto de análise na seção 4 deste estudo.

5.5 PREFERÊNCIA NAS COMPRAS GOVERNAMENTAIS PARA PEQUENAS EMPRESAS

A legislação americana assegura preferência nas compras governamentais para bens e serviços produzidos por pequenas empresas. A política e os procedimentos estão consolidados na seção 19.000 da FAR, e têm como base as determinações expressas em diversos dispositivos legais, como o *Small Business Act*, o *Armed Services Procurement Act-ASPA* (regula as aquisições das agências de defesa), o *Federal Property and Administrative Services Act* – FPASA (regula as aquisições das agências civis), e outros atos legais.

Considerando que a preferência para as pequenas empresas não é derogada por acordos internacionais firmados pelos Estados Unidos, permanece uma forte restrição ao acesso ao mercado estadunidense no contexto das negociações para a assinatura de um acordo sobre compras governamentais no âmbito da Alca. Nesse sentido, estão sendo apontados nesta seção os principais pontos da legislação relativa às políticas e procedimentos aplicados nas aquisições direcionadas às pequenas empresas.

5.5.1 Definição de Pequena Empresa

Nos termos da legislação, pequena empresa, incluindo suas associadas, é a empresa não dominante no mercado do bem objeto de licitação e definida segundo critérios de faturamento e de número de empregados, em função do ramo de atividade em que

atua. A empresa é considerada não dominante em seu campo de operações quando não exerce controle ou influência no mercado, em dimensões nacionais, conforme indicadores como: volume de vendas, número de empregados, recursos financeiros, propriedade ou controle de materiais, processo, patentes, instalações, território de vendas e natureza das atividades que desenvolve.

As definições **setoriais** de pequena empresa industrial utilizam como critério o número de empregados, variando de 500 a 1.000, conforme o ramo industrial, com predominância do limite inferior.⁸⁶ No caso de pequena empresa do comércio, no atacado ou varejo, é utilizado como critério o número de 500 empregados.⁸⁷

Nas licitações, o tamanho da empresa é especificado no aviso de licitação, de forma que o interessado possa se classificar como pequena empresa (FAR 19.102). Se diferentes produtos ou serviços são licitados, o aviso identificará o tamanho da pequena empresa para cada produto ou serviço.

5.5.2 Diretrizes de Política

A política de preferência se aplica, objetivamente, com a determinação de que as aquisições de bens ou serviços de valor entre US\$ 2.500 e US\$ 100.000 (*simplified acquisition threshold*) devem ser “automaticamente reservadas” exclusivamente para empresas de pequeno porte” (*small business set aside* – FAR 19.501). Essa determinação será aplicada sempre que for constatada a expectativa de se obterem ofertas de pelo menos duas empresas de pequeno porte, competitivas em termos de preços de mercado, qualidade e capacidade de entrega. Esta é a chamada “regra de dois” para a adoção de preferências às pequenas empresas.

É de se destacar que, ainda que se tenha em conta essa regra, um contrato poderá ser adjudicado a um único ofertante, se o mesmo apresentar condições de atendimento do pedido de forma responsável. Se essas condições não se concretizarem, a licitação será aberta a empresas de qualquer porte.

Qualquer aquisição de valor acima de US\$ 100.000 poderá ainda ser reservada para pequenas empresas, desde que haja “expectativa razoável” de que serão obtidas ofertas de pelo menos duas pequenas empresas produtoras ou de empresas que comercializam bens produzidos por pequenas empresas a preços justos de mercado (FAR 19.502-2 (b)).⁸⁸

86. Há definição específica para microempresa (very small business concern), que adota, junto com critérios de número de empregados e receita anual, especificação em termos de localização geográfica, a saber: i) a empresa deve ter até 15 empregados e receita média anual não excedente a US\$ 1 milhão; e ii) suas instalações operacionais devem estar localizadas em área geográfica servida por um escritório regional da Small Business Administration (designated SBA district). Para essas empresas, foi desenvolvido, em 1994, programa especial denominado Very Small Business Pilot Program, previsto para terminar em 30 de setembro de 2003. Ele tem prioridade sobre os programas de preferência para pequenas empresas. Visa melhorar o acesso das microempresas ao mercado de compras do governo, por meio da reserva de uma parcela das aquisições, incluindo construções, compreendidas entre US\$ 2.500 e US\$ 50.000. O programa foi aplicado em 10 áreas geográficas selecionadas, compostas por 10 aglomerações de cidades de médio e grande portes (designated SBA district), especificadas na seção 19.902 da FAR.

87. O SBA utiliza, especificamente, como critério de tamanho para pequena empresa do comércio por atacado, o número de 100 empregados. Verifica-se, portanto, que para efeito de compras governamentais o conceito abrange empresas com número de empregados cinco vezes maior. Informações disponíveis em: www.sba.gov.

88. Embora a avaliação da performance passada seja importante, outros fatores devem ser considerados para avaliar se há “expectativa razoável” de oferta nas condições acima. Como exemplo dado na FAR, nas licitações para a contratação de serviços de pesquisa e desenvolvimento “reservadas” para pequenas empresas, a “expectativa razoável” é de que as

Em se tratando de aquisições de maior vulto, com incapacidade de fornecimento integral por pequenas empresas, poderá ser destinada **parcela** das aquisições para participação exclusiva de pequenas empresas (FAR 19.502-3).

A prioridade nas aquisições de pequenas empresas é, ainda, orientada mediante determinação de que os órgãos proporcionem “máximas oportunidades de participação” a **empresas de propriedade de determinados grupos sociais**, considerados em posição de desvantagem econômica ou social nos Estados Unidos. A esses grupos sociais, conforme as categorias seguintes, são direcionados programas de apoio específicos de compras governamentais:

- a) empresas de pequeno porte de propriedade de veteranos de guerra;
- b) empresas de pequeno porte de propriedade de veteranos de guerra incapacitados;
- c) empresas de pequeno porte localizadas em regiões classificadas como HUB-Zone – *Historically Underutilized Business Zone* (compreende determinadas áreas geográficas, de baixo desenvolvimento, além de municípios selecionados não metropolitanos e terras situadas nas fronteiras de reservas indígenas);⁸⁹
- d) empresas de pequeno porte de propriedade de grupos considerados em desvantagem econômica ou social, como: negros, hispânicos, nativos americanos e tribos indígenas, americanos de origem asiática do Pacífico, e de organizações nativas havaianas, sem excluir outros grupos em situação de desvantagem;⁹⁰ e
- e) empresas de pequeno porte de propriedade de mulheres.

Ainda como aspecto importante da política de preferência, o *Small Business Act* requer que todas as agências autorizadas a realizar licitações mantenham um setor específico de apoio a pequenas empresas e a empresas em situação de desvantagem, denominado *Office of Small and Disadvantaged Business Utilization*, dirigido por funcionário especializado, com o cargo de diretor, com funções, entre outras, de facilitar a participação dessas empresas nas licitações, trabalhando em estreita colaboração com a *Small Business Administration* – SBA. Além disso, os departamentos civis e militares e as empresas públicas devem avaliar a participação das pequenas empresas em seus programas, medindo de forma acurada como cada categoria de pequena empresa toma parte nas aquisições governamentais, com relação ao valor total dos contratos adjudicados durante cada ano fiscal, e encaminhar as informações para a SBA (FAR 19.201d).

Nas aquisições de valor acima de US\$ 100.000, a determinação de se separar uma aquisição (*set aside*) exclusivamente para pequenas empresas classificadas como *HUBZone small business* (localizadas em áreas de menor desenvolvimento nos Estados Unidos) adquire prioridade em relação à preferência para pequenas empresas em geral, independentemente do local de cumprimento do contrato (FAR 19.1303). A agência licitante pode, ademais, adjudicar contratos, **com oferta única**, a empresa localizada nas

empresas possam oferecer as melhores alternativas científicas e tecnológicas, consistentes com a melhor combinação de custo, desempenho e condições de fornecimento.

89. O HUBZone Program foi criado para proporcionar, nas contratações federais, assistência para pequenas empresas localizadas em áreas economicamente deprimidas, incentivando o crescimento do emprego e do investimento nessas áreas (FAR 19.1301).

90. Para ser elegível ao recebimento de um contrato com base na situação de empresa em desvantagem, a firma precisa estar certificada como small disadvantaged business pela SBA.

HUBzone para contrato de valor até US\$ 5 milhões, no caso de bens industriais, e de até US\$ 3 milhões para outros tipos de aquisições (FAR 19.1306).

Para as **empresas de pequeno porte pertencentes a grupos em desvantagem**, são estabelecidos mecanismos especiais de preferência nas compras, cabendo destacar:

- a) a participação dessas empresas nos contratos das empresas vencedoras, nas licitações negociadas (analisadas na seção 5.6.3 deste trabalho), de valor superior a US\$ 500 mil, sob as formas de subcontratação, parcerias ou *joint ventures*, conforme exigências de atendimento de metas em percentual ou em dólar, estabelecidas nos avisos de licitação – FAR 19.1202); e
- b) os incentivos financeiros para a subcontratação, com a concessão de subsídios ao fornecedor principal, correspondentes a até 10 % do valor que superar a meta de subcontratação, estipulada em cada contrato (FAR 52.219-26).

Para encorajar a participação das empresas de pequeno porte nas licitações, além da adoção de **procedimentos simplificados** nas aquisições de valor até US\$ 100.000 (conforme descrito na seção 5.6.7), a legislação sugere as seguintes ações, quando aplicáveis:

- a) dividir as aquisições de bens e serviços (exceto construção) em pequenos lotes, para permitir ofertas em quantidades menores que a compra total;
- b) planejar aquisições de forma que, se exequível, mais de uma pequena empresa possa atender o pedido;
- c) programar as entregas de maneira realista para as empresas de pequeno porte;
- d) encorajar os fornecedores a subcontratar empresas de pequeno porte;
- e) enviar uma cópia dos documentos referentes às aquisições propostas para a *Small Business Administration* – SBA – pelo menos 30 dias antes do aviso de licitação, quando a aquisição for de valor que indique ser improvável a participação de pequenas empresas; e
- f) incentivar a participação de novas pequenas empresas por meio de inclusão de todos os potenciais fornecedores desse porte em suas *mailing lists*, especialmente aqueles localizados em áreas com excedente de mão-de-obra, e por meio de contatos com a *Small Business Administration* (FAR 19.202-1).

A política de preferências abrange também as pequenas empresas **comerciais**. É considerada pequena empresa comercial a que possui até 500 empregados, devendo fornecer ao órgão adquirente produtos finais produzidos ou manufaturados nos Estados Unidos por empresa de pequeno porte. Não havendo fabricante de pequeno porte para determinado bem, poderá ser concedida suspensão da exigência de fornecimento de bem produzido por empresa de pequeno porte até o limite de US\$ 25.000, permitindo-se, então, à pequena empresa comercial vencedora da licitação, o fornecimento de “produto de empresa doméstica”, manufaturado por empresa estadunidense de qualquer tamanho (FAR 19.502-2 c).⁹¹

91. A garantia da origem nacional do produto é, ainda, reforçada pela definição de que “o produtor do bem que está sendo adquirido é a empresa que, com suas próprias forças, transforma substâncias orgânicas e inorgânicas, incluindo matérias-primas e/ou partes ou componentes variados no produto final referido” (FAR 19.102 F).

5.5.3 Subcontratação de Pequenas Empresas

Todo fornecedor de bens e serviços para o governo com contratos de valor superior a US\$ 100.000 deverá conceder “a oportunidade máxima possível” para que pequenas empresas participem do fornecimento. No caso de contratos superiores a US\$ 500.000 (ou US\$ 1.000.000 para construção), e desde que haja possibilidades de subcontratações, o *Small Business Act* determina que o fornecedor deve apresentar um “plano de subcontratação” de pequenas empresas. A não apresentação desqualifica-o para assinar o contrato com o governo.

Para o fornecimento de bens e serviços, o “plano de subcontratação” deve apresentar as seguintes metas ou informações: i) metas percentuais para empresas de pequeno porte, empresas de pequeno porte de propriedade de veteranos de guerra, de propriedade de veteranos de guerra incapacitados; empresas de pequeno porte localizadas em regiões classificadas como *HUBZone*; empresas de pequeno porte em situação de desvantagem; e empresas de pequeno porte de propriedade de mulheres; ii) declarações sobre o valor total planejado em subcontratações e o valor a ser destinado às categorias de pequenas empresas citadas; iii) descrição dos principais bens e serviços a serem subcontratados com as empresas; iv) descrição dos métodos utilizados para a implementação dos planos de subcontratação e para a identificação de potenciais supridores; v) descrição do método usado para determinar a divisão de custos indiretos com as empresas de pequeno porte; vi) nome do encarregado de administrar as subcontratações; vii) descrição dos esforços realizados para assegurar que as pequenas empresas tenham oportunidades de competir pelas subcontratações; viii) inclusão da cláusula de Aproveitamento de Pequenas Empresas (FAR 52.219-8) em todos os subcontratos que ofereçam subcontratações adicionais, além de garantia de que todos os subcontratados que não sejam pequenas empresas adotem também plano de subcontratação com pequenas empresas (FAR 19.704).

Antes da publicação do aviso de licitação, o plano de subcontratação deve ser submetido à SBA e, após a adjudicação do contrato, cópias dos documentos são remetidos àquela agência, que poderá proceder à avaliação do cumprimento do contrato (FAR 19.707). Se comprovada a impossibilidade de subcontratação, prevê-se a aprovação da dispensa da exigência por funcionário de nível hierárquico superior ao do funcionário responsável pela licitação. O plano de subcontratação não é exigido de pequenas empresas e nas aquisições realizadas fora dos Estados Unidos.

Para estimular as subcontratações, está prevista a concessão de incentivos (*monetary incentives*), tais como os pagamentos baseados no cumprimento da subcontratação acima das metas estabelecidas (*Incentive Subcontracting Program* – FAR 19.708,c,1 e 52.219-10).

O não cumprimento do plano de subcontratação implica o pagamento de “multa” equivalente ao valor da subcontratação não cumprida (FAR 19.705-7).

5.6 Procedimentos em Licitações Públicas nos Estados Unidos

Esta seção sintetiza os principais procedimentos adotados na legislação dos Estados Unidos relativos a compras realizadas por órgãos e empresas governamentais, apresentando a descrição das modalidades de licitações previstas, as normas para a sua divul-

gação e dos contratos adjudicados, os prazos para a apresentação de propostas pelas empresas, requisitos de habilitação e procedimentos para impugnação de licitações.

São utilizadas três categorias de procedimentos ou modalidades (FAR 6,102):

- i) licitação aberta, onde qualquer interessado pode apresentar proposta, correspondendo à modalidade descrita nesta seção como *sealed bidding*,
- ii) licitação restrita ou seletiva, com número limitado de ofertantes convidados a apresentar propostas, descrita na FAR como “aquisições negociadas competitivas” – FAR 15.000; e
- iii) aquisição de fornecedor único, denominada de “aquisição negociada não competitiva” (FAR 15.000).

Existem, ademais, procedimentos próprios para a “licitação simplificada”, aplicável aos contratos de valor até US\$100.000 (cem mil dólares), conforme analisado na seção 5.6.7.

5.6.1 Licitação Ampla com Proposta Fechada (SEALED BIDDING)

Identificada uma necessidade por um órgão federal, e decidida a sua aquisição, serão solicitadas ofertas sob a modalidade de “proposta fechada” se estiverem presentes as seguintes situações:

- a) tempo suficiente para permitir a divulgação do edital, entrega das propostas e a sua avaliação;
- b) adjudicação do contrato com base no preço e outros fatores relacionados a preços;⁹²
- c) não necessidade de se empreender negociações com os ofertantes a respeito de suas propostas; e
- d) existência de uma razoável expectativa do recebimento de mais de uma proposta.

Não sendo apropriada a realização da licitação por meio dessa modalidade, podem ser utilizadas as categorias de propostas negociadas competitivas (FAR 6.401) descritas na próxima seção.

Na modalidade de licitação “proposta fechada”, os avisos de licitação (*Invitation for bids* – IFB) devem descrever as necessidades de compras governamentais de forma clara, acurada e completa. Ao se preparar o IFB, deve ser utilizado formato único, para facilitar a formulação do convite e do contrato, assim como servir de referência única para todos os ofertantes (o formulário uniforme se encontra em FAR 14.201-1). A divulgação do aviso de licitação poderá ser realizada por meio da sua exposição em lugar público, anúncio em jornais, publicação no *Commerce Business Daily* – CBD –⁹³ ou sinopse no *Go-*

92. Os **fatores relacionados a preços** podem ser considerados na avaliação das ofertas e serão incluídos nos avisos de licitação, consistindo em custos previsíveis ou atrasos para o governo resultantes de fatores como: necessidade de inspeção dos bens, que podem estar localizados em maior ou menor distância, transporte para o local onde eles serão utilizados, impostos locais, estaduais ou federais. Devem ser considerados, ainda, entre os fatores, a origem dos bens e, se forem estrangeiros, a aplicação do Buy American Act (quando serão aplicadas margens de preferência de 6% ou 12%, ou outra maior se assim determinar a legislação do órgão) ou qualquer outra proibição de compras estrangeiras (FAR 14.201-8).

93. Publicação do Department of Commerce utilizada para a divulgação de informações e avisos sobre licitações e outras informações de órgãos públicos.

vernment point of entry– GPE⁹⁴ (FAR 14.203-2), com tempo suficiente para que os interessados possam preparar e apresentar as propostas.

Um período razoável para a preparação e a apresentação de propostas pelos ofertantes será previsto nos avisos de licitação. Quando a legislação exigir a divulgação de sinopse da licitação (seção 5.6.9), devem ser concedidos pelo menos 30 dias, a partir da divulgação do aviso de licitação, para a apresentação das propostas. Na decisão sobre o prazo, podem ser considerados os seguintes fatores: i) grau de urgência da aquisição; ii) complexidade na elaboração da proposta; iii) previsão de subcontratação; e iv) distribuição geográfica dos ofertantes (FAR 14.202-1).

Obedecido o prazo determinado para a apresentação da proposta, esta poderá ser encaminhada por meio do correio, fax ou ainda por meio eletrônico. Se o aviso de licitação não especificar o horário, a FAR determina que o prazo deve terminar às 16:30, horário local da agência que realiza a licitação (FAR 14.304). As propostas serão abertas em sessão pública e, se factível, lidas em voz alta para as pessoas presentes. As propostas são então examinadas e, desde que não sejam constatados erros ou outros impedimentos, será adjudicado o contrato à empresa que tenha apresentado a melhor proposta (FAR 14.400).

Listas de ofertantes podem ser mantidas com o objetivo de remessa de avisos de licitações (FAR 14.205). Essa norma não é obrigatória, mas é sugerida nas seguintes situações: i) utilização de procedimentos simplificados de licitação; ii) quando os requerimentos da licitação não são repetitivos; ou iii) quando há a utilização de meios eletrônicos para remessa automática de avisos de licitação.

As empresas de pequeno porte incluídas na lista deverão ser identificadas conforme os critérios de definição de tamanho previstas em FAR 19.102 e já comentadas. Outras disposições da legislação sobre listas de fornecedores, fabricantes e produtos encontram-se na seção 6.11 deste estudo.

Em caso de empate, o contrato será adjudicado na seguinte ordem de prioridade:

- i) empresa de pequeno porte localizada em área com excesso de mão-de-obra;
- ii) outras empresas de pequeno porte;
- iii) outras empresas (FAR 14.408-6).

As normas também requerem uma “averiguação de responsabilidade”, antes da adjudicação do contrato para a melhor proposta (FAR 14.408-2). O responsável pela licitação deve verificar se o futuro contratado: i) demonstra capacidade financeira para cumprir o contrato e o cronograma de entrega proposto ou requerido; ii) apresenta desempenho satisfatório no cumprimento de fornecimentos anteriores, integridade e ética nos negócios; iii) demonstra a necessária organização, experiência, controles contábeis e operacionais, capacidades técnica e produtiva, e demais recursos necessários; iv) está qualificado e elegível para contratação pelo governo, atendendo à legislação em vigor, conforme a seção 9.100 da FAR, que prescreve políticas, normas e procedimentos para a averiguação de responsabilidade de fornecedores. Ao especifi-

94. O Government Point of Entry–GPE constitui-se em portal eletrônico onde as oportunidades de vendas ao governo de valor maior que US\$ 25.000 e ainda as sinopses e avisos de licitações e outras informações associadas podem ser acessadas pelo público. O GPE é localizado no endereço: www.fedbizopps.gov.

car a aplicabilidade das normas sobre a averiguação de responsabilidade, a FAR determina sua aplicação também a fornecedores de outros países, exceto se forem inconsistentes com as leis e costumes dos países dos fornecedores potenciais (FAR 19.102).

Se a proposta vencedora for de empresa de pequeno porte, existe legislação específica que prevê a expedição pela *Small Business Administration* de um “certificado de competência”, atestando a capacidade de cumprimento do contrato de fornecimento.⁹⁵

A critério do responsável pela licitação, e desde que conste do aviso e do edital, poderão ser realizadas licitações em duas etapas (*two-step sealed bidding*). A primeira consiste da apresentação, avaliação e discussão de uma proposta técnica, não envolvendo a questão de preço. Na etapa seguinte, aqueles que submeteram propostas tecnicamente aceitáveis apresentam propostas fechadas de preços (FAR 14.500). Esse procedimento, descrito na FAR como uma combinação de procedimentos negociados competitivos, é útil nas aquisições que requerem propostas técnicas, particularmente quando se trata de itens complexos.

5.6.2 Exclusão de Fontes de Ofertas: Estabelecendo ou Mantendo Fornecedores Alternativos

Na mesma seção que trata dos procedimentos adotados para se obter “competição ampla e aberta” (seção 6.000 da FAR), são previstas algumas situações em que é permitida aos órgãos a exclusão de determinados fornecedores das licitações, quando, por questões de segurança, de defesa, emergência e em outras situações, for de interesse assegurar a continuidade de fornecedor doméstico. Além desses casos, pode ainda ser excluído fornecedor quando a exclusão resultar em “aumento ou manutenção da concorrência, com provável redução dos custos na aquisição”.

São as seguintes as situações em que fornecedores podem ser excluídos de licitações:

- i) quando a exclusão resultar em aumento ou manutenção da concorrência, com provável redução dos custos na aquisição;
- ii) interesse da defesa nacional em ter instalação (ou um produtor, um industrial ou outro fornecedor) disponível para o fornecimento de bens ou serviços em situação de emergência nacional ou “mobilização industrial”;
- iii) interesse da defesa nacional em estabelecer ou manter uma capacidade essencial de engenharia, pesquisa ou desenvolvimento, a ser fornecido por instituição educacional, por instituição sem fins lucrativos ou centro de pesquisa e desenvolvimento mantido com recursos federais;
- iv) com o objetivo de assegurar a disponibilidade contínua de fonte confiável de bens ou serviços ou satisfazer necessidades projetadas, com base em dados históricos de alta demanda; ou
- v) satisfazer necessidade crítica de suprimentos médicos, de seguranças e emergenciais.

95. Quando o órgão licitante considerar que a pequena empresa vencedora de uma licitação não possui condições para cumprir os termos de um contrato, poderá solicitar à SBA a emissão de certificado de competência (Certificate of Competency – COC). Se a SBA concluir que a empresa tem condições de cumprir o contrato, emitirá um certificado atestando a sua responsabilidade, incluindo capacidade, competência, crédito, integridade e perseverança para efetivar os termos do contrato específico. O programa COC pode ser aplicado em todas as aquisições governamentais, inclusive as realizadas no exterior, para pequenas empresas estadunidenses (FAR 19.601).

As ações para a contratação com exclusão de fornecedores devem ser fundamentadas por decisão (*determination and findings*) assinada pelo dirigente do órgão licitante, com base em relatório preparado pelo pessoal técnico. Quando a exclusão de fornecedor tiver como objetivo a redução geral de custos na aquisição, o relatório deve indicar o valor estimado da redução e como as estimativas foram obtidas (FAR 6.202).

5.6.3 Contratação por Meio de Negociações

A licitação com a utilização de procedimentos que não sejam por meio de propostas fechadas é chamada de “contratação negociada”. A contratação negociada possibilita ao órgão conduzir discussões, avaliar as propostas e adjudicar o contrato utilizando outros fatores além do preço, tais como experiência gerencial, tecnologia adotada e desempenho do proponente no atendimento de contratos anteriores.

Uma aquisição negociada pode assumir as seguintes formas:

- a) aquisições de fonte única, caso em que o convite para propostas (*Request for Proposals*-RFP) deve ser simplificado, para excluir informações e exigências desnecessárias; e
- b) aquisições com negociações competitivas, com número limitado de convidados a apresentar propostas, em que os procedimentos são preparados para minimizar as complexidades do aviso de licitação, da avaliação e da decisão final.

Nas aquisições competitivas seletivas, apresentações orais pelos ofertantes podem ser feitas, substituindo ou complementando as informações escritas, sendo consideradas apropriadas para simplificar o processo de seleção. O convite para propostas (*Request for Proposals*) pode requerer que cada ofertante apresente parte de sua proposta por meio de apresentação oral, porém devem ser apresentadas por escrito as certificações, as eventuais exceções aos termos da licitação e uma folha assinada da proposta. O órgão licitante deve manter registros das apresentações orais para documentar como ocorreu o processo de seleção (FAR 15.102).

A FAR descreve na seção 15.100 as “técnicas e processos de aquisição” que podem ser utilizados na definição de estratégias de aquisições competitivas, adaptáveis às circunstâncias de cada aquisição. Os órgãos licitantes podem obter, sob modalidades competitivas, o melhor resultado na licitação utilizando-se de uma das várias formas de seleção de ofertas ou a combinação delas, considerando que a importância relativa do preço do bem ou serviço pode variar segundo as circunstâncias de cada aquisição (FAR 15.101). Um dos processos de seleção consiste do denominado “processo de *tradeoff*”.

Um processo de *tradeoff* é apropriado nas situações em que devem ser considerados **outros fatores que não o preço mais baixo, ou outros critérios que não a melhor tecnologia** oferecida pelo ofertante. Esse processo permite *tradeoffs* entre o custo ou preço e os fatores não relacionados a custo ou preço, permitindo-se selecionar outra proposta que não aquela de preço mais baixo. As razões para os *tradeoffs* precisam ser documentadas nos registros da licitação (FAR 15.101-1).

Aplicam-se as seguintes orientações no processo de *tradeoff*:

- i) todos os fatores de avaliação e sua importância relativa devem ser claramente definidos no aviso de licitação; e
- ii) o aviso deve informar se **os fatores de avaliação que não o preço** são mais importantes, iguais ou menos importantes que o preço.

Quando se espera a obtenção do melhor resultado decorrente de seleção de proposta de menor preço, com especificações técnicas aceitáveis, devem ser descritos no aviso de licitação os critérios de avaliação que determinam os requisitos de aceitabilidade do produto ou serviço, e especificado que a escolha será feita com base na oferta de menor preço que satisfaça ou supere os padrões de aceitabilidade dos fatores não relativos a preço. Se a *performance* passada do ofertante for considerada entre os critérios de avaliação, esse requisito deverá ser especificado no aviso de licitação.

5.6.4 Negociações Competitivas: Troca de Informações com Interessados antes do Recebimento das Propostas

A legislação prevê processo de trocas de informações com as partes interessadas, antes do recebimento das propostas, a partir da identificação das necessidades do órgão. Considera-se que a troca de informações antecipadas entre os ofertantes e o órgão que fará a licitação ajuda a dirimir eventuais dúvidas sobre a estratégia de aquisição a ser adotada, os termos do contrato e a programação das aquisições.

O processo apresenta alguns pontos positivos, conforme a FAR: i) melhora o entendimento a respeito das necessidades do órgão licitante e da capacidade da indústria em atendê-las; ii) amplia a possibilidade do órgão em obter serviços e produtos de melhor qualidade; iii) e aumenta a eficiência na preparação das ofertas, na avaliação das propostas e adjudicação do contrato.

A seção 15.201 da FAR especifica as formas recomendadas para o estreitamento das trocas de informações entre as partes, incluindo a divulgação de informações prévias sobre a licitação planejada e reuniões individuais com os potenciais ofertantes.⁹⁶

Após as trocas de informações, são elaborados os convites para a apresentação das propostas. Os convites para propostas (*Request for Proposals* – RFP), utilizados em aquisições negociadas para solicitar as suas apresentações, devem descrever os bens ou serviços a serem licitados, os termos e condições do contrato, as informações que os licitantes devem incluir em suas propostas e os fatores mais significativos que o órgão irá levar em conta na avaliação delas.

Meios eletrônicos podem ser utilizados para a divulgação da RFP e o recebimento das propostas. É ainda autorizada RFP oral quando o processamento de aviso de

96. Entre as formas de trocas de informações se encontra a modalidade chamada **processo de aconselhamento “múltiplos passos”**. Nesse processo, o órgão licitante pode publicar um aviso de pré-licitação, com uma descrição geral do escopo ou propósito da aquisição, convidando ofertantes potenciais a oferecer informações. As informações podem consistir de uma declaração própria de qualificação, de conceitos técnicos da proposta, de dados sobre a performance passada e informações preliminares sobre o preço. Esse processo preliminar permite que o órgão oriente os potenciais fornecedores a se tornarem competidores viáveis, com maiores chances de competir na licitação. O órgão informa finalmente aos interessados, com base em suas informações preliminares, sobre as suas possibilidades de participar da pretendida aquisição como um competidor viável. Isso não impede, porém, nenhum interessado de submeter suas propostas na licitação.

licitação por escrito resultar em atrasos nas aquisições, como pode ocorrer nas compras de bens perecíveis, nas operações de suporte ou em emergências (FAR 15.203).

5.6.5 Negociações Competitivas: Troca de Informações e Previsão de Discussions com Ofertantes após o Recebimento das Propostas

A FAR prevê processos de intercâmbio de informações com os ofertantes, assumindo as formas de *clarifications* ou de *communications*. Os “esclarecimentos” (*clarifications*) permitem aos ofertantes elucidar certos aspectos da sua participação como, por exemplo, uma má *performance* anterior que o ofertante não teve oportunidade de esclarecer, ou então dirimir pequenos equívocos. Além disso, está prevista a possibilidade do estabelecimento de *communications*, troca de informações com os ofertantes para a definição da “faixa competitiva” (*competitive range*), após o recebimento das propostas. Com base nas propostas melhor classificadas, o órgão licitante definirá a “faixa competitiva”, continuando em discussões somente com os representantes das empresas cujas propostas se encontram dentro da faixa, permitindo revisá-las. As negociações incluem processo de barganha, alterações de posições e concessões mútuas, aplicadas aos preços originalmente ofertados, à programação da entrega ou a outros termos da contratação (FAR 15.306).

Durante as discussões, o encarregado da licitação deve informar a cada ofertante as deficiências da proposta que poderiam ser alteradas, com vistas a melhorar a sua capacidade de vencer a licitação. Entretanto, o funcionário não pode: i) favorecer um ofertante em relação a outro; ii) revelar as soluções técnicas dos demais; iii) revelar o preço de qualquer dos participantes sem sua permissão; iv) revelar os nomes de pessoas que forneceram informações sobre o desempenho passado de um participante; ou v) fornecer informações sensíveis sobre o processo de seleção dos participantes.

Nas discussões, o órgão pode eliminar qualquer proponente que se encontre na “faixa competitiva” mas que não esteja mais entre os melhores classificados. A partir daí, pode solicitar aos remanescentes que revisem suas propostas, atendendo compromissos assumidos durante as discussões. Na conclusão das discussões, o órgão pedirá uma revisão da proposta final a cada participante que ainda se encontra na “faixa competitiva”, marcando data para a decisão final. A decisão de se adjudicar o contrato deve conter uma análise comparativa das propostas e as razões pelas quais a que foi vencedora representa a opção mais vantajosa para o órgão (FAR 15.307).

5.6.6 Negociações Competitivas: Avaliação das Propostas

A avaliação consiste na verificação da possibilidade e capacidade do ofertante em cumprir com sucesso o contrato, com base nos fatores, requisitos e exigências constantes do aviso de licitação. Devem ser registrados os pontos fortes das propostas, as deficiências, os pontos negativos e os riscos envolvidos em cada uma. Especificamente, são os seguintes os critérios a serem avaliados:

- i) preço ou custo para o governo;

- ii) qualidade do produto, incluindo também fatores não relacionados a custo, como a *performance* passada do ofertante (avaliação realizada nas licitações de valor acima de US\$ 100.000), atendimento das exigências do aviso de licitação, excelência técnica, capacidade administrativa e a qualificação do pessoal da empresa (FAR 15.304/5); e
- iii) avaliação técnica, isto é, análise da capacidade de cada ofertante para cumprir os requisitos técnicos relativos aos bens ou serviços licitados.

Nas avaliações que envolvem a subcontratação de pequenas empresas, os avisos de licitação devem ser estruturados para levar em consideração: a) o cumprimento pelo ofertante de subcontratações de pequenas empresas em licitações passadas; b) e a participação de pequenas empresas nos planos de subcontratação dos ofertantes na licitação em andamento.

A legislação destaca que a autoridade encarregada da licitação pode rejeitar todas as propostas recebidas, se for do melhor interesse para o governo.

5.6.7 Procedimentos Simplificados

A legislação estadunidense prevê a adoção de procedimentos simplificados de licitação nas aquisições de bens, serviços e construção de valor não superior a US\$ 100.000, e nas compras de pequeno valor (*micro-purchase threshold*: até US\$ 2.500), com o objetivo de reduzir custos administrativos, melhorar as oportunidades para que pequenas empresas obtenham uma “proporção justa” dos contratos governamentais, promover a eficiência e a economia na contratação e evitar gastos desnecessários para os órgãos do governo e fornecedores (FAR 13.000).⁹⁷

Os procedimentos a seguir devem ser observados pelos responsáveis nas aquisições simplificadas:

- utilização máxima possível do “cartão de compras governamental” (*government wide purchase card*) no pagamento de bens e serviços, emitido para o pessoal autorizado dos órgãos governamentais (FAR 13.301);
- cumprimento das normas que determinam aquisições nas quantidades mais econômicas possíveis (FAR 7.202);
- reserva de recursos em volume tal que possibilite pagar todas as compras a serem realizadas em um determinado período de tempo, em vez de solicitar liberações de recursos para cada licitação;
- manutenção de listas de empresas fornecedoras de pequeno porte;
- utilização do comércio eletrônico sempre que possível;
- levantamento de preços correntes de mercado, como alternativa às tomadas de preços individuais para cada aquisição, especialmente se esse procedimento possibilitar a obtenção de descontos significativos;

97. Os procedimentos simplificados não são utilizados nas seguintes situações: i) em aquisições de produtos fabricados em prisões federais, do Committee for Purchase from People Who are Blind or Severely Disabled e de contratos Federal Supply Schedule; ii) e em contratos para quantidades indefinidas.

- previsão de um “fundo de adiantamentos”, consistindo de um caixa de valor fixo para as despesas até US\$ 500; até esse valor, os pedidos de propostas às empresas podem ser feitos oralmente e sem exigência de concorrência ampla se os preços forem considerados razoáveis (FAR 13.305-4);
- realização de inspeções para avaliação da qualidade dos bens e serviços contratados observando-se apenas os itens de avaliação previstos na seção FAR 46.404;⁹⁸ as inspeções detalhadas devem ser realizadas somente em casos especiais ou naqueles que possam causar danos a pessoas ou a propriedades (FAR 13.101); e
- utilização de procedimentos de pagamento expedito nas aquisições de valor até US\$ 25.000, ou de valor maior em situações previstas nos regulamentos dos órgãos.⁹⁹

O órgão licitante deve promover a máxima competição possível. Antes de solicitar ofertas das empresas, deverão ser observados alguns pontos, a saber:

- levar em consideração a natureza do artigo ou serviço a ser adquirido, com o objetivo de avaliar se o mercado é competitivo e se os produtos encontram-se disponíveis sob várias marcas;
- avaliar a urgência da aquisição – no caso poderá até ser realizada aquisição de fornecedor único;
- verificar a experiência anterior com fornecedores específicos, de forma a avaliar os preços cobrados (FAR 13.106-1);
- informar as condições em que a contratação será realizada, esclarecendo-se os aspectos relacionados a preços, ou preço e outros fatores (como a qualidade e a *performance* passada); a preocupação maior deve ser a de se obter o melhor resultado para o órgão; para simplificar o aviso de licitação, não há necessidade de declarar o peso relativo a ser dado aos diversos fatores de avaliação; e
- não fazer tomada de preços com base em preferências pessoais ou restringir o convite a fornecedores detentores de marcas conhecidas e com larga presença no mercado (princípios da impessoalidade e imparcialidade).

Os órgãos licitantes devem realizar aquisições com a forma simplificada mais apropriada, eficiente e econômica, segundo as circunstâncias de cada aquisição, não obstante poder utilizar qualquer combinação que envolva procedimentos simplificados, proposta fechada, e aquisições competitivas, além dos procedimentos para a contratação de serviços de pesquisa e desenvolvimento e de engenharia, arquitetura e construção, quando for o caso (FAR 13.003 g).

A despeito da possibilidade de adoção de qualquer modalidade de procedimentos para se alcançar os objetivos da aquisição simplificada, a forma descrita na FAR refere-se à licitação com tomada de preços (*quotation*) junto a empresas constantes de

98. Consiste na inspeção da espécie e tipo dos bens, quantidade, eventuais avarias, operacionalidade (desde que prontamente determinável), estado de preservação, empacotamento e identificação.

99. Os procedimentos de pagamentos expeditos permitem o pagamento antes da verificação da entrega dos bens adquiridos, desde que o fornecedor: i) entregue a fatura dos bens certificando que esses foram despachados; ii) e reponha ou repare bens não recebidos, avariados ou que não atendam às especificações (FAR 13.401).

lista do órgão licitante. Os órgãos devem manter listas de fornecedores, classificados de acordo com as seguintes categorias: pequenas empresas, pequenas empresas em desvantagem e pequenas empresas de propriedade de mulheres. Novas empresas podem ser adicionadas à lista por meio da rede eletrônica *Procurement Marketing and Access Network (PRO-Net)*, da *Small Business Administration – SBA* (FAR 13.102).

Podem ser solicitadas ofertas de preços oralmente nas aquisições até US\$ 5.000, se essa ação for considerada mais eficiente do que via comércio eletrônico. Além disso, em determinadas situações, como em caso de urgência, de acordo de licenciamento exclusivo ou de “mobilização industrial”, poderá ser solicitada proposta de um único ofertante (FAR 13.106-1 b, c).

Se as informações sobre a licitação simplificada não forem divulgadas por meio da rede de aquisições federais (*Federal Acquisition Network – FACNET*)¹⁰⁰ e nem por acesso ao *Government point of entry – GPE* –, a máxima concorrência poderá ser obtida mediante tomada de preços de empresas situadas no comércio local. O órgão deve considerar propostas de preços de, pelo menos, três fornecedores e, sempre que possível, solicitar ofertas de dois fornecedores que não participaram da licitação anterior.

5.6.8 Procedimentos Simplificados para Compras de Valor até US\$ 5 Milhões

Um programa-piloto, com vigência até 1º de janeiro de 2003, permite a adoção de procedimentos simplificados na aquisição e contratação de bens ou serviços de valores superiores a US\$ 100.000, desde que não ultrapassem US\$ 5 milhões. A condição é que sejam adquiridos somente “itens comerciais”, ou seja, quaisquer artigos, exceto imóveis e equipamentos, vendidos no mercado para o público em geral (FAR 2.101). O objetivo do programa é conceder aos responsáveis pela licitação flexibilidades adicionais para as aquisições, com procedimentos simplificados, com vistas a maximizar a eficiência e economia como também minimizar os custos administrativos, tanto para o governo quanto para a indústria (FAR 13.501).

Sob esse programa, as aquisições não precisam obedecer às exigências de competição ampla e aberta, podendo inclusive ser adquiridos produtos de um só fornecedor, desde que justificado por escrito e aprovado em instância superior ao do funcionário contratante.

5.6.9 Divulgação das Licitações e Prazos para Apresentação de Propostas

A seção 5.000 da FAR estabelece que as ações para a contratação, cobrindo todas as fases administrativas que levam à realização de um contrato, devem ser divulgadas com o propósito de: i) aumentar a competição; ii) ampliar a participação do setor industrial no atendimento das necessidades do governo; e iii) apoiar na obtenção de contratos e subcontratos as empresas de pequeno porte em geral e as de pequeno porte com os seguintes perfis: de propriedade de veteranos de guerra; de propriedade de

100. A FACNET é um sistema eletrônico governamental de acesso do usuário que permite a obtenção de informações sobre aquisições governamentais.

veteranos de guerra incapacitados; as localizadas em regiões deprimidas economicamente (*HUBZone*); e empresas em situação de desvantagem e as de propriedade de mulheres.

Para as contratações de valor entre US\$ 10.000 e US\$ 25.000, as informações iniciais sobre a licitação, na forma de sinopse (ou uma cópia do próprio edital) devem ser difundidas mediante exposição em lugar público, podendo também ser utilizados meios eletrônicos apropriados. Nas de valor superior a US\$ 25.000, a sinopse deve ser divulgada por meio do *Government point of entry* – GPE.¹⁰¹ O edital de licitação também deve estar disponível nesse meio eletrônico, incluindo especificações sobre o produto e outras informações que o responsável pela licitação julgar importantes para os interessados (FAR 5.101 – 5.102).

As sinopses transmitidas para o GPE devem apresentar, dentre outras, as seguintes informações, quando aplicáveis: data, objeto da licitação, órgão licitante, código de classificação do serviço ou bem, número proposto da licitação, datas de abertura das propostas e do encerramento do prazo de recebimento das propostas, ponto de contato ou nome do funcionário contratante, número e valor do contrato, data da adjudicação, local de entrega dos bens em licitação, previsão de concessão ou não de preferências (*set aside*), e a descrição dos bens ou serviços de forma tal que não se restrinja à competição, permitindo ao potencial ofertante fazer um julgamento se deve ou não solicitar uma cópia do edital (FAR 5.207).

A publicação das sinopses deve ocorrer no mínimo 15 dias antes da publicação do aviso de licitação.

Nos termos da legislação, não está fixado prazo mínimo para a apresentação de propostas após a publicação da sinopse, nas licitações de valor entre US\$ 25.000 e US\$ 100.000 (*simplified acquisition threshold*). Entretanto, é determinado que seja concedido **prazo razoável**, contado a partir da publicação do edital, dando oportunidade aos potenciais ofertantes para participar da licitação, considerando as circunstâncias, disponibilidades e urgência da aquisição, e levando em conta a complexidade na elaboração da proposta. Para contratos de valor superior a US\$ 100.000, deve ser concedido prazo mínimo de 30 dias para a apresentação de propostas, contados a partir da publicação do aviso de licitação (FAR 5.203 c).

5.6.10 Divulgação dos Resultados: Sinopses da Adjudicação de Contratos

Devem ser objeto de sinopse, e enviadas ao GPE, as adjudicações de contratos de valor superior a US\$ 25.000, as realizadas ao amparo de acordos internacionais, as que possibilitam oportunidades de subcontratação e as de valor superior a US\$ 100.000. Além disso, informações sobre adjudicações de contratos de valor superior a US\$ 3 milhões devem estar disponíveis em tempo suficiente para que o departamento do governo envolvido na licitação possa fazer o anúncio no mesmo dia da adjudicação (horário do anúncio: 17 horas de Washington – FAR 5.303).

101. Essa determinação entrou em vigor a partir de 1º de outubro de 2001; até essa data a divulgação da licitação podia ser feita somente por meio do Commerce Business Daily – CBD, do governo federal.

5.6.11 Qualificação: Produtos, Fornecedores e Fabricantes

A legislação estadunidense determina que, em uma licitação aberta, qualquer interessado pode apresentar proposta, cabendo ao responsável pela licitação averiguar todas as condições do pretendente sobre suas possibilidades financeiras, técnicas e administrativas no cumprimento do contrato. Em geral, não são exigidos requisitos de registro, residência ou de outro tipo para os potenciais fornecedores. Entretanto, desde que conste do edital e do aviso, e seja devidamente fundamentado, poderá ser exigido que o fornecedor esteja a certa distância do local do cumprimento ou execução do contrato.¹⁰²

Geralmente, o processo de qualificação é realizado antes e independentemente da licitação. Depois da qualificação, os produtos, fabricantes e ofertantes são incluídos em listas de ofertantes qualificados (QBLs), fabricantes qualificados (QMLs) e produtos qualificados (QPLs), separadas em áreas federal e militar (FAR 9.203).

Quando forem estabelecidas exigências referentes à qualificação dos produtos objeto das licitações, o órgão deve preparar uma justificativa por escrito, com os seguintes esclarecimentos: i) declaração de necessidade de serem estabelecidas exigências de qualificação e razões pelas quais as qualificações precisam ser demonstradas antes da adjudicação dos contratos; ii) estimativa dos custos prováveis dos testes e avaliações a serem arcadas pelo potencial fornecedor com o objetivo de se tornar qualificado; e iii) especificação dos requisitos que devem ser satisfeitos para que um potencial fornecedor ou o seu produto seja qualificado.

Para o estabelecimento dos requisitos de qualificação de produto, o órgão licitante deve divulgar um aviso sobre o assunto no GPE e no CDB, com os seguintes tópicos: i) número da especificação e nome do produto; ii) nome e endereço onde o potencial fornecedor pode submeter seu produto para teste, de forma a demonstrar a capacidade de cumprir os padrões especificados; iii) data em que o órgão irá adjudicar o contrato referente à qualificação; iv) um alerta de que, quando um produto é submetido a um processo de qualificação, é necessário fornecer ao fabricante todos os dados específicos necessários; v) e data aproximada em que o fabricante receberá informações sobre se seu produto passou ou não nos testes de qualificação.

Devem ser informados ao potencial fornecedor todos os requisitos que ele ou seus produtos devem satisfazer para ser qualificado e, às expensas do fornecedor, deve ser oferecida pronta oportunidade para demonstrar sua capacidade de atender aos padrões especificados, usando o pessoal e as instalações do órgão licitante ou de outro órgão com o qual tem acordo para esse tipo de demonstração – no caso de pequena empresa, o custo dos testes de qualificação é arcado pelo próprio órgão licitante (FAR 9.204a2).

As especificações técnicas devem ser de forma a não favorecer marcas, fabricantes ou fornecedores, considerando sempre a funcionalidade, destinação e objetivo do bem ou serviço licitado.

Normalmente, testes de qualificação de produtos não são requeridos nas seguintes contratações: i) licitações envolvendo serviços de pesquisa e desenvolvimento; ii) produtos que necessariamente necessitam de qualificação antes da adjudicação; iii) nos casos de produtos normalmente vendidos no mercado; iv) produtos

102. Ver Communication from the United States (1996).

cobertos por especificações técnicas detalhadas (FAR 9.304). Contudo, os testes podem ser considerados apropriados ou necessários quando: i) o ofertante nunca forneceu o produto para o governo; ii) no caso de haver fornecido anteriormente, o teste deve ser realizado se houver ocorrido mudanças de processo de fabricação ou nas especificações; iii) se a produção tiver sido interrompida por um longo período de tempo ou o produto tiver apresentado problemas em algum momento de sua produção; iv) ou for importante dispor de um teste de um primeiro produto para servir como padrão (FAR 9.303).

As especificações requeridas para os produtos são incluídas nas seguintes publicações: i) *GSA Index of Federal Specifications, Standards and Commercial Item Descriptions*, *Department of Defense Index of Specifications and Standards*.

5.6.12 Impugnações: Procedimentos para Exame de Reclamações e Recursos

Na legislação estadunidense estão previstos procedimentos para a apresentação de reclamações e recursos, por parte de potenciais ofertantes, nacionais ou estrangeiros, durante qualquer etapa do processo de licitação. Uma parte interessada pode apresentar reclamações relacionadas com os termos dos editais de licitação ou outras relativas às aquisições de bens e serviços; contra o cancelamento de um edital ou de outra requisição; contra uma adjudicação ou proposta de adjudicação de contrato; e pelo cancelamento da adjudicação do contrato, se a fundamentação, apresentada por escrito, contiver elementos que indiquem impropriedades, no todo ou em parte, do processo de licitação.

O fornecedor e o órgão contratante são estimulados a resolver os problemas relacionados a questões controversas dos contratos, cabendo ao fornecedor a opção de apresentar a reclamação ao responsável pela licitação e, ainda, recurso à Junta de Apelações de Contratos do órgão - *Board of Contract Appeals*.

A parte interessada pode ainda entrar com recurso contra alguma ação relacionada ao processo licitatório ao *General Accounting Office* – GAO –, órgão do Congresso dos Estados Unidos. Para assegurar que os interesses de todas as partes não sejam prejudicados, o GAO pode suspender o processo de contratação, enquanto procede ao exame do recurso. Sua recomendação deve ser apresentada no prazo de até 125 dias, contados a partir da apresentação da reclamação, ou em até 65 dias, no caso de procedimento de revisão acelerada. À parte interessada restará, ainda, o recurso de apresentar processo judicial à *Federal Court of Claims*.¹⁰³

5.6.13 Aquisições sem Licitação

A legislação prevê que, em situações excepcionais, a contratação poderá ocorrer sem a utilização de procedimentos licitatórios com competição ampla e aberta. As situações guardam semelhança com aquelas previstas na legislação brasileira – dispensa ou inexigibilidade de licitação. As situações são as seguintes:

103. Idem.

- a) existência de somente um fornecedor, sem a possibilidade de que outros bens ou serviços supram as necessidades do órgão licitante;
- b) por motivo de urgência, situação em que o governo poderia ser prejudicado por atrasos na obtenção de bens ou serviços, a menos que o órgão licitante possa realizar a contratação sem recorrer à licitação ampla e aberta;
- c) quando for necessário adjudicar o contrato a um fornecedor particular ou a fornecedores, com o objetivo de: i) manter instalações, produtor, fabricante ou outro fornecedor em condições de fornecer suprimentos e serviços em casos de emergência nacional ou para atender à mobilização industrial; ii) estabelecer ou manter capacidades essenciais de engenharia, pesquisa ou desenvolvimento, a serem providas por instituição educacional ou não lucrativa ou centro de pesquisas e desenvolvimento financiado por verbas federais; iii) contratação de serviços de especialista ou pessoa neutra em questões de disputas judiciais (FAR 6.302-3);
- d) em decorrência de compromissos assumidos em acordos internacionais, quando for necessário realizar a contratação com uma determinada empresa ou quando a contratação se referir a serviços a serem prestados em território estrangeiro;
- e) quando autorizado por lei, permitindo a aquisição de empresa específica ou de marca comercial necessária ao órgão;
- f) por questões de segurança nacional, em que a revelação das necessidades do governo comprometeria a segurança do país;
- g) por interesse público – o dirigente do órgão licitante dispõe de autoridade para decidir se a realização de licitação por meio de concorrência aberta não é de interesse público; é raramente utilizada porque requer notificação ao Congresso em não menos de 30 dias antes da concessão do contrato; e
- h) na aquisição de bens produzidos nas prisões federais, ou por pessoas cegas ou severamente incapacitadas e as realizadas por meio dos *Federal Supply Schedule contracts*.

Antes de iniciar negociações para a contratação de um único fornecedor, “sem a utilização de concorrência ampla e aberta”, o funcionário responsável pela licitação deve justificar por escrito a utilização desse método – a autorização para a aprovação é limitada às aquisições de valor até US\$ 500.000. Para contratações que ultrapassam este valor, devem ser obtidas aprovações de autoridades superiores (FAR 6.304).

5.7 CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

A análise da política estadunidense de compras governamentais indica que dois programas de proteção às atividades produtivas internas desempenham papel de extrema importância quando se avaliam as possibilidades de acesso ao mercado daquele país: o *Small Business Act* e o *Buy American Act*.

Com o objetivo de se proceder a uma avaliação sobre as implicações desses programas em eventual acordo de compras governamentais no âmbito da Alca, descrevem-se, a seguir, a origem daqueles programas, sua aplicabilidade e como eles interagem quando as suas normas são aplicadas às ofertas de produtos estrangeiros nas licitações.

As políticas de apoio às pequenas empresas são amparadas nas diretrizes definidas no *Small Business Act*, aprovado pelo Congresso dos Estados Unidos em 1953. Esse estatuto definiu os princípios básicos para a atuação do Poder Executivo em apoio às pequenas empresas ao estabelecer como “política declarada do Congresso que o governo deve apoiar, assistir e proteger, na medida do possível, os interesses dos pequenos negócios”.

O Congresso conferiu importância especial às compras governamentais como instrumento de política ao determinar que “uma justa proporção das compras totais e contratos e subcontratos de bens e serviços do governo seja dirigida para as pequenas empresas...”. Determinou, ainda, ao governo federal prestar toda assistência às pequenas empresas com o fim de “aumentar sua capacidade de competir nos mercados internacionais por meio do fortalecimento de sua capacidade de exportar e de competir efetiva e eficientemente contra as importações”.

O mesmo ato legal manifestou a necessidade de se dar oportunidades de plena participação no sistema de livre empresa a *peças em desvantagem econômica e social*, proporcionando a máxima oportunidade possível para o desenvolvimento de pequenas empresas de propriedade de pessoas nessa condição. Finalmente, determinou a criação de uma agência voltada especificamente à implementação de programas de apoio às pequenas empresas, a *Small Business Administration* – SBA –, sob a supervisão geral do presidente dos Estados Unidos.¹⁰⁴

As diretrizes citadas deram origem a políticas abrangentes de apoio na área de compras governamentais, destacando-se a determinação de que todas as aquisições de bens e contratações de serviços e obras públicas de valor entre US\$ 2.500 e US\$ 100.000 sejam automaticamente destinadas às pequenas empresas, além da preferência a empresas de propriedade de pessoas e grupos sociais em desvantagem econômica e social. Para cumprir essas determinações, foram implantados rigorosos mecanismos de acompanhamento e avaliação, por meio da atuação da SBA junto aos órgãos e empresas públicas.

Quanto ao *Buy American Act*, suas normas estabelecem preferência nas compras governamentais para a produção doméstica. Para fazer jus ao tratamento preferencial, devem ser atendidas duas exigências: (1) o bem a ser adquirido deve ser produzido nos Estados Unidos e (2) sendo produto manufaturado, deve atender ao requisito de conteúdo nacional, ou seja, o custo dos componentes nacionais deve representar mais de 50 % do custo de todos os componentes utilizados na fabricação. Esse é o critério que define o chamado *domestic end product*, ou produto final doméstico, distinto da regra de origem utilizada nas aquisições amparadas por acordos comerciais, adotada para produtos estrangeiros e nacionais.¹⁰⁵

Sob as diretrizes daquele instrumento legal, produtos estrangeiros de uso final, não originados de países signatários de acordos comerciais firmados com os Estados Unidos, somente podem ser adquiridos por órgãos e empresas públicas federais diante da insuficiência de oferta interna ou quando o preço do produto doméstico for considerado não

104. As determinações básicas do Small Business Act encontram-se nas seções 631 a 637 do título 15 do United States Code (disponível em: www.findlaw.com).

105. Nas aquisições, os produtos originários dos países sob acordo comercial deverão atender às mesmas regras de origem aplicadas aos produtos estadunidenses, ou seja, no caso de produtos que contenham insumos importados de terceiros países, os bens devem apresentar “substancial transformação”, isto é, constituírem produtos novos e diferentes, com nomes, naturezas e/ou usos distintos dos insumos utilizados na fabricação.

razoável. Para avaliar se o preço do bem doméstico encontra-se acima de valor considerado razoável, são aplicadas margens de preferência de 6 % ou 12 %¹⁰⁶ para o produto doméstico. Nessas condições, o produto estrangeiro somente poderá ser adquirido se, depois de aplicado um dos percentuais referidos sobre o preço do produto estrangeiro de mais baixo valor, esse continuar com preço ainda inferior ao do produto doméstico.

Dessa forma, para que produtos estrangeiros tenham condições de concorrer nas licitações com produtos estadunidenses, devem apresentar excepcionais condições de competitividade, uma vez que, além da aplicação das margens de preferência, o produto estrangeiro chega àquele mercado encarecido por despesas como custos de transporte, seguros, comissões, etc.

A assinatura de acordo comercial com os Estados Unidos derroga as restrições do *Buy American Act*, permitindo que produtos estrangeiros participem de licitações governamentais em condições de igualdade com os produtos americanos.¹⁰⁷ A derrogação das restrições e preferências não alcança, contudo, as compras governamentais reservadas para pequenas empresas (FAR 25.401). As compras reservadas para pequenas empresas constituem, assim, exceção geral nos acordos comerciais e compromissos internacionais dos Estados Unidos – exceção ao tratamento nacional previsto nos acordos comerciais sobre compras governamentais.

Embora no acordo de livre comércio Estados Unidos-Canadá esteja prevista a aceitação de ofertas recíprocas nas licitações de valor a partir de US\$ 25.000, na prática esse limite é inócuo nos casos de licitações estadunidenses até US\$ 100.000, uma vez que são reservadas para as pequenas empresas daquele país (FAR 25.101; 25.504-1).

Os elementos apontados neste trabalho levam à reflexão sobre o efetivo acesso ao mercado estadunidense para os bens e serviços brasileiros em decorrência de um acordo sobre compras governamentais. Se a não assinatura de acordo impede o acesso, em razão das preferências aos bens estadunidenses previstas no *Buy American Act*, com mercado virtualmente fechado para os produtos brasileiros, um eventual acordo deveria preservar um mínimo de equilíbrio, expandindo as possibilidades para bens e serviços produzidos no Brasil.

Devem ser observadas, ainda, as seguintes situações previstas na legislação dos Estados Unidos que poderão representar barreiras ao acesso ao mercado estadunidense de compras governamentais:

- autonomia concedida aos órgãos licitantes para a ampliação dos limites de compras reservadas para pequenas empresas, acima do limite de US\$ 100.000; a permanência dessa autonomia introduz elemento de incerteza sobre as regras de participação de ofertas estrangeiras nas licitações, notadamente sobre o patamar a partir do qual bens estrangeiros podem participar das licitações;

106. O percentual de 6 % é aplicado nas aquisições de produto de grande empresa e o de 12 % de pequena empresa. Percentual de 50 % ou superior pode ser aplicado, se assim determinarem as normas próprias de cada órgão, como no caso do Departamento da Defesa, que aplica o percentual mínimo de 50 % . Ver Trade Policy Review (1999, par. 290).

107. Os produtos e materiais de construção estrangeiros amparados por acordos comerciais assinados com os Estados Unidos passam a receber o seguinte tratamento nas aquisições governamentais: i) devem apresentar certificação de regra de origem; ii) não há aplicação das margens de preferência (6 % ou 12%, ou superior, se previsto em legislação do órgão) para os bens estadunidenses.

- exigência de subcontratação de empresas de pequeno porte, segundo as várias categorias de empresas, nas licitações de valor acima de US\$ 500 mil, incluindo a concessão de subsídios ao fornecedor principal que exceder as metas estipuladas de subcontratação;¹⁰⁸ não fica claro na legislação e nos demais documentos consultados se essa exigência se mantém, na eventualidade de proposta vencedora estrangeira, o que representaria, de fato, barreira à participação no mercado – sugerimos que sejam esclarecidas nas negociações a forma de operação dessa exigência e como são tratadas as ofertas estrangeiras vencedoras de licitações acima de US\$ 500.000;
- autonomia concedida aos órgãos para emitir regulamentos próprios e implementar “políticas adicionais, procedimentos, prescrições sobre editais ou cláusulas de contratação que suplementem a FAR, para atender a necessidades específicas da agência (conforme seção 5.2); e
- definição a respeito das diversas situações que permitem aquisições de um único fornecedor, sem processos de licitação concorrenciais, como nos casos de: a) contratos adjudicados a empresa localizada nas *HUBzone* para aquisições de valor até US\$ 5 milhões; b) aquisição de “itens comerciais” de valor até US\$ 5 milhões, em que podem ser adquiridos produtos de um só fornecedor; c) situações excepcionais, discorridas na seção 6.13, em que a legislação prevê que a contratação poderá ocorrer sem a utilização de procedimentos licitatórios, e que guardam semelhança com aquelas previstas na legislação brasileira de dispensa ou inexigibilidade de licitação; d) e permissão aos órgãos para a exclusão de fornecedores de licitações, frente a determinadas situações de segurança ou de emergência, conforme descritas na seção 5.6.2.

Mantida a reserva para pequenas empresas nas licitações de valor até US\$ 100.000, como indicam os diversos acordos assinados pelos Estados Unidos, deve-se avaliar o montante que essa reserva representa com respeito a mercado não acessível aos produtos brasileiros após a eventual assinatura de acordo, incluindo os programas especiais dirigidos às diversas categorias de pequenas empresas.

Devem ser levantadas estimativas do efeito líquido resultante da importação de bens e serviços por entidades governamentais brasileiras e do acesso ao mercado estadunidense de compras governamentais, considerando diversos cenários de cobertura: listas variadas de bens e serviços, entidades do governo federal e demais níveis de governo ou apenas entidades do governo federal e empresas estatais, patamares a partir dos quais vigorariam as regras do acordo, e restrições atualmente existentes e praticadas pelos Estados Unidos, inclusive exceções já fixadas em outros acordos congêneres.

Entende-se que, além de estatísticas globais sobre compras governamentais estadunidenses e brasileiras, deveriam ser analisados os valores alocados para as exceções ou situações especiais, assim como aqueles destinados a cumprir os mandados previstos nos programas de apoio às empresas de pequeno porte dos Estados Unidos. A composição dos bens e serviços adquiridos ainda deveria ser analisada a fim de se verificar a capacidade de fornecimento destes pelos produtores brasileiros.

108. Mecanismo conhecido como Incentive Subcontracting Program (FAR 19.708, c,1), cuja cláusula contratual se encontra em FAR 52.219-10 e 52.219-26.

6. LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS

6.1 INTRODUÇÃO

As aquisições governamentais de bens e serviços são instrumentos conhecidos e utilizados por vários países, especialmente os desenvolvidos, para garantir mercado para a produção doméstica de ampla e variada gama de bens e serviços. Estas formas de aquisição são bem conhecidas na legislação estadunidense que concede preferência pelo Estado à produção por empresas de pequeno porte, ou ainda por empresas pertencentes a determinados grupos sociais ou etnias – indígenas, empresas de pessoas de cor, etc.

Organismos internacionais reconhecem a legitimidade do uso do poder de compra do Estado, atribuindo preferência nas compras governamentais para a produção doméstica, a exemplo do Banco Mundial e do BID. E, no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC –, também objeto de análise específica, continua sendo conferido tratamento especial às compras governamentais.

As diretrizes para as aquisições de bens e serviços financiadas total ou parcialmente por recursos de empréstimos obtidos junto ao Banco Mundial são claras. Ratificando os princípios da economicidade, da transparência e do acesso amplo dos demais países na oferta de bens e serviços, considera-se “o interesse do Banco, como instituição de desenvolvimento, em estimular o desenvolvimento da construção civil e da indústria nacional do país mutuário”, e prevê a concessão, dentro de critérios estabelecidos, de margem de preferência para as propostas que ofereçam certos bens manufaturados no país do mutuário, quando comparadas com propostas de bens similares de fabricação no exterior”.

Da mesma maneira, as regras de licitação internacional do BID prevêem “nas licitações públicas internacionais (...) a aplicação de margens de preferência (...) a favor de bens nacionais ou regionais de até 15% do valor da licitação correspondente. O objetivo é estimular o desenvolvimento da indústria nacional ou regional nos países tomadores. O tomador poderá, a seu critério, aplicar ou não tal margem de preferência. Entretanto, sua aplicação deve estar explícita nos documentos de licitação.”

É importante observar que, quando se decide utilizar o poder de compra do Estado como instrumento de desenvolvimento ou estímulo à produção de determinados bens ou serviços, ou de bens e serviços de um modo geral, produzidos por empresas de determinado porte ou grupo social, a sociedade está manifestando sua concordância em, eventualmente, pagar algum sobrepreço em favor do desenvolvimento da produção nacional.

Como teremos oportunidade de ver a seguir com a análise dos documentos legais que regem a legislação brasileira sobre o tema, os princípios estritos da economicidade se sobrepõem ao uso do poder de compra como instrumento de desenvolvimento. A não ser na aquisição de bens e serviços de informática, nos demais casos a preferência ao produto nacional somente é exercida como critério de desempate nas ofertas.

A Lei nº 8.666/93 não prevê qualquer tratamento favorecido à produção de bens e serviços por microempresas e empresas de pequeno porte. Outro dispositivo legal, o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, (Lei nº 9.841, de 5 de

outubro de 1999), ao tratar da política de compras governamentais limita-se a prever que “a política de compras governamentais dará prioridade à microempresa e à empresa de pequeno porte, individualmente ou de forma associada, **com processo especial e simplificado nos termos da regulamentação desta Lei**” (art. 24 – grifo nosso).

Ainda que não tenham sido alterados o escopo e a abrangência da lei brasileira de licitações, o volume de compras governamentais terá se reduzido, a partir de 1995, com a desestatização – com a privatização, as empresas ficam dispensadas de obedecer aos preceitos da lei de licitações e contratos aplicados à administração pública.

No âmbito das compras do governo federal, dois movimentos devem ser registrados. Com a terceirização das “atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos de competência legal do órgão ou entidade” da Administração Pública Federal direta, autárquica ou fundacional (Decreto nº 2.031, de 11 de outubro de 1996, revogado, e Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997), ampliou-se a contratação, por meio de processo licitatório, de serviços antes prestados pelos servidores da administração pública. Serviços tais como conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, manutenção de prédios, equipamentos e instalações, copeiragem, recepção, etc., passaram a ser prestados por empresas privadas, selecionadas segundo os preceitos da Lei nº 8.666/93.

Na direção oposta, a descentralização de recursos e ações promoveu uma redistribuição das compras entre os três níveis de governo, transferindo para os estados e municípios as aquisições e contratações de vários bens e serviços, anteriormente sob a responsabilidade do governo federal.

6.2 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE COMPRAS GOVERNAMENTAIS: PRINCÍPIOS E COBERTURA

Como norma geral, os princípios que devem nortear as legislações sobre as compras pelo setor público visam conferir ao Poder Público as melhores condições possíveis nas aquisições de bens e serviços. São princípios básicos a impessoalidade, a competição e a transparência. Como decorrência, a publicidade e a igualdade nas condições de acesso.

A legislação brasileira que rege as compras de bens e contratos para a aquisição de serviços segue os princípios previstos no art. 37 da Constituição. Nos termos deste artigo, a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. Em matéria de compras governamentais, dispõe o inciso XXI que, obedecidos os princípios apontados e ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

A determinação constitucional consagra, assim, os princípios que regem toda a administração pública, e que devem ser observados nas compras governamentais: moralidade, impessoalidade, legalidade e transparência/publicidade. E estabelece sua cobertura: abrange todos os bens e serviços adquiridos ou contratados, assim como alienações e locações, aplicáveis aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário da União, dos estados,

Distrito Federal e municípios, órgãos da administração direta, indireta, inclusive empresas públicas ou de economia mista, fundações e demais entidades controladas direta ou indiretamente por eles, inclusive as agências reguladoras criadas a partir de 1995.

6.3 NORMAS PARA LICITAÇÕES E CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PRINCÍPIO DA ECONOMICIDADE E TRATAMENTO NACIONAL

As normas para licitações e contratos da Administração Pública estão consolidadas na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e alterações posteriores.¹⁰⁹ Revogando o instrumento legal até então vigente (Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986), a Lei nº 8.666/93, contendo 126 artigos, “foi elaborada num contexto histórico peculiar, marcado pela preocupação da opinião pública com denúncias de corrupção no Estado. Esta circunstância, que sensibilizava particularmente o Congresso, concorreu para o detalhismo de procedimentos e o caráter exaustivo da lei, que deixa pouca ou nenhuma margem para a normatização autônoma do assunto, por cada órgão ou entidade, ou para a adaptação de procedimentos a circunstâncias específicas”, conforme destacado em palestra proferida no Centro Latino-Americano de Administración para el Desarrollo, em junho de 2000, por representante da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPO.

Logo no início, no art. 3º, a Lei nº 8.666/93 trata de consagrar o princípio da economicidade, buscando as condições mais vantajosas para a administração pública, independentemente de se tratar de bens ou serviços nacionais ou importados.

Dispõe em seu art. 3º:

“a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação do instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos”.

Esse artigo dispõe, ainda, que é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas que comprometam, restrinjam ou frustrem a competição e estabeleçam preferências ou distinções em função da naturalidade, sede ou domicílio dos fornecedores potenciais, ou ainda estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou outras de qualquer natureza entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais.

Ressalvando apenas as aquisições de bens e serviços de informática, logo de início a lei assegura o “tratamento nacional” previsto nos acordos internacionais. Mesmo que não exija que as licitações devam se estender sempre a concorrentes estrangeiros, determina que não haverá discriminação a favor de bens e serviços produzidos no país

109. (1) A Lei nº 8.666 foi alterada pela Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1994; Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995; Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998; Lei nº 9.854, de 27 de outubro de 1999; e a Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001 criou a modalidade de licitação pregão.

– no mesmo artigo, prevê preferência à empresa brasileira apenas como critério de desempate – art. 3º, § 2º.

Reforçando os princípios da economicidade e do tratamento nacional, o artigo 42, que trata de concorrência internacional, assegura a prevalência de regras de organismos internacionais, quando da aquisição de bens e serviços por esses financiados, total ou parcialmente (§ 5º). Contudo, busca neutralidade nas condições de competição dos bens e serviços de produção nacional com os importados, quando determina que, para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda (§ 4º).

O parágrafo 4º do art. 42 é particularmente importante no escopo de uma negociação que deverá resultar em acordo sobre compras governamentais, independentemente de qualquer lista de exceções ao tratamento nacional que venha a ser negociada. Sem a preservação de cláusula assemelhada, e considerando que o Acordo de Livre Comércio deverá estabelecer alíquota zero do imposto de importação para as transações intrazona, estará sendo consagrada flagrante desvantagem ao produtor nacional, tendo em vista o sistema tributário vigente, que onera com alguns tributos, em cascata, exclusivamente a produção nacional – IOF, PIS, Cofins, CPMF.

É de se registrar que, a despeito de privilegiar o princípio estrito da economicidade, não prevendo preferência para a produção doméstica – a exceção, como apontado, é a aquisição de bens e serviços de informática – a legislação brasileira não estaria, segundo declarações recorrentes de autoridades e administradores públicos, viabilizando as melhores condições para o Poder Público nas aquisições ou contratações de bens e serviços.

Sua complexidade (procedimentos e processos) explicaria a grande parcela de compras governamentais realizadas com dispensa ou inexigibilidade de licitação, previstas na lei. As despesas totais com aquisição de bens e serviços alcançaram R\$ 14,2 bilhões em 2001, no âmbito da administração federal, incluídas as autarquias e fundações públicas. Deste total, 48,8 % são representados por aquisições e contratações por meio de inexigibilidade, dispensa ou suprimento de fundos, modalidades não-competitivas de compra ou contratação. Discorrendo a respeito da mesma informação para o ano de 1999, quando as compras sob dispensa ou inexigibilidade alcançaram 54,5 %, o representante do MPO citado comentou que “esta situação pode ser entendida, em parte, como evidência da tendência à fuga dos procedimentos complexos e demorados de licitação competitiva, valendo-se das exceções previstas na legislação”.¹¹⁰

6.4 LIMITES E MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Nos termos do artigo 22 da Lei nº 8.666/93 e da Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001 (convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002), são modalidades de licitação, vedada a combinação ou a criação de outras:

110. Idem.

- a) **Concorrência:** modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto (art. 22, § 1º).
- b) **Tomada de preços:** modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (art. 22, §2º).
- c) **Convite:** modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa em número mínimo de 3 (três), a qual fixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem interesse, com antecedência de até 24 (vinte e quatro horas) da apresentação das propostas, observada a necessária qualificação (art. 22, §3º).
- d) **Concurso:** modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias (art. 22, § 4º).
- e) **Leilão:** modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis, ou produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens móveis, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (art. 22, § 5º).
- f) **Pregão:** modalidade criada pela Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, aplicável à aquisição de bens e serviços comuns. Nos termos do art. 2º, “Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns,¹¹¹ promovida exclusivamente no âmbito da União, **qualquer que seja o valor estimado da contratação**, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública” (grifo nosso).

Prevê o art. 23 da Lei nº 8.666/93 que as modalidades serão determinadas em função dos valores apontados a seguir, levando em conta o valor estimado da contratação:^{112 113}

I – para obras e serviços de engenharia:

a) **convite:** até R\$ 150.000,00;

111. Nos termos da Medida Provisória nº 2.182/2001, bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado. A lista deles consta de decreto de regulamentação da MP.

112. O artigo 23, § 2º prevê a utilização da modalidade de licitação mais ampla, a concorrência, em todos os casos, bem como de tomada de preços, quando aplicável à modalidade de convite. Como já destacado, a modalidade pregão pode ser aplicada às compras de bens e serviços comuns constantes de lista anexa ao decreto de regulamentação, realizadas exclusivamente no âmbito da União, independentemente do valor estimado. Além disso, com a nova redação ao art. 120, dada pela mesma Lei nº 9.648/98, “os valores fixados por esta Lei poderão ser anualmente revistos pelo Poder Executivo (...) observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado, no período”. No contexto de uma negociação internacional, particular importância deverá ser conferida a tais limites, a fim de se determinar a cobertura dos compromissos assumidos.

113. Para evitar a elisão dos limites acordados no acordo da OMC, determina-se que no caso de fracionamento de contratos, os limites a considerar levarão em conta o valor total dos contratos – artigo II do Acordo sobre Contratação Pública da OMC.

- b) **tomada de preços:** até R\$ 1.500.000,00;
- c) **concorrência:** acima de R\$ 1.500.000,00.

II – para compras de outros bens e serviços:

- a) **convite:** até R\$ 80.000,00;
- b) **tomada de preços:** até R\$ 650.000,00;
- c) **concorrência:** acima de R\$ 650.000,00.

Quando se tratar de compra ou alienação de bens imóveis, deverá ser utilizada a modalidade de concorrência, independentemente do valor, sendo admitida a modalidade de leilão (art. 23, § 3º). A de concorrência também deverá ser utilizada nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais. No caso das licitações internacionais, poderá ser utilizada, dentro dos limites apontados, a tomada de preços, desde que o órgão ou entidade disponha de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país.

Atente-se que, nos termos do art. 23, § 1º, “as obras, serviços e compras efetuadas serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viável, procedendo-se a licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade (sic) sem perda da economia de escala”. A cada etapa ou conjunto de etapas deve corresponder uma licitação distinta (art. 23, § 2º). Esse ponto, juntamente com os limites para a utilização de cada modalidade, é particularmente importante em qualquer processo de negociação, ainda que a legislação brasileira também aponte a mesma preocupação: fracionamento de contratos para permitir a utilização de modalidade de licitação mais simples – convite ou tomada de preços. Assim, no art. 23, § 5º, é vedada a utilização dessas duas modalidades, para 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 ou concomitantemente, sempre que o somatório dos valores caracterizar uma modalidade menos simplificada de licitação, ressalvando-se as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquele do executor da obra ou serviço.

6.5 CASOS EXCEPCIONAIS: DISPENSA DE LICITAÇÃO

No art. 24 são apontadas as exceções às regras gerais de licitação, prevendo os casos em que a licitação pode ser dispensada, a saber:^{114 115}

- I - obras ou serviços de engenharia de valor até 10% do limite apontado, 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 – o percentual é de 20% para empresas

114. A legislação brasileira trata de forma distinta as exceções nos processos de licitação, considerando casos de dispensa de licitação e em que a licitação não é exigida. Para não se burocratizar o processo brasileiro de compras governamentais, os dois casos deveriam ser contemplados como exceções em eventual acordo regional.

115. Além das hipóteses previstas no art. 24 para dispensa de licitação, acrescenta-se o caso de concessão de direito real de uso de bens imóveis, quando o uso se destinar a outro órgão da administração pública ou quando, no caso de interesse público devidamente justificado, ocorrer doação com encargo.

públicas ou sociedades de economia mista, autarquias e fundações qualificadas como agências executivas;

- II – para outros serviços e compras de valor até 10% do limite acima e para alienações, 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 – o percentual é de 20% para empresas públicas ou sociedades de economia mista, autarquias e fundações qualificadas como agências executivas;
- III – nos casos de guerra ou grave perturbação da ordem;
- IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança das pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, restringida aos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídos no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;
- V – quando não se apresentarem interessados à licitação anterior e esta não puder ser repetida sem prejuízo para a administração pública, mantidas as condições preestabelecidas;
- VI – quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar abastecimento;
- VII – quando as propostas apresentarem preços superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados por órgãos oficiais competentes;¹¹⁶
- VIII – para a aquisição por pessoa jurídica de direito público, 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 da vigência da Lei nº 8.666/93, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;
- IX – quando houver a possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;
- 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;
- XI – na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual; nesse caso, deve ser atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço devidamente corrigido;

116. Nesse caso, persistindo as propostas de preços consideradas inexequíveis, pode-se promover a adjudicação direta, com preços não superiores aos constantes dos registros de preços.

- XII – nas compras de hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia;
- XIII – na contratação de instituição brasileira de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, ou de recuperação social do preso, desde que a contratada, sem fins lucrativos, tenha inquestionável reputação;
- XIV – para a aquisição de bens ou serviço nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições forem manifestamente vantajosas para o poder público;¹¹⁷
- XV – para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos;
- XVI – para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração e de edições técnicas oficiais, bem como para a prestação de serviços de informática à pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico;
- 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 dos equipamentos, quando a 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 deslocamentos, quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, desde que o valor não exceda R\$ 80.000,00;
- XIX – para as compras de materiais pelas Forças Armadas, com exceção de material de uso pessoal e administrativo, quando necessária a padronização pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres;
- XX – na contratação de associação de portadores de deficiência, sem fins lucrativos, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra desde que o preço seja compatível com o mercado;
- XXI – para a aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, CNPq ou outras instituições de fomento à pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim;
- XXII – na contratação ou fornecimento ou suprimento de energia elétrica com concessionário, permissionário ou autorizado;
- XXIII – na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias ou controladas, para a aquisição de bens e serviços, desde que o preço seja compatível com o praticado no mercado; e

117. A dispensa de licitação, nos termos previstos no inciso XIV do art. 24 (“aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições forem manifestamente vantajosas para o Poder Público”) **ratifica o princípio da economicidade, levado ao extremo**, que permeia toda a legislação brasileira sobre compras governamentais.

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com organizações sociais, qualificadas no âmbito dos respectivos níveis de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

6.6 CASOS EXCEPCIONAIS: INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O art. 25 determina que a licitação é inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial:

- I - na aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa, ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca;
- II – na contratação de serviços técnicos (estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliações em geral; assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; restauração de obras de arte e bens de valor histórico), de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação; e
- III – na contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou opinião pública.

Nos casos em que se aplicar a dispensa ou inexigibilidade, o uso das modalidades deverá ser, necessariamente, justificado e comunicado dentro de três dias à autoridade superior para ratificação, com publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias (art. 26). As justificativas deverão conter os seguintes elementos: caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifica a dispensa; a razão da escolha do fornecedor ou executante; e a justificativa do preço e o documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Conforme dispõe o § 2º do art. 25, nos casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano, sem prejuízo de outras sanções penais, o fornecedor e o agente público responsável pela contratação.

6.7 TIPOS E PROCEDIMENTOS PARA AS LICITAÇÕES

Os tipos de licitação previstos no art. 45 são os seguintes:

- a) menor preço;
- b) melhor técnica;
- c) técnica e preço; e
- d) maior lance ou oferta, nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Os tipos de licitação **melhor técnica e técnica e preço** serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (art. 46 – grifo nosso).

Para os bens e serviços de informática, é obrigatória a adoção do tipo técnica e preço, admitidos outros tipos em casos indicados em decreto do Poder Executivo.

No caso de licitações **melhor técnica**, os procedimentos, explicitados no instrumento de convocação, prevêm a abertura das propostas técnicas apenas dos licitantes previamente qualificados, com avaliação e classificação de acordo com os critérios pertinentes e adequados definidos no edital. Classificadas as propostas técnicas, seguem-se a abertura das propostas de preços dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima fixada no edital e as negociações das condições propostas com a proponente melhor classificada, com base nos orçamentos detalhados apresentados e respectivos preços unitários, tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiverem a valorização mínima. Em caso de impasse, o procedimento será o mesmo com os demais classificados, observando-se a ordem de classificação, até que se chegue a um acordo sobre a contratação (art. 46, § 1º).

Nas licitações do tipo técnica e preço, além de se adotarem os procedimentos citados, prevê-se classificação de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos estabelecidos no instrumento de convocação (art. 46, § 2º).

Conforme mencionado, nos termos do art. 3º, § 2º, em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

- a) produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;
- b) produzidos no país; e
- c) produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

Permanecendo o empate, a classificação será obrigatoriamente por sorteio, em ato público, para o qual serão convocados todos os licitantes.

O art. 48 prevê os casos em que as ofertas são desclassificadas. São os seguintes:

- a) as propostas não atendem às exigências do ato convocatório da licitação; e
- b) as propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não demonstrem a viabilidade por meio de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os preços de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições que serão necessariamente constantes do ato convocatório da licitação.

Conforme art. 48, § 1º, consideram-se manifestamente inexeqüíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% do menor dos seguintes valores:

- i) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração; ou
- ii) valor orçado pela Administração.

O disposto no art. 48, § 1º é particularmente importante em matéria de negociação internacional. O acordo sobre compras governamentais da OMC não prevê a desclassificação das propostas com preços muito baixos, mas a exigência de comprovação, pelo licitante, de capacidade de cumprir o acordado. Recomenda-se cuidado especial ao tema já que **preços anormalmente baixos** poderão estar caracterizando a prática de *dumping* pelos concorrentes. Nesse caso, sugere-se, em eventual acordo, dispositivo que caracterize, com clareza, o que pode ser considerado um preço “muito baixo”, bem como contemple a possibilidade de desclassificação de fornecedores, produtores ou intermediários de transações de bens que estejam em processo de investigação sobre essa prática.

O mesmo art. 48, no seu § 3,º prevê que, em caso de inabilitação de todos os licitantes, ou de desclassificação de todas as propostas, poderá ser fixado prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de novas propostas – em se tratando da modalidade convite, esse prazo poderá ser de três dias úteis. Mais uma vez, esse ponto merece destaque, já que poderá ser considerado demasiadamente exíguo para a apresentação de novas propostas, quando se tratar de licitações de bens ou serviços cobertos por acordo internacional.

6.8 HABILITAÇÃO

Conforme disposto no art. 27, aos interessados será exigida **exclusivamente** (grifo nosso) documentação relativa à habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal; e cumprimento do art. 7, XXXIII da Constituição Federal (dispõe sobre a proibição do trabalho noturno, perigoso ou insalubre por menores de 18 anos e qualquer trabalho por menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos).

Nas licitações internacionais, as empresas estrangeiras que não funcionarem no país deverão ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa e judicialmente pelas situações relacionadas aos processos de licitação de que participem e deverão atender às exigências, tanto quanto possível, mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado (art.32, § 4º).

A exigência de apresentação dos documentos pelas empresas estrangeiras não se aplica, contudo, às licitações internacionais para bens ou serviços cujo pagamento seja feito em decorrência de financiamento de organismo internacional ou agência brasileira de cooperação, tampouco nos casos de contratação com empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que com prévia autorização do presidente da República, nem mesmo nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior (art. 32, § 6º).

Os arts. 28, 29, 30 e 31 listam os documentos, apresentados em original ou cópia autenticada por cartório, ou servidor da administração, ou ainda publicação em

órgão da imprensa oficial, necessários para a habilitação jurídica, comprovação de regularidade fiscal, qualificação técnica e qualificação econômico-financeira.

Nas modalidades convite, concurso, ou leilão, ou quando do fornecimento de bens para pronta entrega, a entidade licitadora poderá dispensar, em todo ou em parte, os documentos requeridos para habilitação (art. 32).

No art. 34, determinando que os órgãos e entidades que realizam freqüentes licitações mantenham registros cadastrais dos fornecedores com validade de, no máximo, um ano, são previstos os procedimentos requeridos para permitir ampla divulgação, acesso e transparência dos registros cadastrais. Conforme art. 34, § 1º, “o registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, por meio da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados”.

6.9 OUTROS PROCEDIMENTOS E JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

Os artigos 38 a 53 fixam os procedimentos para a licitação, inclusive para o julgamento das propostas.

Enquanto o art. 38 contém os procedimentos para o início do processo de licitação e normas para a formação do processo administrativo correspondente, os demais fixam as normas que mais interessam em se tratando de pontos a serem devidamente levados em conta em uma negociação de acordo sobre compras governamentais.

Nos termos do art. 39, “sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 vezes o limite fixado para o uso da modalidade de concorrência nas licitações de obras e serviços de engenharia (R\$ 1.500.000,00), o processo licitatório deverá ser iniciado, **obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável, com antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.**¹¹⁸

No art. 40, determinam-se as informações que deverão constar do edital. Além das informações de praxe – nome da entidade responsável, a modalidade, o regime de execução e tipo de licitação – devem constar o local, dia e hora do recebimento da documentação e proposta e para o início da abertura dos envelopes, descrição sucinta e clara do objeto da licitação, prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos.

Em se tratando de licitações para a execução de obras e serviços, com modalidade de execução de empreitada por preço global, deverão ser fornecidos ainda, juntamente com o edital, todos os elementos e informações para que os licitantes possam elaborar suas propostas (art. 47).

118. Sem dúvida, a exigência de audiência pública anterior à publicação de edital de ampla divulgação se apresenta como um dos “detalhismos em excesso” da lei, tendo em vista que a publicação do edital deve cumprir o objetivo de permitir a divulgação e amplo acesso às informações.

Atendidos os requisitos preliminares, com a publicação do edital, os procedimentos para a licitação propriamente dita são os apresentados no artigo 43, a saber:

- I – abertura dos envelopes com a documentação relativa à habilitação dos concorrentes e sua apreciação;
- II – devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as propostas, desde que não tenha havido contestação ou recurso;
- III – abertura dos envelopes com as propostas dos habilitados, desde que tenha transcorrido o prazo sem interposição de recursos, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos;
- IV – verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital;
- V – julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital; e
- VI – deliberação quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.

A abertura dos envelopes será realizada em ato público, previamente designado, com o registro em ata dos resultados.

O art. 44 determina que critérios objetivos definidos em edital deverão ser considerados no julgamento das propostas, não se admitindo “qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes” (art.44, § 2º). Além disso, não serão admitidas propostas que apresentem preços “simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório (...) não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração”, aplicando-se o disposto também às propostas que incluam mão-de-obra estrangeira ou importações de qualquer natureza. (art. 44, §§ 3º e 4º).

Na modalidade de pregão, alguns procedimentos, em particular os prazos, devem ser destacados. Segundo autoridades do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, encarregadas das normas sobre licitações no âmbito do governo federal, essa modalidade tem permitido uma economia substancial para o poder público federal, razão pela qual deveria ser preservada em eventual acordo internacional.

O art. 4º, inciso V da Lei nº 10.520/02 prevê a apresentação das propostas em prazo não inferior a oito dias úteis.

É previsto, por ocasião da execução do pregão, que “o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor” (art. 4º, inciso VIII). Na modalidade pregão, o exame do atendimento pelo licitante vencedor das condições previstas no edital ocorre somente após o encerramento da “etapa competitiva”. Caso o vencedor não atenda às exigências de habilitação, ou se a oferta for inaceitável, serão examinadas as ofertas subseqüentes e a qualificação dos ofertantes, obedecida a ordem de classificação. Atente-se que nessa modalidade poderá haver, ainda, negociação de preços com a proposta vencedora (art. 4º, inciso XVII).

6.10 CONCORRÊNCIAS INTERNACIONAIS

O art. 42, § 5º prevê que “para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, que poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigido para a obtenção do financiamento ou da doação e que não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, ratificado pela autoridade imediatamente superior”.

Conforme art. 42, nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e de comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. Quando permitido ao licitante estrangeiro apresentar cotações em moeda estrangeira, o mesmo direito deve ser dado ao licitante nacional e as garantias de pagamento ao licitante estrangeiro serão equivalentes às oferecidas aos nacionais.

É importante destacar que, embora o artigo 42 indique a intenção de coibir eventuais práticas desleais de comércio, entendemos que em um eventual acordo internacional o objetivo deveria ser mais explícito, vedando expressamente a participação direta ou indireta de licitantes, quando os bens envolvidos estiverem sendo objeto de investigação de *dumping* ou subsídios nos países de origem. Essa preocupação é reforçada, tendo em vista o disposto no art. 44, §§ 3º e 4º .

“Art. 44.....

§ 1º.....

§ 2º.....

§ 3º Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitário simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

§ 4º O disposto no parágrafo anterior se aplica também às propostas que incluam mão-de-obra estrangeira ou importações de qualquer natureza.”

Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames que oneram exclusivamente os nacionais (art. 42, §4º). Esse artigo também nos parece importantíssimo, considerando os tributos em cascata – IOF, PIS, COFINS, CPMF – que oneram exclusivamente os produtos nacionais.

6.11 IMPUGNAÇÃO E RECURSOS ADMINISTRATIVOS

O art. 41, em seus §§ 1º, 2º e 3º, dispõe sobre as impugnações aos atos praticados pelo poder público em matéria de compras governamentais. Assim, “qualquer cida-

ção é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, **devendo protocolar o pedido até 5 dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação (...)** (grifo nosso) (art. 41, § 1º).

Cabe à Administração julgar e responder à impugnação no prazo de até três dias úteis, sem prejuízo de se recorrer aos Tribunais de Contas ou órgãos de controle interno (art. 41, § 1º, e art. 113, § 1º). Feita tempestivamente, a impugnação não impede um participante de participar da licitação até o trânsito em julgado da decisão (art. Art. 41, § 3º).

Entretanto, conforme § 2º do mesmo art. 41, “decairá do direito de impugnar os termos do edital (...) o licitante que não o fizer até o 2º dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciaram o edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso”.

O art. 109 trata dos recursos administrativos. Nos atos da Administração relacionados à habilitação ou inabilitação do licitante, julgamento das propostas, anulação ou revogação da licitação, indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, alteração ou cancelamento de registro cadastral, rescisão de contrato ou aplicação de penas de advertência, suspensão temporária ou multa, cabem recursos a serem apresentados no prazo de cinco dias úteis, contados a partir da data da intimação do ato ou lavratura da ata. Nos casos de pedido de reconsideração de decisão da autoridade maior – ministro de Estado ou secretário estadual ou municipal –, os recursos poderão ser apresentados no prazo de 10 dias úteis.

O recurso, dirigido à autoridade superior, será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de cinco dias úteis (art. 109, §§ 3º e 4º).

Atente-se que, no que diz respeito à modalidade de convite, os prazos para a apresentação de recursos e para a impugnação pelos demais licitantes serão de dois dias úteis, exceto em se tratando de pedido de reconsideração da decisão da autoridade maior.

6.12 SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E TUTELA JUDICIAL

Ponto particularmente importante para qualquer negociação de acordo sobre licitações e compras governamentais refere-se às sanções por prestação de informações falsas, descumprimento de contratos ou de obrigações assumidas e outras infrações previstas na lei. No art. 81 prevê-se que a “recusa do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido (...), caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.” **São previstas na Lei nº 8.666/93 as infrações e sanções administrativas e penais, tanto para as autoridades administrativas que as praticaram ou que concorreram para tal prática, assim como para os adjudicatários dos contratos para o fornecimento de bens e serviços. Graduadas em função da gravidade da infração, está prevista a aplicação de advertência, multa, suspensão temporária à participação em licitações, declaração de inidoneidade, e até pena de detenção, que varia de seis meses a seis anos, além de multa** (grifo nosso).

Nos termos do art. 96, tem-se:

“Art. 96 Fraudar, em prejuízo da Fazenda pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias ou contrato dela decorrente:

- I – elevando arbitrariamente os preços;
- II – vendendo como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;
- III – entregando uma mercadoria por outra;
- IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;
- V – tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou execução do contrato.”

Pena: “detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.”

Os artigos 100 a 108 dispõem sobre o processo e procedimento judicial. “Qualquer pessoa poderá provocar (...) a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e sua autoria, bem como as circunstâncias em que se deu a ocorrência” (art. 101).

Com procedimentos que permitem amplo acesso às informações e defesa dos acusados, previstos na legislação brasileira, eventual acordo internacional sobre o tema também deverá assegurar reciprocidade de tratamento nesse caso, incluindo-se a possibilidade de aplicação de penalidades e sanções aos licitantes estrangeiros, para que sua aplicação não se restrinja, de fato ou de direito, apenas aos fornecedores nacionais.

6.13 EXCEÇÕES AO TRATAMENTO NACIONAL

a) Preferência para a aquisição de bens e serviços de informática

Conforme já destacado, a Lei nº 8.666/93 é radical em relação ao princípio da economicidade. Enfatizando a igualdade de tratamento entre os produtos e fornecedores nacionais e estrangeiros, determina no art. 3º, §§ 1º e 2º:

“Art. 3º

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I -

II – estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere à moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, **ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.**

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços :

- I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;
- II – produzidos no país;

III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.”

O art. 3º da Lei nº 8.248/91 (Lei de informática), dispõe que:

“Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produtos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem:

I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país;

II – bens e serviços produzidos no país, com significativo valor agregado local.

§ 1º Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no país preferência em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade e padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.”

Com a promulgação da Emenda Constitucional nº 6, de 15 de agosto de 1995, que eliminou a diferenciação entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional e nos termos da Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001, foi dada a seguinte redação ao artigo 3º da Lei nº 8.248/91:

“Art. 1º Os arts 3º, (...) da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991, passam a vigorar com a seguinte redação:

Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem:

I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país;

II – bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

§ 1º

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço.”

É importante destacar que se a nova redação dada ao art. 3º da Lei nº 8.248/91 pela Lei nº 10.176/2001 é consistente com a “quebra” da reserva de mercado para o setor de informática e com a Emenda Constitucional nº 6/95, que elimina a preferência aos bens e serviços produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, preserva-a aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no Brasil e para os bens e serviços produzidos no país, mesmo com tecnologia importada, mas que atendam a conteúdo nacional mínimo.

Registra-se, assim, na legislação brasileira, não apenas uma exceção ao tratamento nacional, como também o requisito de conteúdo nacional.¹¹⁹

a) Lei do Similar

Se a Lei nº 8.666/93 preserva a preferência apenas aos bens e serviços de informática nacionais, adquiridos pelos órgãos e entidades da administração federal, há que se considerar a legislação que dispõe sobre o tratamento tributário das importações.

A Lei nº 8.032, de 12 de abril de 1990, assegura a isenção do imposto de importação (II) e do imposto sobre produtos industrializados (IPI) aos casos previstos em seu art. 2º. Dentre esses casos estão incluídas as importações realizadas pela União, estados, municípios e respectivas autarquias. Além dessas, as realizadas pelas instituições de educação ou assistência e instituições científicas e tecnológicas, que poderão estar sujeitas à Lei nº 8.666/93, quando se tratarem de entidades que compõem a Administração Pública federal, estadual ou municipal.

É de se notar que, se o art. 6º da Lei nº 8.032/90 determina que “os bens objeto de isenção ou redução do Imposto de Importação, em decorrência de acordos internacionais firmados pelo Brasil, terão o tratamento tributário neles previsto”, dispõe o art. 17 do Decreto-lei nº 37, de 18 de novembro de 1966, que “a isenção do imposto de importação somente beneficia produto sem similar nacional”. Assim sendo, é fundamental que, em se tratando de acordo internacional sobre compras governamentais, a questão seja examinada e devidamente equacionada.

7 CONCLUSÕES

Este trabalho analisou a legislação sobre compras governamentais adotada no âmbito dos acordos da União Européia, Organização Mundial de Comércio e Nafta e em dois países, Estados Unidos e Brasil. Foram descritos e comentados – com a consulta às leis, regulamentos e outros documentos –, as políticas, normas e procedimentos que regem as contratações públicas no âmbito daqueles acordos/blocos de comércio e dos países citados.

Na documentação examinada, são dignas de nota as observações feitas pela Comissão Européia a respeito dos óbices existentes para se alcançar maior grau de integração na União Européia, em análise realizada no final de 1997:

“Em noviembre de 1997, el Cuadro de indicadores muestra que la contratación pública es un de los ámbitos en los que existe un mayor déficit en la incorporación, habiéndose incorporado en cada Estado miembro, de forma correcta, solamente el 55,6 % de las directivas. Además, la comunicación de la Comisión sobre Impacto y efectividad del mercado único deja claro que los resultados económicos logrados hasta ahora quedan muy lejos de las expectativas. Incluso, se el índice de penetración de las importaciones en el sector público (es decir, la combinación de las importaciones directas e indirectas de los compradores de carácter público) há pasado del 6 % en 1987 al 10 % en la actualidad,

119. O Processo Produtivo Básico – PPB constitui uma forma de determinar o conteúdo nacional, definindo etapas da produção que deverão ser realizadas, necessariamente, no país. É de se destacar que está prevista, além da preferência nas compras pelo setor público federal, incentivos à produção no país de bens e serviços de informática. Esses incentivos, previstos na Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001, estão regulamentados por meio do Decreto nº 3.800, de 20 de abril de 2001.

se puede constatar que los sectores específicos continúan cerrados a causa del empleo de normas técnicas y de sistemas de certificación y cualificación”.¹²⁰

Esses registros indicam o nível de dificuldades e o longo tempo requerido para se promover a adoção plena dos regulamentos comuns entre os países participantes do bloco, levando-se em conta que na integração europeia as primeiras diretivas sobre aquisições públicas remontam à década de 1970, sendo que as atuais diretivas, consolidando e atualizando as primeiras, foram estabelecidas em 1992/1993; portanto, há quase 10 anos. Verifica-se, ademais, que o atraso no grau de incorporação da legislação comum não se deve somente aos países de entrada mais recente, mas atingem também os países-membros mais antigos.

Continuando a análise a respeito das dificuldades de integração, afirma o estudo da Comissão Europeia:

“El reducido impacto del régimen comunitario en vigor se debe en gran medida a al bajo índice de respuesta por parte de los proveedores. (.....) Además, un reciente informe relativo a los proveedores afirma que sólo un promedio del 10 % de éstos responden a las licitaciones.”

As análises indicaram que o baixo nível de participação dos fornecedores estrangeiros pode estar associado aos custos e à burocracia dos sistemas de qualificação para a participação nas licitações (situação pessoal e capacidade financeira, econômica e técnica do interessado) e ao reduzido acesso às informações sobre as licitações planejadas e as em andamento.

Esse último ponto chama a atenção, no contexto de um acordo de compras públicas reunindo 34 países na Alca, para a vantagem operacional que pode representar para os países desenvolvidos do bloco, Estados Unidos e Canadá, a participação em arranjo dessa natureza em relação aos demais países. Se num bloco em que o processo de integração se desenvolve há décadas, como é o caso da UE, e não se conseguiu participação maior que 10 % das empresas, não se pode esperar que as empresas da América Latina disponham de condições para estabelecer presença significativa no mercado de compras governamentais daqueles países.

Isso decorre das próprias características dos mercados de compras do setor público, que apresentam particularidades que o diferenciam bastante dos mercados comerciais. Nos aspectos normativos, os produtos devem atender às especificações técnicas dos órgãos compradores, que muitas vezes não são convenientemente claras, ou podem determinar condições muito rígidas de atendimento. Outra particularidade diz respeito aos prazos que devem ser cumpridos, tanto na fase de licitação, quanto na de entrega dos produtos ou serviços, o que acrescenta um desafio no caso de produção realizada fora do país em que será feita a entrega. De outro lado, no aspecto de presença no mercado, deve ser estabelecida uma rede de fornecedores ou de prestadores de assistência técnica em condições de acompanhar a vida útil de determinados bens adquiridos. Além disso, está o fato de que as compras de governo muitas vezes não representam uma demanda contínua, como ocorre no mercado tomado como um todo, obrigando as empresas fornecedoras a disporem de logística para o atendimento não continuado do mercado governamental.

120. Ver La Contratación Pública en la Unión Europea (1998, pg. 2).

Estas particularidades, e outras não comentadas, impõem obstáculos à capacidade das empresas em fornecer para os mercados governamentais situados em outros países. O mesmo não ocorre, com a mesma intensidade, para os fornecedores estadunidenses, canadenses e mexicanos, tendo em vista que desde 1994 já participam do amplo mercado do Nafta, dispondo de logística e experiência nesse tipo de mercado. Assim, nas negociações para um acordo de compras do setor público na Alca, deveria ser dada atenção especial às definições a respeito da abrangência dos níveis de governo que participarão, sendo recomendável estabelecer cronogramas para a entrada escalonada de entes governamentais, o que permitiria avaliar o comportamento das contratações (importações) dos níveis de governo que forem incluídos nos compromissos iniciais.

Participação das Pequenas Empresas

Procurou-se, ainda, neste trabalho, verificar se os acordos e as legislações consultadas estabelecem mecanismos de utilização do poder de compra do Estado para beneficiar determinados segmentos econômicos, uma vez que este constitui instrumento utilizado em vários países. A análise indicou que somente os Estados Unidos, nesse conjunto, dispõem de políticas definidas e abrangentes de apoio aos produtores nacionais e, em particular, ao segmento das pequenas empresas, com a utilização do instrumento das compras governamentais, conforme detalhado anteriormente. Os acordos de compras governamentais da União Européia e Nafta não dispõem de mecanismos ostensivos que beneficiem setores econômicos específicos, valendo as normas, igualmente, para todos os segmentos produtivos.

Já no Acordo de Compras Governamentais da OMC, a previsão de exceções para a entrada de países em desenvolvimento constitui parte importante daquele acordo. No artigo 5º, prevê-se que as Partes levarão em conta as condições financeiras e comerciais daqueles países, em suas necessidades de desenvolvimento, reconhecendo a importância das compras governamentais para promover o desenvolvimento de indústrias, **incluindo as de pequeno porte e a produção artesanal em áreas de baixo desenvolvimento** e de outros setores econômicos. Como se observou no capítulo 2, os países em desenvolvimento que passarem a integrar o acordo de compras públicas da OMC podem conceder preferência para as compras nacionais de bens ou serviços que ainda se encontram dependentes das aquisições governamentais.

No caso da União Européia, a baixa participação das pequenas empresas nas contratações governamentais tem sido reiteradamente apontada nas análises realizadas sobre aquele processo de integração regional. Conforme registrado em uma comunicação da Comissão Européia:¹²¹

“En este sentido, en muchas de las colaboraciones enviadas con motivo del Libro Verde, y especialmente en la del Parlamento Europeo, se destacan los resultados mediores de las PYME y sus problemas específicos.”

“Las PYME tienen el potencial de proporcionar un elemento de competencia, flexibilidad y capacidad de innovación fundamental para la apertura de la contratación pública. La lucha por hacer accesible la contratación pública a las empresas debe

121. Idem.

comenzar por las PYME. Aunque el régimen comunitário há permitido a éstas abrirse camino, en cierta medida, en los contratos públicos a nivel regional y nacional, su participación directa en contratos transfronterizos sigue siendo decepcionante”

Conforme o mesmo estudo, as pequenas empresas enfrentam obstáculos em todas as fases dos procedimentos de licitação, como: a falta de informação sobre contratos potenciais; a defasagem entre o valor das contratações e o tamanho da empresa; e a necessidade de cumprir as normas técnicas e as exigências de qualificação.

Em outra análise publicada pela União Européia, considerou-se que existem mais dificuldades que facilidades para que essas empresas participem mais ativamente do mercado ampliado de compras governamentais, especialmente em razão das dificuldades logísticas de se venderem produtos em uma área geográfica ampliada, bem como devido ao fato de serem os mercados, muitas vezes, “divididos, tacitamente ou por meio de ação regulatória, em áreas econômicas, com certas firmas se beneficiando de preferências nacionais, e especialmente regionais, o que enfraquece a aplicação das normas Comunitárias.”¹²²

Reconhecendo que “otimizar o funcionamento do mercado interior resulta crucial para a União Européia”, foi proposto ao Parlamento Europeu, em maio de 2002, propostas de duas novas diretivas, em substituição às atuais: a primeira, consolidando as três diretivas sobre bens, serviços e obras públicas em uma única diretiva, e uma segunda, substituindo a diretiva atual que coordena as contratações públicas das empresas concessionárias de serviços públicos (nos setores de água, energia, transportes e comunicações).

A Comissão Européia enxerga nas novas diretivas uma oportunidade para desenvolver um “ambiente favorável para as empresas, especialmente para as pequenas e médias”, e considera que “uma política de contratação pública eficaz deve aumentar a participação dos provedores”.¹²³ Com vistas a aumentar a participação das pequenas empresas, as novas diretivas introduzirão medidas com o propósito de : i) aumentar a transparência dos mercados por meio de maior informação; ii) introduzir medidas específicas para eliminar obstáculos que impedem as vendas ao setor público por parte das pequenas e médias empresas; iii) e procurar o reconhecimento mútuo dos sistemas de qualificação das entidades contratantes, de forma a reduzir os custos das empresas de participar das licitações. Será ainda reforçada a norma sobre subcontratação, concedendo-se à autoridade adjudicante a possibilidade de solicitar ao proponente que indique os subcontratantes que participarão do fornecimento dos bens ou dos serviços.

Cobertura e Limites de Valor – Bens, Serviços e Entidades Públicas

Um dos aspectos mais importantes num acordo de compras governamentais refere-se à definição dos níveis de governo que participarão do mercado ampliado, podendo incluir as unidades pertencentes aos governos federal, estadual e municipal, e as entidades da administração indireta a eles pertencentes (empresas públicas, fundações, autarquias, etc.). Outra definição sensível refere-se aos limites de valor a partir dos quais se aplicam as regras para compras e contratações, dado que as aquisições de valor inferior ao limite ficam reservadas para os produtores e ofertantes domésticos.

122. Ver European Procurement Brochure, p. 27, disponível em: www.simap.eu.int.

123. Ver La Contratacion Pública en la Unión Europea (1998, p. 1).

No Acordo de Compras Governamentais da OMC cabe aos países-membros indicar, em anexos próprios para cada país, os limites de valor adotados para as aquisições de bens, serviços e construção e a relação das unidades do governo central, dos governos subcentrais e demais entidades públicas, incluindo as empresas estatais, que se sujeitam às regras acordadas. Também em anexos ao acordo se encontram as listas dos itens de serviços (positivas ou negativas) e a lista positiva de serviços de construção. Os limites de valor adotados pelos países são em alguns casos similares ou apresentam valores comuns em várias situações, podendo ser sintetizados como a seguir: i) entidades dos governos federais – 130.000 DES para as contratações de bens e serviços, e 5.000.000 DES para serviços de construção (valor mais comum); ii) entidades dos governos subcentrais – o valor para bens e serviços alcança 200.000 DES ou 355.000 DES, conforme o país; iii) empresas públicas – o valor mais comum para bens e serviços é de 400.000 DES, sendo de 5.000.000 DES o limite para contratos de construção civil.

Na legislação da União Européia, estão definidas em listas do Anexo I da Diretiva 93/37/CE as entidades públicas, em sentido amplo, dos níveis federal, provinciais e municipais que se sujeitam às regras comunitárias de compras governamentais, variando bastante, contudo, de país a país, a abrangência em relação ao número de entidades incluídas. Quanto aos bens, incluem-se todos, com exceção apenas das aquisições de armas e munições pelos órgãos da defesa de cada país. Os serviços compreendem duas listas comuns, constantes de anexos da Diretiva 92/50, divididos em serviços prioritários e não prioritários. Para serviços de construção, as obras públicas incluídas nas normas encontram-se em lista comum do Anexo II da Diretiva 93/37. Quanto aos limites de valor adotados, são os seguintes: i) **bens** – 200.000 DES, exceto para entidades dos governos centrais, para as quais vale o limite acordado na OMC, ou seja, 130.000 DES; ii) **serviços** – há três patamares principais: 200.000 Ecus para os serviços não prioritários (equivalentes ao mesmo valor em Euros, a partir de 01/01/2002); 200.000 DES, para os serviços prioritários; 130.000 DES, para as entidades dos governos centrais sujeitas ao acordo da OMC; iii) **construção** - o limite equivale a 5.000.000 DES.

No Nafta, as entidades sujeitas às normas acordadas compreendem, para cada país, os órgãos e empresas públicas federais listados em anexo ao capítulo X do acordo, envolvendo ministérios, departamentos, conselhos, comissões e outros órgãos, além de empresas estatais. Não há listas de entidades subcentrais, uma vez que os três países integrantes não lograram concluir as negociações previstas para a entrada dos governos estaduais/provinciais. Quanto à cobertura setorial, estão abrangidos todos os bens e serviços, com exceção, para bens, daqueles adquiridos pelos órgãos da defesa dos países signatários, constantes de lista comum em anexo ao acordo e, para serviços, os constantes de listas negativas para cada país. Para os serviços de construção, estão incluídos nas normas apenas os constantes de lista positiva, em anexo ao capítulo X. Os limites de valor a partir dos quais se aplicam as normas são os seguintes, em valores atuais: i) entidades federais – US\$ 56.190 para bens e serviços e US\$ 7.304.733 para construção; ii) empresas estatais – US\$ 280.950 para bens e serviços e US\$ 8.990.862 para construção.

Finalmente, depois de apresentados os limites a partir dos quais vigoram os acordos de compras governamentais, pode-se construir um quadro comparativo dos diversos valores em dólares, convertendo-se os valores expressos DES para Euros e

esses, a seguir, são convertidos para dólar à paridade de um para um.¹²⁴ Observe-se os limites de valor substancialmente menores adotados no Nafta para bens e serviços, o que permite ampliar o acesso às compras governamentais.

Limites de Valor para a Aplicação das Normas de Compras Governamentais

US\$ mil

Entidades Adquirentes/ Acordos	Categorias		
	Bens	Serviços	Serviços de Construção
Órgãos do Governo Federal			
OMC	162,3	162,3	6.242,0
União Européia	162,3	162,3	6.242,0
Nafta	56,2	56,2	7.304,7
Empresas Estatais/Concessionárias			
OMC	499,4	499,4	6.242,0
União Européia	499,4	499,4	6.242,0
Nafta	280,9	280,9	8.990,9

Obs.: Elaboração própria, conforme os valores dispostos nos respectivos capítulos.

124. Utilizou-se como taxa de conversão DES/Euros a taxa implícita nos limites expressos em DES e Euros, divulgada pela UE em 01/01/2002, válidos até o momento (set./2002), ou seja, 1 DES = 1,248 Euros.

ANEXO I

COBERTURA: LIMITES DE APLICAÇÃO E LISTAS NACIONAIS DE ENTIDADES, BENS, SERVIÇOS E CONSTRUÇÃO

1 Cobertura: Entidades, Empresas e Limites

A lista original canadense abrange 100 entidades, compreendendo os ministérios, agências de desenvolvimento, diversos conselhos, juntas e comissões governamentais, a Suprema Corte, e outros órgãos governamentais. A lista do México conta com 49 entidades, compreendendo 17 ministérios e órgãos, secretarias, comissões e institutos integrantes da estrutura dos ministérios, além de quatro comissões nacionais. A lista dos Estados Unidos envolve 56 entidades, compreendendo os ministérios, agências de desenvolvimento, a Nasa, diversos conselhos, juntas e comissões governamentais e outros órgãos (Anexo 1001.1a-1).

Os termos acordados aplicam-se também às aquisições realizadas pelas empresas estatais listadas no Anexo 1001.1a-2 do capítulo X do acordo. São 11 empresas canadenses, 36 mexicanas e 7 americanas.¹ No período de quatro anos a partir da vigência do acordo, deveriam ser iniciadas negociações destinadas a ampliar sua cobertura, inclusive com consultas “com governos estaduais e provinciais, com vistas a se lograr compromissos, em base voluntária e recíproca, para a incorporação (...) das compras de entidades e empresas dos governos estaduais e provinciais” (Artigo 1024, 1 e 3).

1. É a seguinte a lista positiva das empresas, por país: **Canadá:** 1. Canada Post Corporation, 2. National Capital Commission, 3. St. Lawrence Seaway Authority, 4. Royal Canadian Mint, 5. Canadian National Railway Company, 6. Via Rail Canada Inc., 7. Canadian Museum of Civilization, 8. Canadian Museum of Nature, 9. National Gallery of Canada, 10. National Museum of Science and Technology, 11. Defense Construction (1951) Ltd; **Estados Unidos:** 1. Tennessee Valley Authority; 2. Boneville Power Administration, 3. Western Power Administration, 4. Southeastern Power Administration, 5. Southwestern Power Administration, 6. Alaska Power Administration, 7. St. Lawrence Seaway Development Corporation; **México:** Talleres Gráficos de la Nación; Productora e Importadora de Papel SA de C.V. (PIPSA); Aeropuertos y Servicios Auxiliares (ASA); Caminos y Puentes Federales de Ingreso y Servicios Conexos (Capufe); Servicio Postal Mexicano; Ferrocarriles Nacionales de México (Ferroviales); Telecomunicaciones de México (Telecom); Petróleos Mexicanos (Pemex) (no incluye las compras de combustibles y gas); Comisión Federal de Electricidad (CFE); Consejo de Recursos Minerales; Consejo de Recursos Mineros; Compañía Nacional de Subsistencias Populares (Conasupo) (no incluye las compras de bienes agrícolas adquiridos para fomentar programas de apoyo a la agricultura o para la alimentación humana.); Bodegas Rurales Conasupo, S.A. de C.V.; Distribuidora e Impulsora de Comercio S.A de C.V. (Diconsa); Leche Industrializada Conasupo, S.A. de C.V. (Liconsa) (No incluye las compras de bienes agrícolas adquiridos para fomentar programas de apoyo a la agricultura o para la alimentación humana.); Instituto Nacional del Consumidor; Laboratorios Nacionales de Fomento Industrial; Servicio Nacional de Información de Mercados; Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (ISSSTE); Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS); Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) (No incluye las compras de bienes agrícolas adquiridos para fomentar programas de apoyo a la agricultura o para la alimentación humana.); Servicios Asistenciales de la Secretaría de Marina; Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas; Instituto Nacional Indigenista (INI); Instituto Nacional Para la Educación de los Adultos; Centros de Integración Juvenil; Instituto Nacional de la Senectud; Comité Administrador del Programa Federal de Construcción de Escuelas (CAPFCE); Comisión Nacional del Agua (CNA); Comisión Para la Regularización de la Tenencia de la Tierra; Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt); Notimex, S.A. de C.V.; Instituto Mexicano de Cinematografía; Lotería Nacional para la Asistencia Pública; Pronósticos Deportivos (observa-se que a lista do México foi objeto de ajustes, em anexo ao relatório “1994-1996 Report on the Nafta Government Procurement Working Group”, por conta de denominações erradas de empresas, empresas extintas, incorporação, inclusão de subsidiárias da Pemex e empresas erroneamente identificadas como sendo federais – disponível em: www.sice.oas.org).

As compras governamentais abrangem todos os bens e serviços, com exceção para bens, dos adquiridos pelos órgãos de defesa e, para serviços, daqueles constantes de lista negativa no Anexo 1001.1b-2 do acordo. Para serviços de construção, foi acordada lista positiva, constante do Apêndice 1001.1b-3-A. São os seguintes os patamares de valor originais, a partir dos quais se aplicaram as regras acordadas (os valores atualizados se encontram na nota 65):

- i) para entidades do governo federal: US\$ 50.000,00 para contratos de bens, serviços ou qualquer combinação desses e US\$ 6.500.000 para contratos de serviços de construção;
- ii) para empresas governamentais: US\$ 250.000 para contratos de bens, serviços ou qualquer combinação desses, e US\$ 8,0 milhões para contratos de serviços de construção; e
- iii) para entidades dos governos estaduais e provinciais, o limite aplicável será objeto de entendimentos entre as partes.

Especificamente para Canadá e Estados Unidos, o limite de valor aplicável aos contratos para a aquisição de bens, que podem incluir serviços relacionados às compras, como entrega e transportes, a ser observado por qualquer entidade coberta pelo acordo, foi estipulado em US\$ 25.000, tendo em vista os termos previstos no Acordo de Livre Comércio Canadá-Estados Unidos. Nos termos do Anexo 1001.2c, esse valor não será reajustado.

2 COBERTURA: BENS E SERVIÇOS

O capítulo X do Nafta se aplica a todos os bens e serviços, sujeito a duas exceções significativas: para os **bens** adquiridos pelos órgãos da defesa, as obrigações se aplicam somente à lista específica de bens, conforme descrito a seguir;² para **serviços**, são excluídos os itens constantes de listas negativas nacionais, descritas no Anexo 1001.1b-2. Quanto aos **serviços de construção**, aplica-se lista positiva constante do Apêndice 1001.1b-3-A.

Para serviços, há, ainda, no Apêndice 1001.1b-2-B descrição de um sistema comum de classificação dos serviços contratados pelos signatários, a ser objeto de revisões técnicas sempre que aprimoramentos se mostrarem necessários.

Nas aquisições dos órgãos de defesa nacional, são incluídos na cobertura do capítulo X somente os bens listados na seção B do Anexo 1001.1b-1, que compreendem 60 produtos³ do *Federal Supply Classification Code* – FSC. As aquisições dos bens constantes daquele anexo, realizadas pelos ministérios de Defesa dos três países, e ainda da *Royal Canadian Mounted Police* e da *Secretaria de Marina de México*, estão, ademais, sujeitas à aplicação do Artigo 1018,1 citado na seção 4.10.

2. O relatório "1994-1996 Report on the Nafta Government Procurement Working Group" modificou o texto original do Anexo 1001.1b-1, de forma a esclarecer o alcance das exceções contidas no citado anexo, ou, conforme o texto do relatório: "the Parties agreed on new language to clarify current wording in this annex". Essas modificações estão incorporadas neste trabalho.

3. No relatório citado na nota 71, foram adicionadas três posições à lista original de 57 posições da seção B do Anexo 1001.1b-1.

Para as aquisições do Ministério da Defesa dos Estados Unidos há, adicionalmente, lista específica de exceções, descritas no parágrafo 5 do mesmo Anexo 1001.1b-1, compreendendo ligas especiais de metais.

A seguir, apresenta-se um sumário das listas negativas de serviços e da lista positiva de serviços de construção, por país signatário.

2.1 SERVIÇOS: CANADÁ

As categorias de **serviços excluídas** do Canadá são as seguintes (desdobradas no Anexo 1001.1b-2, em classes de serviços a quatro dígitos, do *Common Classification System*⁴ ou pela indicação dos órgãos governamentais em que a exclusão ocorre): i) pesquisa e desenvolvimento; ii) estudos especiais e análises; iii) engenharia e arquitetura; iv) telecomunicações e processamento de informações; v) serviços relacionados a recursos naturais; vi) serviços sociais e de saúde; vii) serviços de controle de qualidade, provas e inspeção; viii) serviços de instalação e manutenção de equipamentos; ix) serviços de cuidados pessoais, guarda e vigilância; x) serviços financeiros; xi) operações de instalações de propriedade do governo (Ministérios da Defesa, Transportes e Energia); xii) serviços de apoio gerencial, administrativos e profissionais; xiii) serviços públicos (todas as categorias); e xiv) serviços de treinamento e educacionais; xv) serviços de transportes, viagens e realocações (exceto os de agentes de viagens); e xvi) *leasing* e aluguel de equipamentos.

Além da lista de bens excluídos, as **notas** à lista do Canadá esclarecem que: i) todos os serviços que tenham relação com os bens adquiridos pelo *Department of National Defense, Royal Canadian Mounted Police e Canadian Guard Cost* e que não estão cobertos pelo acordo de compras governamentais estarão também excluídos; ii) todos os serviços adquiridos em suporte às forças militares localizadas fora do território do Canadá estarão excluídos da cobertura; iii) as listas do Canadá aplicar-se-ão tal como se identificam no anexo 1001.2b (que contém as Notas Gerais, onde se especificam as situações em que as compras governamentais não se aplicam – comentadas neste trabalho) e no anexo 1001.1b-3 (serviços de construção).

2.2 SERVIÇOS: MÉXICO

O México **excluiu, em lista preliminar, as contratações referentes aos seguintes serviços** (classificados conforme a *United Nations Central Product Classification – CPC*): i) todos os serviços de transportes, incluindo os transportes por terra, por água, ar, os auxiliares e de apoio, serviços de telecomunicações e postais, serviços de reparos de outros equipamentos de transportes, ii) serviços públicos (incluindo telecomunicação, transmissão, água e energia); iii) administração e operação de contratos outorgados a centros de investigação e desenvolvimento que operam com fundos federais ou relacionados com a execução de programas de pesquisa patrocinados pelo governo; iv) serviços financeiros; e v) serviços de pesquisa e desenvolvimento.

Foi definido no Apêndice 1001.1b-2A que a lista referida não se aplicaria imediatamente, devendo ser completada, no mais tardar, até 01/07/95. **Até que tal**

4. O Common Classification System segue o seguinte formato: grupo = 1 dígito; subgrupo = 2 dígitos; classe = 3 dígitos.

ocorresse, deveria vigorar a lista positiva temporária de serviços, definida no Apêndice 1001.1b-2-A. Após o México completar sua lista, cada Parte poderá, depois de consultas com as outras Partes, revisar e completar suas listas.

2.3 SERVIÇOS: ESTADOS UNIDOS

São os seguintes os serviços excluídos (com base no *Common Classification System*): i) pesquisa e desenvolvimento; ii) processamento de informações e serviços de telecomunicações relacionados (serviços de processamento automático de dados para telecomunicações e transmissão, exceto para os de valor adicionado; processamento automático de dados para teleprocessamento e tempo compartilhado; serviços de administração de redes de telecomunicações; serviços automatizados de notícias; serviços de dados e outros de informação); iii) manutenção e instalação de equipamentos relacionados a navios e reparação de navios não-nucleares; iv) operação de instalações do Ministério da Defesa, Ministério da Energia, Nasa e, para todas as entidades públicas, operações das instalações de serviços de pesquisa e desenvolvimento; v) serviços públicos (todas as categorias); e vi) serviços de transportes, viagens e realocações (exceto serviços de agentes de viagens).

As notas informam que: i) todos os serviços adquiridos em suporte às forças militares localizadas fora do território do Estados Unidos estarão excluídos da cobertura; ii) e para os fornecedores de serviços do Canadá, as normas sobre compras governamentais serão aplicadas às aquisições das seis empresas públicas listadas nos itens 1 a 6 do anexo das empresas públicas do país,⁵ e para as compras realizadas pelo *Bureau of Reclamation of the Department of Interior*, somente na época em que as normas se aplicarem aos governos provinciais canadenses, não incluindo os serviços de abastecimento locais de água.

2.4 SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO

Para serviços de construção, há lista positiva no Apêndice 1001.1b-3-A, com base na classificação CPC das Nações Unidas, a quatro dígitos. Essa lista poderá ser atualizada sempre que os países-membros concordarem nesse sentido. Há, ainda, uma reduzida lista negativa para o Canadá, compreendendo serviços de dragagem e contratos de construção licitados pelo Ministério dos Transportes e para os Estados Unidos (serviços de dragagem).

Os serviços de construção cobertos pelo acordo envolvem, resumidamente, as seguintes categorias: i) trabalhos que antecedem a construção, como pesquisa de terreno, demolição, terraplenagem, preparação de terreno para mineração; ii) construção de edifícios segundo várias modalidades (armazéns, indústria, comércio, hotel, fins educacionais, saúde); iii) engenharia civil (auto-estradas, ferrovias, pistas para aviões, pontes, linhas de comunicação, etc.); iv) construções pré-fabricadas; v) construções comerciais especiais; vi) trabalhos de instalação de aquecimento, ventilação, ar condicionado, gás, eletricidade e outros; e vii) construções relacionadas a acabamento e finalização de obras.

5. São as seguintes as empresas: Canada Post Corporation, National Capital Commission, St. Lawrence Seaway Authority, Royal Canadian Mint, Canadian National Railway Company e Via Rail Canada Inc.

3 DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS PARA O MÉXICO (ANEXO 1001.2A)

O Anexo 1001.2a estipula os mecanismos de transição para o México descritos aqui.

- a) De forma a possibilitar o cumprimento gradual das disposições acordadas, há a previsão de exclusão das obrigações do capítulo X de percentual decrescente – variando de 50% em 1994 a 30% em 2002, e zero por cento a partir de 2003 – do valor total dos contratos de compras de bens, serviços e construções da empresa petrolífera Pemex, da Comisión Federal de Electricidad – CFE –, e das contratações de construção civil realizadas por entidades e empresas públicas (excluídos os serviços de construção relacionados à energia da Pemex e CFE). Outras exceções para o México encontram-se nas notas gerais a seguir. A base de cálculo citada não inclui as aquisições e contratações financiadas por empréstimos de instituições financeiras regionais e multilaterais e as contratações de valor abaixo dos patamares de aplicação do acordo.
- b) Até 01/01/2002, o acordo não se aplicaria a compras de produtos farmacêuticos não patenteados no México ou cujas patentes mexicanas tenham expirado.
- c) Reconhecimento de que o México poderia necessitar de capacitação intensiva de pessoal, introdução de novos sistemas de dados e sistemas de relatórios, além de ajustes significativos nos sistemas de contratação de algumas entidades públicas. Assim, os signatários deveriam proceder a consultas anuais, durante os primeiros cinco anos a partir da data de entrada em vigor do acordo, para revisar os problemas do período de transição e estabelecer soluções acordadas. Essas soluções poderiam incluir, desde que apropriado, ajustes temporais às obrigações do México.

4 NOTAS GERAIS: NÃO APLICABILIDADE DO ACORDO

As Notas Gerais do anexo 1001.2b definem as situações, para cada país, em que o Acordo de Compras Governamentais não se aplica e esclarecem pontos de interpretação específicos.

4.1 CANADÁ

O acordo não se aplica a: i) reparos e construção de navios; ii) equipamentos de transportes urbanos e por ferrovia; iii) comunicações e equipamentos de radiação; iv) programas de preferências para pequenas empresas e empresas de minorias; v) equipamentos automáticos de processamento de dados, equipamentos e suprimentos de *software*, máquinas de escritório, sistemas de processamento de textos e máquinas industriais especiais para os Departamentos de Transportes, Comunicações e Pesca e Oceanos; vi) compras de bens agrícolas adquiridos para programas de apoio à agricultura ou para a alimentação humana.

O acordo não se aplica também a contratos de serviços de transporte que façam parte específica de um contrato de compras.

Conforme o Artigo 1118, as exceções de segurança nacional incluem as compras de petróleo da reserva estratégica. Essas exceções incluem ainda as compras realizadas com o objetivo de proteger materiais e tecnologia nuclear.

As obrigações relativas ao tratamento de nação mais favorecida (Artigo 1003) não se aplicam às compras governamentais cobertas pelo anexo 1001.2c (esse anexo se refere ao patamar específico do Acordo de Livre Comércio Canadá-Estados Unidos, em que o limite de valor aplicável para compras governamentais é de US\$ 25.000).

4.2 MÉXICO

O acordo não se aplica às seguintes aquisições governamentais: i) para revenda realizada por lojas governamentais; ii) relacionadas a empréstimos de instituições financeiras regionais ou multilaterais que imponham procedimentos diferentes (exceto no caso de conteúdo nacional); iii) realizadas entre entidades governamentais mexicanas; iv) serviços de transportes que fazem parte ou estão, incidentalmente, relacionados a um contrato de compras.

O México pode, ainda, excluir aquisições governamentais das obrigações do Nafta, para todas as entidades, no valor de até US\$ 1 bilhão, até 31/12/2002 e US\$ 1,2 bilhão por ano, a partir de 01/01/2003. Os valores não incluem Pemex e CFE, que poderão excluir US\$ 300 milhões por ano, a partir de 01/01/2003.

No caso de o México exceder, em um determinado ano, o valor total dos contratos que está autorizado a excluir das normas do acordo, o país consultará as outras Partes com o objetivo de se chegar a um consenso sobre a possibilidade de compensação, mediante oportunidades adicionais de compras durante o ano seguinte. Essas consultas deverão realizar-se sem prejuízo dos direitos de qualquer Parte, de conformidade com o capítulo XX, "Disposições Institucionais e Procedimentos para a Solução de Controvérsias".

As exceções de segurança nacional incluem as compras realizadas com o objetivo de salvaguardar materiais e tecnologia nuclear.

Exigências de conteúdo local: uma entidade governamental poderá impor exigência de conteúdo local de: i) 40% para projetos "chave-na-mão" intensivos em mão-de-obra ou projetos integrados de grande porte; ou ii) 25% para projetos chave-na-mão, capital intensivo, ou projetos integrados de grande porte (as definições dessas categorias de projetos encontram-se no parágrafo 6 do Anexo 1.001-2b).

O parágrafo 10 das Notas Gerais esclarece que nada no acordo deve ser interpretado como exigência a Pemex para aceitar a realização de contratos de risco.

O Artigo 1003 (tratamento nacional) deverá aplicar-se a qualquer compra, realizada pela Pemex, de fornecedores locais de materiais e equipamentos para campos petrolíferos e de gás, no local onde os trabalhos se desenvolverem.

Não obstante o disposto no Anexo 1001.2a-6 (estabelece que até 01/01/2002 o acordo não se aplica a compras de produtos farmacêuticos não patenteados no México ou cujas patentes mexicanas hajam expirado), o México não poderá excluir das obrigações deste capítulo os contratos de compra celebrados por suas entidades para fármacos e medicamentos patenteados no México.

4.3 ESTADOS UNIDOS

O Acordo de Compras Governamentais do Nafta não se aplica a: i) programas de preferência a pequenas empresas e empresas de minorias; ii) contratos de serviços de transporte que fazem parte ou estão, incidentalmente, relacionados a aquisições governamentais. As obrigações relativas à nação mais favorecida do Artigo 1003 não se aplicam às aquisições cobertas pelo Anexo 1001.2c (patamar específico para aquisições de Canadá e Estados Unidos, no valor de US\$ 25.000).

ANEXO II

DEFINIÇÕES

O Artigo 1025 adota as seguintes definições:

- a) **contrato de serviço de construção:** contrato para a realização, por qualquer meio, de obra civil ou construção listada no Apêndice 1001.1b-3-A;
- b) **entidade:** entidade listada no Anexo 1001.1a-1, 1001.1a-2 ou 1001.1a-3;
- c) **bens de outra Parte:** bens originados em território de outra Parte, determinados de acordo com o Artigo 1004;
- d) **norma internacional:** significa uma medida relativa à normatização ou outra orientação ou recomendação, adotada por um organismo internacional de normatização, e colocada à disposição do público;
- e) **fornecedor estabelecido localmente:** pessoa física residente no território da Parte, empresa organizada ou estabelecida sob as leis da Parte, filial ou escritório de representação localizado no território da Parte;
- f) **procedimentos de licitação:** procedimentos de licitação aberta, de licitação seletiva e procedimentos de licitação restrita;
- g) **procedimentos de licitação aberta:** procedimentos sob os quais todos os fornecedores interessados podem apresentar ofertas;
- h) **procedimentos de licitação seletiva:** procedimentos sob os quais, conforme Artigo 1011 (3), podem apresentar ofertas os fornecedores convidados pela entidade;
- i) **procedimentos de licitação restrita:** procedimentos em que uma entidade contata os fornecedores individualmente, sob as circunstâncias e as condições especificadas no Artigo 1016;
- j) **serviços:** inclui contratos de serviços de construção, salvo se de outra forma especificado;
- k) **norma:** documento aprovado por uma instituição reconhecida, que estabelece, para uso comum e repetido, regras, diretrizes ou características para bens ou processos e métodos de produção conexos, ou para serviços ou métodos de produção conexos, e cuja observância não seja obrigatória; também pode incluir ou tratar exclusivamente de requisitos em matéria de termino-

logia, símbolos, embalagem e etiquetagem, aplicados a um bem, processo ou método de produção ou operação;

- l) **fornecedor**: o que forneceu ou poderia fornecer bens ou serviços, em resposta a um convite para ofertas de uma entidade;
- m) **regulamento técnico**: documento em que se estabelecem as características dos bens ou processos e métodos de produção conexos, ou as características dos serviços ou seus métodos de operação conexos, incluídas as disposições administrativas aplicáveis cuja observância é obrigatória; também pode incluir ou tratar exclusivamente de requisitos relacionados a terminologia, símbolos, embalagem ou etiquetagem, aplicáveis a um bem, processo ou método de produção ou operação;
- n) **especificação técnica**: especificação que estabelece características dos bens ou de seus processos e métodos de produção relacionados, ou das características dos serviços ou de seus métodos de operação relacionados, incluindo as disposições administrativas aplicáveis; pode ainda incluir requisitos que dizem respeito a terminologia, símbolos, embalagem ou etiquetamento, aplicáveis a um bem, processo, ou método de produção ou operação.

ANEXO III: MEIOS DE PUBLICAÇÃO

O Anexo 1010.1 define, para cada país, os meios de divulgação onde serão publicadas as informações sobre os avisos de licitação. Com relação às normas do Artigo 1019, que requerem de cada Parte a publicação de leis e regulamentos relativos a compras do setor público compreendidas no acordo, são definidas na Seção B desse Anexo as publicações pertinentes de cada país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Mauro; FERNANDES, Jorge. **Racionalização do Poder de Compras Estatal**, 1994, versão preliminar, mimeo.

Acordo de Livre Comércio da América do Norte – NAFTA, do texto original.

BAUMANN, Renato; FRANCO, Maria Ana. **Algumas Implicações do Nafta para a Participação do Brasil na ALCA**. Brasília: Ipea, maio de 2002.

Brasil. Lei nº 10.529 de 12/8/2002. Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 13/8/2002.

Brasil. Lei nº 8.032 de 12/4/1990. Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 13/4/1990.

Brasil. Lei nº 8.248 de 23/10/1991. Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 24/10/1991.

Brasil. Lei nº 8.666 de 21/6/1993. Diário Oficial da República Federativa do Brasil de 22/6/1993.

Comision Europea, Bruxelas, **La Contratación Pública en la Unión Europea**, p. 2, 1998.

Comissão Europeia, “Livro Verde – Contratação Pública na União Europeia: reflexões sobre o futuro”, 1996.

COMMUNICATION FROM THE UNITED STATES – Response to the Questionnaire on Government Procurement of Services, World Trade Organization, 21 October 1996.

Contratación Pública: Setores de água, energia, transportes y telecomunicações. Disponível: <http://europa.eu.int>.

Contratación Pública–Situação actual y perspectivas. Disponível em: <http://Europa.eu.int/acadplus/leg/es/lvb/122001.htm>.

Diretivas 93/36/EEC; 93/37/EEC; 92/50/EEC; 93/38/EEC; 89/665/EEC; 92/13/EEC; 97/52/EEC; 98/4/EC, disponíveis em: www.simap.eu.int (pesquisa em directives).

European Procurement Brochure. Disponível em: www.simap.eu.int.

European Procurement Guidelines: **Guide to the Community Rules on Public Supply Contracts**. Disponível em: www.simap.eu.int.

European Procurement Guidelines: **Guide to the Community Rules on Public Procurement of Services**. Disponível em: www.simap.eu.int.

European Procurement Guidelines: **Guide to the Community Rules on Public Works Contracts**. Disponível em: www.simap.eu.int.

FEDERAL ACQUISITION REGULATION – FAR, especialmente as seguintes seções: 1 - Federal Acquisition Regulations System; 2 – Definitions of Words and Terms; 5 – Publicizing Contract Actions; 6 – Competition Requirements; 9 - Contractor Qualifications; 13 – Simplified Acquisition Procedures; 14 – Sealed Bidding; 15 – Contracting by

Negotiation; 19 – Small Business Program; 25 – Foreign Acquisition; 52 – Solicitation Provisions and Contract Clauses.

Government Procurement Agreement: Directives on public services, supplies, works contracts and “excluded” sectors amended, Disponível em:

NAFTA 1994-96 Report on the Government Procurement Working Group. Disponível em: www.sice.oas.org.

NAFTA at Seven: Building on a North American Partnership, Department of Foreign Affairs and International Trade of Canada. Disponível em: www.sice.oas.org.

NAFTA Evaluation, Sidney Weintraub. Disponível em: www.sice.oas.org.

OMC – Comité de Contratación Pública, Notificación de la Legislación Nacional de Aplicación, 28/01/98.

Public Procurement: Commission proposes to simplify and modernise the legal framework”. Disponível em: www.simap.eu.int.

Texto do Acordo de Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio, disponível em: www.wto.org.

TRADE POLICY REVIEW – TPR - United States, Report by the Secretariat - World Trade Organization, 1 June 1999.

Trading into the Future, WTO. March 2001. Disponível em: www.wto.org.

UNCTAD/WTO, **Improving SME Access to Public Procurement**, International Trade Centre, p. 4, 2000.

UNITED STATES CODE, várias seções.

VACKETTA, Carl L.; HANDLER, David P., “Federal Government Contract Overview”, disponível em: www.findlaw.com (Government Contracts).1992.

www.europa.int/internal_market/en/publproc/gpa/1043.htm

EDITORIAL

Coordenação
Luiz Cezar Loureiro de Azeredo

Produção

Supervisão
Silvânia de Araujo Carvalho

Revisão
Marco Aurélio Dias Pires
Juliana Campos Andrade

Editoração
Aeromilson Mesquita
Elidiane Bezerra Borges
Iranilde Rego

Reprodução Gráfica
Antônio Lucena de Oliveira
Edilson Cedro Santos

Apoio Administrativo
Tânia Oliveira de Freitas
Wagner da Silva Oliveira
Rômulo Sófocles de Almeida Panza (estagiário).

Divulgação

Supervisão
Dóris Magda Tavares Guerra

Equipe
Edinaldo dos Santos
Edineide Ramos
Geraldo Nogueira Luiz
Mauro Ferreira
Marcos Cristóvão
José Carlos Tofetti
Janaína Maria do Nascimento (estagiária)

Brasília
SBS – Quadra 1 – Bloco J – Ed. BNDES,
10º andar – 70076-900 – Brasília – DF
Fone: (61) 315-5336
Fax: (61) 315-5314
Correio eletrônico: editbsb@ipea.gov.br

Rio de Janeiro
Av. Presidente Antônio Carlos, 51,
14º andar – 20020-010 – Rio de Janeiro – RJ
Fone: (21) 3804-8118
Fax: (21) 2220-5533
Correio eletrônico: editrj@ipea.gov.br

URL: <http://www.ipea.gov.br>

ISSN 1415-4765

Tiragem: 130 exemplares