

Contratação de serviços comuns de engenharia na nova lei de licitações: concorrência ou pregão?

Contracting of common engineering services in the new bidding law: tender or auction?

Recebido: 11/03/2023 | Aceito: 05/47/2023 | Publicado: 12/08/2023

Mauro Sérgio do Santos¹

 <https://orcid.org/0000-0002-5007-2008>

 <http://lattes.cnpq.br/8722914313742421>

Centro Universitário Processus – UniProcessus, DF, Brasil

E-mail: professor.maurosergio@gmail.com

Camila Duarte e Silva²

 <https://orcid.org/0009-0008-7963-8125>

 <https://lattes.cnpq.br/3066464318085901>

Centro Universitário Processus – UniProcessus, DF, Brasil

E-mail: camiladuarte23@gmail.com

Resumo

A Lei nº 14.133, de 2021, conhecida como Nova Lei de Licitações, introduziu importantes alterações no modelo de contratações públicas brasileiro. Dentre as modalidades licitatórias, a nova Lei prevê que tanto o pregão quanto a concorrência poderão ser utilizados nas contratações de serviços comuns de engenharia. A escolha da modalidade licitatória reflete diretamente na eficácia da contratação, não só do ponto de vista do objeto a ser contratado como também na economicidade da contratação. A indicação, portanto, da modalidade licitatória mais adequada para a contratação de serviços comuns de engenharia propiciará uma escolha segura por parte do gestor sobre a modalidade a ser utilizada, que, por sua vez, repercutirá diretamente no serviço prestado à sociedade e na aplicação eficiente dos recursos públicos.

Palavras-chave: Serviço comum de engenharia. Concorrência. Pregão. Nova Lei de Licitações.

Abstract

The Law 14.133/2021, known as the New Bidding Law, introduced important changes to the Brazilian public procurement model. Among the bidding modalities, the new Law provides that both the auction and the competition may be used in contracting common engineering services. The choice of bidding modality directly reflects on the effectiveness of the contract, not only from the point of view of the object to be contracted but also on the economy of the contract. The indication, therefore, of the most appropriate bidding modality for contracting common engineering services will provide a safe choice on the part of the manager regarding the modality to be used, which, in turn, will have a direct impact on the service provided to society and on the efficient use of public resources.

Keywords: Common engineering service. Competition. Auction. New Bidding Law.

¹ Mauro Sérgio dos Santos é Doutor em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Portugal; Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília e Especialista em Direito Público pelo ICAT/AEUDF. É Procurador Federal da Advocacia-Geral da União, Professor de Direito Administrativo no Centro Universitário Processus - UniProcessus (Brasília-DF) e autor de diversos artigos e livros jurídicos, com destaque para a obra "Curso de Direito Administrativo", 4ª edição, Rio de Janeiro: Ed. *Lumen Juris*, 2022.

² Bacharelada em Direito pelo Centro Universitário Processus – UniProcessus (Brasília-DF). Agente de contratação e Pregoeira na Administração Pública Federal.

Introdução

A Constituição de 1988, por meio de seu art. 37, XXI, estabeleceu a obrigatoriedade, em regra, de a Administração Pública realizar prévia licitação para a contratação de obras, serviços e bens, com objetivo de assegurar a seleção de propostas mais vantajosas ao interesse público, a partir do tratamento isonômico dispensado aos licitantes.

A contratação de serviços de engenharia pela Administração Pública sempre gerou incertezas, seja em razão dos grandes valores envolvidos em contratações desta natureza, seja no que concerne à escolha da modalidade licitatória. Isso porque a Lei 8666/93, a que chamaremos de antigo regime licitatório, descreveu que os serviços de engenharia fossem licitados por concorrência, tomada de preço e convite. Todavia, com advento da Lei nº 10.520, de 2002, que instituiu o pregão para contratação de serviços comuns, com rito mais célere que as antigas modalidades, a Administração Pública passou a utilizar o pregão para a contratação de alguns serviços de engenharia, entendendo que tais serviços poderiam ser caracterizados como comuns no mercado da engenharia, surgindo a partir daí grande divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a utilização do pregão para a contratação de serviços de engenharia, devido às características complexas e natureza predominantemente intelectual desses serviços.

Com o passar do tempo, pacificou-se o entendimento segundo o qual a caracterização, pela Administração Pública, do serviço de engenharia como “comum”, possibilitaria sua contratação por meio da modalidade denominada pregão.

A nova Lei de Licitações (Lei 14.133, de 2021), adiante chamada de NLL, tratou do assunto de forma mais ampla, com conceitos objetivos sobre obra e serviço de engenharia, modalidades licitatórias e critérios de julgamento, de forma a restringir a discricionariedade do gestor público na hora de licitar serviços de engenharia, com o objetivo de evitar prejuízos ao interesse público, como ocorreu no passado.

Nessa perspectiva, será feita uma abordagem sobre a contratação de serviços comuns de engenharia à luz das disposições da NLL, que, conforme veremos, admite o uso das modalidades pregão e concorrência. Todavia, em razão da semelhança procedimental e peculiaridades entre as duas modalidades, que podem gerar dúvidas na hora de definir qual modalidade escolher, faz-se necessário indicar a modalidade licitatória mais adequada à contratação de serviços comuns de engenharia, de modo a fornecer um caminho seguro e eficiente à Administração Pública. É o que se pretende a seguir.

1. Histórico da regulamentação licitatória para bens e serviços de engenharia.

A contratação de obras e serviços de engenharia sempre foi um desafio para o gestor na hora de iniciar um processo licitatório, tendo em vista a complexidade do serviço a ser contratado com o alinhamento às normas legais que não impliquem em prejuízos temporais e financeiros à Administração Pública.

A Lei nº 8.666/1993 (antigo regime licitatório), prevê a utilização de convite, tomada de preço e concorrência para contratação de serviços de engenharia, levando em consideração o valor estimado do orçamento³.

³ Lei 8666/93 - Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) na modalidade convite - até R\$ 330.000,00 (trezentos e trinta mil reais);

b) na modalidade tomada de preços - até R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais); e

c) na modalidade concorrência - acima de R\$ 3.300.000,00 (três milhões e trezentos mil reais);

O Decreto nº 3.555/2000, que instituiu o uso do pregão para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da União, estabelecia expressamente em seu art. 5º a proibição de uso desta modalidade licitatória para contratação de obras e serviços de engenharia.⁴

Num segundo momento, a Lei nº 10.520/2002, que estendeu o uso do pregão aos Estados, Distrito Federal e Municípios, condicionou a utilização do pregão somente aos bens e serviços comuns, estabelecendo em seu art. 1º que “Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.”

Destaca-se que a supracitada Lei, não trouxe a vedação à contratação de serviços de engenharia por pregão, limitando-se a configurar o objeto a ser contratado pela modalidade como “comum”, assim entendido aquele serviço que pudesse ser objetivamente definido em edital por especificações que fossem comuns ao mercado.

Nesse período, houve grandes divergências entre o mercado e a Administração Pública. As empresas defendiam o uso da modalidade concorrência, para que o julgamento fosse realizado pelos critérios de melhor técnica ou técnica e preço, que lhes conferiam uma lucratividade maior, enquanto os gestores públicos passaram a utilizar a modalidade pregão, com vistas a conferir maior celeridade ao processo e sobretudo maior economia aos cofres públicos, haja vista a inversão das fases e o critério de menor preço e maior desconto, próprios do pregão. Nessa perspectiva, o Tribunal de Contas da União manifestou-se reiteradamente sobre a possibilidade de utilização do pregão em serviços de engenharia compreendidos como comuns, independentemente da complexidade do objeto.

Em resumo, se o serviço de engenharia fosse categorizado como um serviço comum, apresentando especificações usuais do mercado, poderia ser contratado por meio de pregão. Vejamos alguns precedentes da Corte de Contas:

3. O bem ou serviço comum é aquele que pode ter seus padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

4. O conceito de serviço comum não está necessariamente ligado à sua complexidade. **Acórdão 1287/2008 Plenário (Sumário)**

A Lei nº 10.520/2002 não exclui previamente o uso do pregão para contratação de serviços de engenharia, determinando, tão-somente, que o objeto a ser licitado se caracterize como bem ou serviço comum; as normas regulamentares que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo pregão carecem de fundamento de validade, visto que não possuem embasamento no citado normativo legal. **Acórdão 2079/2007 Plenário (Sumário)**

Na sequência, foi promulgado o Decreto 10.024/2019, que regulamentou o pregão, na modalidade eletrônica, trazendo expressamente a proibição do uso desta modalidade licitatória para a contratação de obras de engenharia. Os serviços comuns de engenharia, ao contrário, foram expressamente previstos e autorizados pelo referido Decreto, em consonância com a jurisprudência já pacificada do TCU.

Por fim, houve a criação do Regime Diferenciado de Contratação – RDC (Lei nº 12.462/2011), que nada mais é do que um rito ordinário similar ao do pregão, com

⁴ Decreto nº 3.555/2000: Art. 5º A licitação na modalidade de pregão não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração.

novos modos de disputa, forma eletrônica ou presencial, contratação simultânea, sigilo no orçamento e pré-qualificação dos concorrentes, o que trouxe maior celeridade na contratação de obras de infraestrutura relacionadas aos Jogos Olímpicos e paraolímpicos de 2013, Copa das Confederações em 2013 e Copa do Mundo em 2014.

Segundo Souza (2016), com o objetivo de abandonar o rigor da Lei nº 8666/93 e acelerar os processos licitatórios para serviços de engenharia, o RDC teve seu rol de abrangência expandido pelos legisladores cinco vezes. A Lei 12.462/2011 adquiriu, desta forma, o viés de lei reformadora do estatuto geral de licitações e contratos.

Dessa forma, firmou-se o entendimento no âmbito do antigo regime licitatório, que a contratação de serviços comuns de engenharia se daria por meio de pregão, que é uma modalidade licitatória que reconhecidamente atende aos princípios da celeridade, eficiência e economicidade, quando comparada às demais modalidades previstas na Lei nº 8.666/1993.

Ante à ausência de uma norma específica e detalhada para contratação de serviços de engenharia, foi recentemente promulgada a Lei 14.133/2021 (NLL), que trata em detalhes sobre a matéria, conferindo, ao menos em tese, maior celeridade, economia e desburocratização dos processos de contratação pública.

2. As modalidades de licitação na NLL e a comparação entre concorrência e pregão na contratação dos serviços comuns de engenharia

A nova Lei de Licitações inovou em vários aspectos, a começar com a adoção, para todas as modalidades, da forma eletrônica. A licitação presencial, que era regra geral no antigo regime, passou a ser exceção na NLL, que somente a admitirá nas hipóteses em que houver a devida justificativa pela Administração Pública.

Nessa perspectiva, um dos principais temas que envolvem as licitações públicas são as suas modalidades. De fato, se a licitação é um procedimento administrativo formal pelo qual a Administração Pública convocará, de acordo com as condições estabelecidas em edital, empresas que estejam interessadas em apresentar propostas e contratar com o poder público, são as modalidades de licitação que indicarão as regras gerais da competição (PREVE, 2022).

De acordo com o art. 28, da NLL, as modalidades são as seguintes: I) concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto; II) concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor; III) leilão: modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance; IV) Pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto; V) diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

Depreende-se que o legislador quis delimitar a contratação de serviços de engenharia às modalidades de concorrência e pregão, nas quais o presente estudo

está consubstanciado, tendo em vista a semelhança entre tais modalidades tanto no rito procedimental, quanto em relação aos critérios de julgamento.

Nesse sentido, nas palavras de Savonitti, entende-se o pregão como sendo:

“modalidade de licitação aplicável tão somente aos certames do tipo menor preço ou maior desconto, que tem por objetivo a aquisição de bens e serviços comuns, cujo oferecimento de propostas dá-se por meio de lances, e a partir dos modos de disputas aberto ou aberto fechado, com vistas à adjudicação do contrato pelo menor valor disponível, atendidas as características da obra, bem ou serviço impostas pela Administração Pública.” (SANOVITTI, 2021, pg. 246).

Por outro lado, quanto à concorrência, esclarece Palavéri que:

“Na nova lei, a Lei 14.133/21, não se define a modalidade de licitação pelo valor do futuro contrato. Abandona-se o critério econômico para adotar-se o critério do objeto. Dessa forma, o artigo 6º, XXXVIII ao definir a concorrência indica quando será utilizada: “modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto. Em síntese, utilizar-se-á a concorrência para bens e serviços que não sejam os comuns (para esses adota-se o pregão), para obras, e para serviços de engenharia em qualquer de suas categorias.” (PALAVÉRI, 2023)

Importante ressaltar que a concorrência e o pregão seguem rito procedimental previsto no art. 17, com a observância das seguintes fases: preparatória; de divulgação do edital de licitação; de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; de julgamento; de habilitação; recursal; e de homologação, ou seja, a NLL preocupou-se com a celeridade e desburocratização do processo na concorrência, que já existia no pregão.

Em resumo, as principais diferenças entre o pregão e a concorrência são as seguintes: a) o pregão é modalidade obrigatória para a contratação de bens e serviços qualificados como “comuns”, ao passo que a concorrência é utilizada para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia; b) o pregão adota como critérios de julgamento o menor preço ou o maior desconto; já a concorrência adota como critérios de julgamento o menor preço; melhor técnica ou conteúdo artístico; técnica e preço; maior retorno econômico; e maior desconto; c) no pregão, o modo de disputa é aberto ou aberto e fechado, ao passo que na concorrência podem ser adotados os métodos aberto e fechado.

3. O enquadramento de serviços de engenharia como “comuns”

Compete ao gestor da área de engenharia definir o que poderá ser realizado prioritariamente por pregão, a partir do enquadramento do serviço de engenharia como “comum”.

Nessa perspectiva, a NLL cuidou de definir serviço de engenharia, detalhando inclusive o que deve ser entendido como serviço comum de engenharia e serviços especiais de engenharia. Vejamos:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

XXI - serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem:

a) serviço comum de engenharia: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de **manutenção, de adequação e de adaptação** de bens móveis e imóveis, **com preservação das características originais dos bens; (grifo nosso)**

b) serviço especial de engenharia: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea “a” deste inciso;

Depreende-se dos dispositivos acima transcritos que somente será permitido realizar a contratação de um serviço de engenharia por pregão, se tal for caracterizado como comum, observados os parâmetros desenhados pela nova Lei.

Importante observar que o conceito de serviço comum de engenharia na NLL apresenta conotação diferente daquele então constante no inciso VIII, art. 3º do Decreto 10.024/19, que definia como “comum” o serviço “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela administração pública, mediante especificações usuais de mercado”. A NLL dispõe que além de serem objetivamente padronizáveis pelo mercado, tais serviços deverão manter preservadas as características originais dos bens, ou seja, serviços comuns seriam os relacionados a reparos e manutenção dos bens imóveis já existentes, que não alterem as características dos bens, e não trazem inovação no espaço.

Para Palavéri, o vocábulo “Comum” deve caracterizar bens e serviços conhecidos de forma inquestionável e obtidos com facilidade no mercado, que sigam padrões usuais de especificação ou execução. São serviços, também, que já estão enraizados no hábito da Administração, fazendo parte do cotidiano dos órgãos públicos (PALAVÉRI, 2023).

Tendo-se como referência o conceito legal de serviço comum de engenharia, depreende-se que todos os demais serviços de engenharia que alterem as características originais do bem, e os predominantemente intelectuais, não poderão ser realizados por pregão. Em casos como tais, vale dizer, a contratação deverá se dar por meio de concorrência.

Observa-se que a Lei proibiu expressamente, no parágrafo único, do art. 29, o uso do pregão para serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual de obras e serviços de engenharia, exceto os comuns que podem ser objetivamente padronizáveis (Lei 14.133/21).

Importa ressaltar, contudo, o entendimento do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia – CONFEA, na Resolução nº 1.116, de 26 de abril de 2019, no qual assevera que todas as obras e serviços de engenharia são caracterizados como intelectuais, científico e técnico, vejamos:

Art. 1º Estabelecer que as obras e os serviços de Engenharia e de Agronomia, que exigem habilitação legal para sua elaboração ou execução, com a emissão da Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, são serviços técnicos especializados.

§ 1º Os serviços são assim caracterizados por envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica, por abarcarem risco à sociedade, ao seu patrimônio e ao meio ambiente, e por

sua complexidade, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições.

§ 2º As obras são assim caracterizadas em função da complexidade e da multiprofissionalidade dos conhecimentos técnicos exigidos para o desenvolvimento do empreendimento, sua qualidade e segurança, por envolver risco à sociedade, ao seu patrimônio e ao meio ambiente, e por demandar uma interação de concepção físico-financeira que determinará a otimização de custos e prazos, exigindo, portanto, profissionais legalmente habilitados e com as devidas atribuições.

Sobre o assunto, importante transcrever a doutrina de Dotti:

“Ao definir serviço de engenharia como sendo serviço técnico especializado, a Resolução no 1.116, de 26/04/2019 - CONFEA, reflexamente, afasta a utilização da modalidade pregão para a contratação desse objeto. De salientar-se que a Resolução citada não tem força para definir a modalidade licitatória adequada para a contratação de obra e serviço de engenharia. Há regramento jurídico específico dispendo a respeito. Ademais, compete à autoridade competente, se dúvida houver, solicitar parecer técnico a profissional habilitado acerca da classificação correta do objeto da licitação como obra, serviço de engenharia, serviço comum de engenharia ou serviço especial de engenharia, decidindo, a partir da conclusão técnica aplicável ao caso específico, a respeito da utilização da modalidade licitatória adequada, conforme regramento jurídico vigente.” (DOTTI, Marinês R, 2022.)

Embora seja relevante o entendimento do CONFEA, cabe dizer que tal não pode se sobrepor aos termos expressos da nova Lei de Licitações.

Além disso, há farta jurisprudência enquadrando vários serviços de engenharia como “comuns”, possibilitando sua contratação por meio de pregão. Vejamos:

O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002. **(SÚMULA Nº 257/2010 – TCU)**

[...]

“Na aquisição de serviços comuns de engenharia, a Administração deve utilizar obrigatoriamente a modalidade pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, devendo justificar a inviabilidade dessa forma caso adote o pregão presencial. **(Acórdão 505/2018-Plenário)**

[...]

São considerados serviços comuns, tornando obrigatória a utilização do pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, os serviços de engenharia consultiva com padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos no edital de licitação, por meio de especificações usuais no mercado **(art. 1º da Lei 10.520/2002 c/c art. 4º do Decreto 5.450/2005) Acórdão 713/2019-Plenário | Relator: BRUNO DANTAS**

A doutrina especializada também se posiciona em sentido semelhante:

“Em aproximação inicial do tema, pareceu que ‘comum’ também sugeria simplicidade. Percebe-se, a seguir, que não. O objeto pode portar complexidade técnica e ainda assim ser ‘comum’, no sentido de que essa técnica é perfeitamente conhecida, dominada e oferecida pelo mercado. Sendo tal técnica bastante para atender às necessidades da Administração, a modalidade pregão é cabível a despeito da maior sofisticação do objeto.” (PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres – Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública, 6ª ed., Renovar, 2003, p.1006.)

“(…) o objeto comum para fins de cabimento da licitação por pregão não é mero sinônimo de simples, padronizado e de aquisição rotineira. Bens e serviços com tais características estão incluídos na categoria de comuns da Lei 10.520/2002, mas não só. Bens e serviços com complexidade técnica,

seja na sua definição ou na sua execução, também são passíveis de ser contratados por meio de pregão. O que se exige é que a técnica neles envolvida seja conhecida no mercado do objeto ofertado, possibilitando, por isso, sua descrição de forma objetiva no edital.” (SCARPINELLA, Vera – Licitação na Modalidade de Pregão, Malheiros, 2003, p.81.)

Portanto, infere-se que a utilização do pregão para serviços comuns de engenharia está em consonância com a doutrina e também com o entendimento do Tribunal de Contas da União.

4. A contratação de serviços comuns de engenharia por meio do pregão na nova Lei de Licitações

De acordo com o art. 29, *caput*, da NLL, a concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, “adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”.

O parágrafo único do mesmo art. 29 acrescenta ainda que:

O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do *caput* do art. 6º desta Lei.

Destaca-se que o inciso XLI do art. 6º da NLL assevera que o pregão é a modalidade obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns. Embora no inciso XXXVIII possibilite também à concorrência, a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia.

Na seara das atividades correlatas ao ramo de engenharia e arquitetura (profissões reguladas pela Leis nºs 5.194/1966 e 12.378/2010), há que se avaliar, com precedência, o enquadramento do objeto como “obra”. Por exclusão, não se tratando de “obra”, recai-se no conceito de “serviço”, devendo, a partir de então, avaliar se se está diante de um “serviço comum” ou um “serviço especial” de engenharia (AMORIM, 2023).

Vejam, a esse respeito, a doutrina de Santos (2022):

“A contratação de serviços comuns de engenharia, como já examinado, poderá ser feita por meio de pregão ou concorrência. A nova Lei não estabelece critérios de escolha para a Administração Pública. Por isso, caberá à Administração, no caso de contratação de serviços públicos de engenharia, escolher fundamentadamente a modalidade licitatória mais conveniente ao caso concreto, levando em consideração critérios técnicos e também os princípios que informam o procedimento licitatório, em especial os da eficiência e da economicidade.”

Quanto à escolha do critério de julgamento do pregão, vejamos o que dispõe no art. 3º e 4º da IN SEGES/ME nº 73/2022:

Art. 3º O critério de julgamento de menor preço ou maior desconto será adotado quando o estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que excederem os requisitos mínimos das especificações não forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração.

Art. 4º O critério de julgamento de menor preço ou maior desconto será adotado:

I - na modalidade pregão, obrigatoriamente;

II - na modalidade concorrência, observado o art. 3º;

Portanto, se ficar demonstrado no estudo técnico que os requisitos mínimos de qualidade podem ser objetivamente definidos em edital, de forma simples, sem maiores complexidades técnicas, que permita um julgamento igualitário entre as propostas, o gestor deverá dar preferência para o critério menor preço ou maior desconto.

Em síntese, infere-se que o gestor da área de engenharia ou arquitetura deverá adotar o pregão quando o objeto for enquadrado como serviço comum. E é assim porque o pregão é reconhecidamente mais eficiente para o alcance do interesse público, seja do ponto de vista da celeridade, seja no que concerne ao aspecto econômico.

Sobre o assunto, destaca Albuquerque (2023), que a jurisprudência do TCU é no sentido de que o instrumento mais eficaz para ampliação da competitividade é o pregão eletrônico. Além disso, o tribunal entende que a ausência de justificativa para a adoção de outra modalidade de licitação pode caracterizar ato de gestão antieconômico.

Observe-se a análise da Segunda Câmara do TCU sobre o tema:

Todavia, no que toca à seleção da modalidade para contratações de serviços comuns, objeto dos autos, consoante julgados anteriores deste TCU **deve ser adotada, preferencialmente, a modalidade do pregão eletrônico, por conferir maior competitividade, economia, celeridade e transparência nas contratações, seguindo os princípios da eficiência e legalidade previstos na CF, art. 37, caput, com o objetivo desejável de obter a proposta mais vantajosa para a administração** contratante (Acórdão 1392/2013-TCU-Plenário, da relatoria doo Ministro Raimundo Carreiro; 5.613/2012- 1ª Câmara, da relatoria do Ministro José Múcio; e 2.990/2010-Plenário, da relatoria do Ministro Raimundo Carreiro) . Ou seja, como o tipo de serviço prestado - limpeza, conservação e portaria - consiste em serviço comuns, deveriam, em princípio, ter sido licitados mediante pregão. (ACÓRDÃO 8678/2019 - SEGUNDA CÂMARA) (Grifo nosso)

Assim, é possível afirmar que a NLL, compilando entendimentos jurisprudenciais já consolidados, deu preferência ao pregão, quando as qualificações técnicas do objeto possam ser objetivamente definidas no edital, com a finalidade de selecionar a proposta realmente mais vantajosa para a Administração, haja vista que os critérios do menor preço e maior desconto, próprios do pregão, são reconhecidos como fator preponderante para a consecução do interesse público, observado, evidentemente, a qualidade do objeto a ser contratado.

5. A contratação de serviços comuns de engenharia por meio de concorrência: aspectos gerais

Na NLL, a concorrência continuou a abranger os serviços comuns e especiais de engenharia, além da contratação de bens e serviços especiais. Observa-se, portanto, que a concorrência permanece com ampla abrangência nas contratações públicas. Como já destacado, os critérios de julgamento na concorrência são: a) menor preço; b) melhor técnica e preço ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto.

Considerando que os serviços comuns de engenharia deverão ser realizados preferencialmente por pregão, cujos critérios são o menor preço ou maior desconto, bem como que a concorrência apresenta o mesmo rito procedimental previsto na NLL, nota-se uma ambiguidade da lei ao permitir o uso dessas duas modalidades para a contratação de serviços comuns, tendo em vista que não há diferenças significativas

entre as modalidades, cabendo a utilização da concorrência de maneira residual, ou seja, somente quando os serviços de engenharia não forem enquadrados como comuns. Em síntese, e levando-se em conta não apenas os serviços de engenharia, tem-se que a concorrência deverá ser utilizada para a contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia, de qualquer valor.

No caso específico da contratação de serviços comuns de engenharia, que é o tema deste ensaio, embora a NLL admita o uso de pregão ou de concorrência, em verdade o simples enquadramento do serviço de engenharia como comum atrairá o pregão, que somente será preterido pela concorrência se houver robusta justificativa técnica nesse sentido.

Importante destacar ainda que a NLL traz um rol de serviços que apresentam natureza predominantemente intelectual⁵, os quais não admitem a contratação por meio de pregão. Além disso, o art. 37 da NLL⁶ é taxativo ao relacionar alguns serviços que deverão ser contratados tendo como critérios a “melhor técnica” ou “técnica e preço”. Noutras palavras, em casos como tais, não será admitida a utilização de pregão, cujo critério é o do menor preço ou maior desconto, mas obrigatoriamente a concorrência.

Dessa forma, alguns serviços de engenharia que anteriormente eram realizados por pregão por serem enquadrados como comuns, tais como estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos; fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços, serão agora obrigatoriamente realizados por meio de concorrência.

Conclusão

A NLL, como visto, passou a admitir a contratação de serviços de engenharia caracterizados como “comuns” por meio de duas modalidades licitatórias: o pregão e a concorrência.

Embora haja dubiedade normativa em relação à modalidade a ser utilizada pela Administração Pública para a contratação de serviços comuns de engenharia, parece claro haver uma preferência normativo-regulamentar pela modalidade pregão, sobretudo pela expertise alcançada pela Administração relativamente a tal modalidade nas últimas décadas, cujos resultados são bastante positivos para a sociedade, quando comparados às demais modalidades licitatórias, notadamente no plano da economicidade.

Nesse sentido, deve-se mais uma vez fazer referência à IN SEGES/ME Nº 73, de 2022, que estabelece a obrigatoriedade de adoção do critério menor preço ou maior desconto para a contratação de serviços comuns, sejam eles de engenharia ou não.

A tendência, a nosso ver, é que sejam expedidos novos regulamentos administrativos com vistas reduzir a discricionariedade do gestor público relativamente

⁵Art. 6º (...) XVIII - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;

d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso. (Grifos nossos)

⁶ Art. 37, § 2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do *caput* do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será por:

I - melhor técnica; ou II - técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.”

à escolha da modalidade a ser utilizada para a contratação de serviços comuns de engenharia. O Tribunal de Contas da União também se debruçará sobre o tema, com a propensão, a nosso sentir, de uniformizar a contratação de serviços comuns de engenharia por meio do pregão, em especial pela farta jurisprudência construída pela Corte de Contas sobre a matéria na vigência do antigo regime licitatório.

Nesse cenário, se o serviço de engenharia é enquadrado como “comum”, assim entendido como todo serviço de engenharia que tem por objeto “ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens” (art. 6º, XXI, “a” da NLL), sua contratação deverá preferencialmente ser realizada por meio de pregão. Em casos como tais, a concorrência, devido à sua natureza residual relativamente aos serviços comuns de engenharia, somente poderá ser utilizada por exceção, quando houver justificativa técnico-econômica que possa sinalizar para uma maior eficiência na contratação.

REFERÊNCIAS:

ALBUQUERQUE, Pedro Filipe A. **O que usar: concorrência de tipo técnica e preço ou pregão?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-mar-06/pedro-albuquerque-concorrenca-tipo-tecnica-preco-ou-pregao>, acessado dia 11/07/2023.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Definição da modalidade de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia na nova Lei de Licitações-** Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/05/21/definicao-da-modalidade-de-licitacao-para-contratacao-de-obras-e-servicos-de-engenharia-na-nova-lei-de-licitacoes/> . Acesso em 15 de maio de 2023.

DOTTI, Marinês Restelatto. **Obras e serviços de engenharia no novo marco legal das licitações.** Disponível em: <https://www.ordemjuridica.com.br/opiniao/obras-e-servicos-de-engenharia-no-novo-marco-legal-das-licitacoes>. Acesso em 01 de maio de 2023.

PALAVÉRI, Marcelo. **Nova Lei de Licitações - Concorrência - Normas Específicas.** Disponível em: <https://blog.capacite.com.br/artigo-nova-lei-de-licitacoes-concorrenca-marcelo-palaveri/#:~:text=Diz%20o%20art.,para%20execu%C3%A7%C3%A3o%20de%20seu%20objeto%E2%80%9D>. acessado em 11/07/2023.

PALAVÉRI, Marcelo. **Nova Lei de Licitações - Serviços - Normas Específicas –** Disponível em: <https://blog.capacite.com.br/artigo-nova-lei-de-licitacoes-servicos-normas-especificas-marcelo-palaveri/> acessado em 07/07/2023.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**, 6ª ed., Renovar, 2003.

PREVE, Murilo. **Quais são as modalidades de licitação? Entenda as suas principais características.** Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/quais-sao-as-modalidades-de-licitacao-entenda-as-suas-principais-caracteristicas/1351804406>; acessado em 11/07/2023.

SANOVITTI, Henrique Miranda. **Licitações e Contratos Administrativos**. 5ª edição - São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021.

SANTOS, Mauro Sérgio dos. **Curso de Direito Administrativo**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2022.

SOUZA, Stéfani Cristina de - **A expansão das hipóteses de incidência do Regime Diferenciado de Contratações Públicas no atual cenário nacional**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/a-expansao-das-hipoteses-de-incidencia-do-regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-no-atual-cenario-nacional/353452186>, acessado em 07 de maio de 2023.