



INSTRUÇÃO INICIAL DE REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CAUTELAR

A. IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO

| | |
|--------------------------|---|
| TC 039.581/2023-3 | Conhecimento. Parcialmente procedente. Indeferimento de cautelar. Ciência. Arquivamento. |
|--------------------------|---|

| | |
|--|-------------|
| UNIDADE JURISDICIONADA | UASG |
| Universidade Tecnológica Federal do Paraná | 153019 |
| Grupamento de Apoio de Brasília/DF | 120006 |
| Grupamento de Apoio/RJ | 120039 |

| | | |
|--|--------------------|------------------------|
| REPRESENTANTE | CNPJ | CONTRATO SOCIAL |
| Webtrip Agência de Viagens e Turismo Ltda. | 07.340.993/0001-90 | Peça 2 |

OBJETO DA CONTRATAÇÃO

Agenciamento de viagens

| PROCEDIMENTO AUXILIAR DE CONTRATAÇÃO | MODALIDADE | NÚMERO DOS CERTAMES |
|---|-------------------|----------------------------|
| Sistema de Registro de Preços (Pregão 90/2023 da Uasg 120039) | Pregão Eletrônico | 6/2023 |
| | | 45/2023 |
| | | 90/2023 |

| MODO DE DISPUTA | CRITÉRIO DE JULGAMENTO |
|------------------------------|-------------------------------|
| Combinado (aberto e fechado) | Menor preço por grupo |

| VIGÊNCIA | VALOR HOMOLOGADO |
|--|--|
| Pregão 6/2023 da Uasg 153019: O prazo de vigência da contratação é de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado até o limite de 120 (cento e vinte) meses, mediante termo aditivo, pelo prazo estabelecido nos arts. 105 e 106, incisos I ao III, da Lei 14.133 /2021 (peça 14, p. 2); | Pregão 6/2023 da Uasg 153019: R\$ 3.227.109,00 (peça 15, p. 4); |
| Pregão 45/2023 da Uasg 120006: O prazo de vigência da contratação é de 36 (trinta e seis) meses contados do(a) assinatura do contrato, prorrogável por até 10 anos, na forma dos artigos 106 e 107 da Lei 14.133, de 2021 (peça 12, p. 55); | Pregão 45/2023 da Uasg 120006: R\$ 63.000.156,60 (peça 16, p. 10); |
| Pregão 90/2023 da Uasg 120039: O prazo de vigência da contratação é de 02 (dois) anos, contados da assinatura, prorrogável por até 10 anos, na forma dos artigos 106 e 107 da Lei 14.133, de 2021 (peça 13, p. 24) | Pregão 90/2023 da Uasg 120039: R\$ 25.435.776,00 (peça 17, p. 5); |

LEGISLAÇÃO QUE REGE O CERTAME

Lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações)

FASE DO CERTAME

Certames homologados: Pregão 6/2023 da Uasg 153019 em 1º/12/2023, Pregão 45/2023 da Uasg 120006 em 6/12/2023 e Pregão 90/2023 da Uasg 120039 em 8/12/2023.

B. ALEGAÇÕES DO REPRESENTANTE

1. O representante alega, em suma, que (peça 1):
 - a) os pregoeiros dos certames cometem ilegalidades, cada um interpretando à sua maneira o critério de desempate do art. 60 da Lei 14.133/2021, relacionando diversos outros certames com interpretações distintas dos pregoeiros;
 - b) não há, portanto, consenso quanto à aplicação dos critérios de desempate, sendo necessária a intervenção deste Tribunal para auxílio quanto à uniformização, regulamentação e padronização de tais critérios com a finalidade de se evitar a insegurança jurídica, que neste exato momento, é a que prevalece, lamentavelmente;
 - c) no Pregão 6/2023 da Uasg 153019, o pregoeiro informou que, após a aplicação do inc. I do art. 60, prosseguiria ao desempate com base no inciso II do art. 60;
 - d) no Pregão 45/2023 da Uasg 120006, o pregoeiro informou que o inc. II não poderia ser aplicado, por falta de regulamentação, e utilizou, sem bases objetivas, os demais incisos do caput e do parágrafo primeiro do art. 60, e, por fim, o sorteio presencial; e
 - e) no Pregão 90/2023 da Uasg 120039, o pregoeiro acatou impugnação do representante, decidindo que somente seria utilizado como critério de desempate o inc. I do art. 60, porém, durante o certame, utilizou os incisos III e IV, e por fim, realizou o sorteio.
2. Por fim, requer (peça 1, p. 40):
 - a) o conhecimento da presente representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade previstos no Regimento Interno do Tribunal de Contas da União;
 - b) que seja concedida medida liminar para suspender todos os atos relacionados aos três certames em questão, principalmente para obstar a contratação da empresa declarada vencedora, ou mesmo o início da execução do contrato, até a decisão de mérito da demanda;
 - c) que seja ouvido o representante do Ministério Público junto ao TCU;
 - d) que sejam intimadas as unidades jurisdicionadas para apresentar razões de justificativa;
 - e) a confirmação, em sede de mérito, das ilegalidades promovidas pelos pregoeiros nos respectivos pregões, bem como o retorno à fase anterior naqueles em que se verificar que há a possibilidade, sem prejuízos aos demais licitantes;
 - f) se necessário, a fim de evitar nulidades, a intimação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos e respectivos terceiros interessados (se houver), para que, querendo, ofereçam resposta no prazo legal; e
 - g) que todas as intimações sejam publicadas em nome do advogado Rafael Lourenço da Silva, inscrito na OAB/PR sob o nº 95.619, sob pena de nulidade.

C. EXAME DE ADMISSIBILIDADE

LEGITIMIDADE DO AUTOR



| | |
|--|-----|
| O representante possui legitimidade para representar ao Tribunal? (Fundamento em lei específica: art. 170, § 4º, da Lei 14.133/2021; Fundamento no Regimento Interno/TCU: art. 237, inciso VII e parágrafo único) | Sim |
|--|-----|

REDAÇÃO EM LINGUAGEM COMPREENSÍVEL

| | |
|--|-----|
| A representação está redigida em linguagem clara e objetiva, contém nome legível, qualificação e endereço do representante? (Fundamento: art. 235 do Regimento Interno/TCU) | Sim |
|--|-----|

INDÍCIO CONCERNENTE À IRREGULARIDADE OU ILEGALIDADE

| | |
|--|-----|
| A representação encontra-se acompanhada do indício concernente à irregularidade ou ilegalidade apontada pelo autor? (Fundamento: art. 235 do Regimento Interno/TCU) | Sim |
|--|-----|

COMPETÊNCIA DO TCU

| | |
|--|-----|
| A representação trata de matéria de competência do TCU? (Fundamento: art. 235 do Regimento Interno/TCU) | Sim |
|--|-----|

INTERESSE PÚBLICO

| | |
|--|-----|
| Os argumentos do autor indicam a possibilidade de existência de interesse público, caso restem comprovadas as supostas irregularidades apontadas na peça inicial. (Fundamento: art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014) | Sim |
|--|-----|

Análise quanto ao interesse público: Confirmadas as alegações do representante, restará configurada fraude à licitação/ao contrato.

CONCLUSÃO QUANTO AO EXAME DE ADMISSIBILIDADE

3. Presentes todos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 170, § 4º, da Lei 14.133/2021, c/c o art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014, a **representação** deve ser conhecida.

D. MEDIDA CAUTELAR – AVALIAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS

PERIGO DA DEMORA

| | |
|---|---|
| Há decisão judicial ou administrativa, sem especificação de prazo, para suspender o andamento do processo licitatório ou a contratação? | Não |
| No caso de contratações não decorrentes de Registro de Preços: | O contrato decorrente do certame já foi assinado? |

| | | |
|---|--|---------------|
| No caso contratações decorrentes de Registro de Preços: | A ata de registro de preços decorrente do certame já foi assinada? | Não |
| | O contrato decorrente da ata de registro de preços (que, porventura, seja objeto da representação/denúncia) já foi assinado? | Não |
| | A ata de registro de preços decorrente do certame ainda possui saldo que permita novas contratações pelo órgão gerenciador ou por eventuais adesões? | Não se aplica |

Análise:

4. Está configurado o pressuposto do perigo da demora em razão de que não foram assinados ainda os contratos ou a ata de registro de preços.

PERIGO DA DEMORA REVERSO

| | |
|--|---|
| Qual é o tipo de contratação em análise? | Serviço continuado |
| O contrato decorrente do certame questionado já foi assinado e há razoável indício de que o objeto contratado já esteja em execução? | Não |
| O objeto da contratação se refere ao funcionamento das atividades da Unidade Jurisdicionada ou à sua atividade finalística? | Funcionamento da Unidade Jurisdicionada |
| O objeto da contratação é essencial ao funcionamento das atividades da Unidade Jurisdicionada? | Não há informação |
| A Unidade Jurisdicionada está coberta contratualmente pelo serviço com razoável vigência (há a possibilidade de voltar a fase ou refazer o certame, a depender da consequência da concessão de cautelar no caso concreto) ou admite prorrogação excepcional? | Não há informação |
| Caso haja a possibilidade de manutenção do contrato com a atual prestadora dos serviços, as condições dessa contratação seriam melhores (menor preço e atendimento satisfatório) que o que se está em vias de contratar? | Não há informação |
| Há interesse público na suspensão da contratação? | Não |

Análise:

5. Não há como concluir acerca da presença do pressuposto, uma vez que não constam informações suficientes acerca da essencialidade da contratação e de eventuais contratos atualmente existentes para o mesmo objeto.

PLAUSIBILIDADE JURÍDICA

| | |
|---|-----|
| A Unidade Jurisdicionada está sujeita aos normativos supostamente infringidos? | Sim |
| Há plausibilidade nas alegações do representante ou nas verificações realizadas pela Unidade Técnica? | Sim |
| Há indício de sobrepreço ou superfaturamento? | Não |
| Há grave risco de lesão ao erário, inexecução ou execução insatisfatória do objeto? | Não |

Análise quanto à plausibilidade jurídica e quanto à necessidade de adoção de medida cautelar:

6. Inicialmente, cabe registrar que, apesar de o representante ter citado outros treze pregões como exemplos de indefinição quanto à interpretação e utilização dos critérios de desempate previstos na Lei 14.133/2021, a análise deste processo se aterá aos três pregões em que a contratada participa/participou e em relação aos quais solicita a suspensão cautelar.

7. Desta forma, relata-se abaixo, de forma individualizada, como foram feitos os julgamentos dos empates em cada certame, complementando as informações trazidas pelo representante.

Pregão 6/2023 da Uasg 153019:

8. Após a fase de lances, constatou-se empate entre nove empresas. O item 5.21 do edital tratou dos critérios de desempate, simplesmente reproduzindo o art. 60 da Lei 14.133/2021, conforme transcrição abaixo (peça 11, p. 4):

5.21. Só poderá haver empate entre propostas iguais (não seguidas de lances), ou entre lances finais da fase fechada do modo de disputa aberto e fechado.

5.21.1. Havendo eventual empate entre propostas ou lances, o critério de desempate será aquele previsto no art. 60 da Lei nº 14.133, de 2021, nesta ordem:

5.21.1.1. disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

5.21.1.2. avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

5.21.1.3. desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

5.21.1.4. desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

5.21.2. Persistindo o empate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

5.21.2.1. empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

5.21.2.2. empresas brasileiras;

5.21.2.3. empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

5.21.2.4. empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

9. Abaixo segue a transcrição da comunicação do pregoeiro informando as medidas que seriam tomadas para desempatar o certame (peça 15, p. 1-2):

Sistema 29/11/2023 às 09:31:19

Sendo assim, iremos convocar as 10 empresas que estão com suas propostas empatadas. Pediremos que todas anexem no sistema suas propostas e todos seus documentos de habilitação. Pedimos que leiam e analisem o item 5.21.1 em diante do edital, e que anexem qualquer documentação que comprove o atendimento de algum desses parâmetros de desempate.

(...)

Sistema 29/11/2023 às 09:38:05

Corrigindo a informação, temos nove empresas com valor de proposta empatados. Estão todos convocados a enviarem proposta e documentos de habilitação até as 10h00min de amanhã dia 30/11/2023. Ficamos no aguardo, e estejam todos logados amanhã a partir deste horário para prosseguimento da sessão.

(...)

Sistema 30/11/2023 às 14:34:05

Fizemos a análise das documentações de todas as empresas empatadas.

Sistema 30/11/2023 às 14:35:08

Pela Lei 14.133/21 nenhum dos critérios lá elencados, conseguimos desempatar tais propostas.

Sistema 30/11/2023 às 14:36:04

Pensando na transparência, eficiência, eficaz, e para a melhor solução para o serviço público, iremos fazer o desempate por sorteio público.

10. Pelo sorteio, foi definida como vencedora a empresa SX Tecnologia e Serviços Corporativos Ltda.

Pregão 45/2023 da Uasg 120006:

11. Neste certame, dezessete empresas restaram empatadas após a fase competitiva. Da mesma forma que o anterior, o edital, quanto aos critérios de desempate, apenas repete os dispositivos do art. 60 da Lei 14.133/2021 (peça 12, p. 10-11).

12. O pregoeiro, então, procedeu ao desempate do inciso I (disputa final) pelo sistema, permanecendo as empresas empatadas, e informou que o inciso II (avaliação do desempenho contratual prévio) não poderia ser aplicado por falta de regulamentação. Em seguida, convocou os licitantes para que apresentassem documentos aptos a comprovar os demais critérios de desempate. Importante aqui transcrever as mensagens do pregoeiro no sistema (peça 16, p. 2-8), no que interessa à presente análise:

Sistema 26/10/2023 às 10:26:47

Sendo esses os critérios de desempate, convocarei os Senhores para encaminhar a proposta de preços e enviar os documentos que comprovem o atendimento a um ou mais de um critério de desempate.

Sistema 26/10/2023 às 10:47:30

Senhores licitantes, convoquei anexo para envio da proposta e também dos documentos que atestam os critérios de desempate para todas as empresas empatadas.

Sistema 26/10/2023 às 10:48:12

Nesse contexto, informo a todos que aguardarei o envio dos documentos e, posteriormente, analisarei os documentos apresentados.

(...)

Sistema 30/10/2023 às 10:09:19

O primeiro critério de desempate aplicável a este certame encontra-se previsto no Art. 60, III, da Lei 14.133/21 (equidade entre homens e mulheres).

Sistema 30/10/2023 às 10:10:31

Das 17 licitantes empatadas, 5 não apresentaram declaração de atendimento a este requisito legal ou quaisquer comprovações de equidade entre homens e mulheres.

Sistema 30/10/2023 às 10:10:47

Restando, portanto, 12 licitantes empatadas.

Sistema 30/10/2023 às 10:11:36

O próximo critério de desempate aplicável a este certame encontra-se previsto no Art. 60, IV, da Lei 14.133/21 (programa de integridade).

Sistema 30/10/2023 às 10:12:35

Das 12 licitantes empatadas, 3 não apresentaram declaração de atendimento a este requisito legal ou quaisquer comprovações de que possui programa de integridade.

Sistema 30/10/2023 às 10:12:59 Restando, portanto, 9 licitantes empatadas.

Sistema 30/10/2023 às 10:13:36 O próximo critério de desempate aplicável a este certame encontra-se previsto no Art. 60, § 1º, II, da Lei 14.133/21 (empresas brasileiras).

Sistema 30/10/2023 às 10:13:57 Este critério foi atendido por todas as licitantes.

Sistema 30/10/2023 às 10:15:25

O próximo critério de desempate aplicável a este certame encontra-se previsto no Art. 60, § 1º, III, da Lei 14.133/21 (investimento em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no País).

Sistema 30/10/2023 às 10:16:12

Das 9 licitantes empatadas, apenas 2 declararam investir em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no País.

Sistema 30/10/2023 às 10:17:03

No caso, a mera declaração não comprova o investimento em pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no País.

Sistema 30/10/2023 às 10:18:01

Portanto, concederei a oportunidade para as empresas que declararam de comprovarem, por meio de documentos, os gastos com pesquisa e desenvolvimento de tecnologia no País.

Sistema 30/10/2023 às 10:19:57

Convém destacar que o simples gasto com produtos de alta tecnologia e/ou desenvolvimento de software não atende ao requisito legal, que se refere ao investimento em DESENVOLVIMENTO de tecnologia no BRASIL.

Sistema 30/10/2023 às 10:21:21

Assim, solicitarei às empresas MIRANDA TURISMO E REPRESENTAÇÕES LTDA e IDEIAS TURISMO LTDA que comprovem os investimentos.

Sistema 30/10/2023 às 10:24:54

Reitero que a aquisição de licenças e software não atende ao requisito legal, pois não se refere a investimento em DESENVOLVIMENTO de tecnologia.

(...)

Sistema 30/10/2023 às 14:01:45

Dessa forma, concluo que nenhum empresa faz jus à preferência prevista no o Art. 60, § 1º, III, da Lei 14.133/21.

Sistema 30/10/2023 às 14:03:41

Nesse contexto, 9 licitantes permanecem empatadas para o último critério legal, previsto no Art. 60, § 1º, IV, da Lei 14.133/21 (empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009).

Sistema 30/10/2023 às 14:04:16



A Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009 institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências.

Sistema 30/10/2023 às 14:05:43

No entanto, a Lei não define de forma objetiva as práticas de mitigação, mas se reserva a seguinte definição: "mitigação: mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros;"

Sistema 30/10/2023 às 14:06:19

Dessa forma, estarei analisando se a mera declaração pode ser aceita como prática de mitigação.

Sistema 30/10/2023 às 14:07:21

Nesse contexto, das 9 empresas empataadas, duas não apresentaram quaisquer documentos relacionados à mitigação prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

Sistema 30/10/2023 às 14:08:00

Portanto, o resultado parcial, após aplicação de todos os requisitos legais, é de sete empresas empataadas.

(...)

Sistema 31/10/2023 às 11:49:10

Após aplicação de todos os critérios legais definidos no Art. 60 da Lei 14.133/21, terminamos a fase de desempate com as empresas ECOS TURISMO LTDA e IDEIAS TURISMO LTDA ainda empataadas.

(...)

Sistema 31/10/2023 às 14:21:03

Nesse contexto, identifico duas possibilidades para este certame: ou a revogação ou procederemos o desempate por meio de sorteio público.

Sistema 31/10/2023 às 14:21:58

Considerando a excepcionalidade dessa situação, irei consultar a Consultoria Jurídica Adjunta ao Comando da Aeronáutica- COJAER sobre como proceder.

(...)

Sistema 24/11/2023 às 11:44:20

Senhores licitantes, informo que o parecer da Advocacia Geral da União foi recebido por este Grupamento, concluindo o seguinte:

Sistema 24/11/2023 às 11:48:47

"(...) nas licitações processadas com amparo na Lei n. 14.133/2021, sendo inaplicável ou restando infrutífera a sistemática de superação do empate entre as empresas interessadas, com a aplicação dos critérios estabelecidos em seu art. 60, a única solução compatível com os Princípios da Isonomia e imparcialidade, ao menos até o presente momento, consiste na realização de sorteio entre todos os disputantes empataados, (...)"

Sistema 24/11/2023 às 11:49:08

"...) à semelhança do previsto no §2º, do art. 45, da Lei n. 8.666/93, conforme premissas estabelecidas na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942)."

Sistema 24/11/2023 às 11:49:33

Portanto, o desempate será realizado por meio de sorteio público.

(...)

Sistema 27/11/2023 às 14:39:04 Informo que, após o sorteio, sagrou-se classificada em 1º lugar a empresa ECOS TURISMO LTDA.

Pregão 90/2023 da Uasg 120039:

13. Neste certame, dezoito empresas terminaram empatadas. No edital da licitação, do mesmo jeito que os outros editais aqui tratados, a disciplina quanto ao desempate das propostas e lances apenas reproduziu o disposto no art. 60 da Lei 14.133/2021 (peça 13, p. 11). Aqui também o pregoeiro entendeu pela impossibilidade de aplicação do inciso II do art. 60, e prosseguiu com os demais incisos. Seguem as mensagens mais relevantes para a análise (peça 17, p. 1-2):

Sistema 22/11/2023 às 10:38:10

Informo que se faz necessário o cumprimento dos demais incisos do art. 60 da lei 14.133/2021, tendo em vista que o desempate previsto no inciso I já ocorreu, e ainda assim as propostas permaneceram empataidas.

Sistema 22/11/2023 às 10:38:16

Entretanto, a NOTA n. 00033/2023/CGPE/SCGP/CGU/AGU emitida pela CONSULTORIA GERAL DA UNIÃO da ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO traz em seu texto que o Inciso II do art. 60 da lei necessidade de regulamentação para utilização.

Sistema 22/11/2023 às 10:38:22

Assim, informo aos Senhores que motivados pelo princípio da autotutela administrativa, somado a necessidade de utilização correta dos dispositivos previstos na Lei 14.133, como critério de desempate, convocarei os Senhores para encaminhar a proposta de preços atualizada e enviar os documentos que comprovem o atendimento ao critério de desempate previsto no Inciso III do art. 60 da Lei nº 14.133/2021.

(...)

Sistema 23/11/2023 às 10:13:27

Após análise das documentações enviadas após a convocação realizada por este pregoeiro, o resultado foi o seguinte: 18 empresas encontravam-se empataidas antes da convocação e foram convocadas por este pregoeiro para o envio da proposta atualizada e de documentos que comprovem atendimento ao critério de desempate previsto no Inciso III do art. 60 da Lei nº 14.133/2021 e item 6.21.1.3 do Edital.

Sistema 23/11/2023 às 10:13:38

As empresas BRASITUR EVENTOS E TURISMO LTDA e HOTEL A JATO OPERADORA TURISTICA LTDA não enviaram documento algum quando convocadas.

Sistema 23/11/2023 às 10:13:44

A empresa CERRADO VIAGENS LTDA não enviou a proposta atualizada, contrariando o item 6.22.6 do Edital.

Sistema 23/11/2023 às 10:13:58

As empresas YUMMY TRAVEL AGÊNCIA DE VIAGENS LTDA, FUTURA AGÊNCIA DE VIAGENS E TURISMO LTDA e INOVVE TURISMO LTDA não enviaram documento algum para comprovar atendimento ao critério de desempate previsto no Inciso III do art. 60 da Lei nº 14.133/2021 e item 6.21.1.3 do Edital.

Sistema 23/11/2023 às 10:14:04

Dessa forma, restaram 12 empresas com propostas empataidas:

(...)

Sistema 24/11/2023 às 10:07:06

Exauridos os critérios de desempate regulamentados para as propostas empatadas, não resta à Administração, alternativa que não o sorteio das 12 (doze) empresas empatadas no certame.

Sistema 24/11/2023 às 10:07:13

Ressalta-se que tal procedimento encontra-se amparado pelo PARECER n. 00002/2023/ADV DIST ESTRAT/E-CJU/SSEM/CGU/AGU,

Sistema 24/11/2023 às 10:07:20

emitido pela CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO da ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, em 24 de outubro de 2023, cuja conclusão possui a seguinte redação:

Sistema 24/11/2023 às 10:07:25

“quanto ao procedimento para desempate de licitantes previsto no artigo 60 da Lei 14.133/2021, orienta-se ao órgão conselente que aplique, sucessivamente, os critérios de desempate e de preferência atualmente regulamentados;

Sistema 24/11/2023 às 10:07:29

se do resultado desta operação persistir o empate, que proceda ao sorteio público para definir a ordem sequencial de colocações do certame.”

14. Após a realização do sorteio, restou vencedora a empresa Ética Turismo Viagens Receptivos Ltda.

Análise:

15. Uma das várias inovações trazidas pela nova lei de licitações (Lei 14.133/2021) é o novo disciplinamento acerca dos critérios de desempate das propostas nos certames, se diferenciando completamente do disposto na Lei 8.666/1993 e trazendo oito critérios possíveis de serem utilizados, conforme abaixo:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

II - empresas brasileiras;

III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

16. É imprescindível destacar, inicialmente, que os incisos do caput do art. 60 estabelecem uma ordem de aplicação dos critérios de desempate, de modo que o inciso II somente pode ser aplicado quando não possível a aplicação do inciso I ou quanto este já haja sido aplicado, sucedendo a mesma lógica em relação aos incisos subsequentes. Imperioso também ressaltar que qualquer critério de desempate, em atenção aos princípios da isonomia, da imparcialidade, do julgamento objetivo e da segurança jurídica, todos previstos expressamente no art. 5º da Lei 14.133/2021, somente pode ser efetivado se houver, por parte da Administração, a formulação de parâmetros objetivos, concretos e seguros, em regulamento ou, ao menos, no próprio edital do certame.

17. O primeiro critério, previsto no inciso I do caput do artigo 60, é o mais objetivo possível, porquanto concretiza, por meio de uma disputa final, a oportunidade para que os licitantes apresentem nova proposta em ato contínuo à classificação, estando, inclusive, o sistema Compras.gov.br já parametrizado para sua aplicação, não restando dúvidas acerca de sua utilização.

18. O inciso II, consistente na avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, talvez seja o que mais esteja gerando controvérsias, a exemplo das diferentes interpretações constantes destes autos.

19. A lei não traz, expressamente, a necessidade de regulamentação para a utilização desse critério, posto que apenas prevê a utilização **preferencial** de registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei, podendo, nesse último caso, se estabelecer uma relação com o chamado cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, previsto no art. 88 da Lei 14.133/2021, conforme exposto abaixo:

§ 3º A atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada.

§ 4º A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, de que trata o § 3º deste artigo, será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da imparcialidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

20. Registre-se que o mencionado cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto pela nova lei ainda não se encontra regulamentado e implementado, ao menos no âmbito da União.

21. O representante noticiou que a utilização do inciso II, inclusive, já foi objeto de questionamento à AGU através da Secretaria de Gestão e Inovação, tendo sido proferida a Nota 00033/2023/CGPE/SCGP/CGU/AGU, onde o entendimento foi no seguinte sentido:

(...) em que pese o inciso II do art. 60 não trazer expressamente a necessidade de regulamentação, entende-se, em uma leitura conjunta com o art. 87, que tal preferência será regulamentada junto com o registro cadastral unificado, a fim, justamente, de evitar que cada órgão coloque balizas de avaliação de desempenho que não tenham previsão na legislação, a fim de garantir maior segurança jurídica e uniformização quando da sua aplicação.

22. Com todo o respeito à opinião exarada na nota, não se visualiza a necessária vinculação da avaliação do desempenho contratual prévio prevista no inciso II do art. 60 com a criação do registro cadastral unificado previsto no art. 87 da Lei 14.133/2021, que, registra-se, ainda não foi

implementado. Conforme já apontado, no texto da lei, a vinculação com os registros cadastrais é apenas preferencial, podendo ser afastada, portanto, discricionariamente pela Administração, mediante justificativa.

23. Dessa forma, como a lei não exige regulamentação para sua aplicação, entende-se possível a previsão no edital de critérios, desde que estritamente objetivos, para tal avaliação. Conforme aponta Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021. São Paulo; Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 762), “Essa solução apenas será cabível quando existir sistema de avaliação objetiva do desempenho contratual anterior”. E complementa: “Isso significa a insuficiência de informações baseadas em elementos subjetivos, que não tenham examinado o desempenho segundo critérios objetivos”.

24. A possibilidade de regulamentar no edital a aplicação do mencionado inciso II encontra respaldo na doutrina de Victor Aguiar Jardim de Amorim (Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência – 4. ed. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021, p. 153-154), conforme se depreende do seguinte trecho: “Trata-se de determinação dependente de disposição específica **no edital**, que estabelecerá as métricas e parâmetros objetivos para a verificação do desempenho contratual prévio”.

25. Conforme apontado, nenhum dos editais aqui tratados previu qualquer critério objetivo de avaliação para a utilização do inciso II do art. 60; porém, ao contrário dos outros dois, que entenderam pela sua inaplicabilidade, no Pregão 6/2023 da Uasg 153019 o pregoeiro solicitou aos licitantes empatados que enviassem qualquer documentação que comprovasse o atendimento aos incisos do art. 60, inclusive em relação ao inciso II, sem que existisse qualquer parâmetro ou critério objetivo que pudesse guiá-lo nessa avaliação. Ao final, como nenhum licitante mandou qualquer documentação hábil para tal comprovação, o resultado final do certame não foi afetado por esta situação.

26. Em relação ao inciso III, que estabeleceu como critério de desempate o desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, este depende expressamente da edição de um regulamento. Aponta-se, nesse sentido, que foi editado o Decreto 11.430/2023, que regulamenta a Lei 14.133/2021 para dispor sobre a exigência, em contratações públicas, de percentual mínimo de mão de obra constituída por mulheres vítimas de violência doméstica e sobre a utilização do desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre mulheres e homens no ambiente de trabalho como critério de desempate em licitações, no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Porém, tal regulamento não resolveu a questão, tendo em vista que, no seu art. 5º, § 2º, deixou a cargo de ato do Secretário de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, ainda inexistente, dispor sobre a forma de aferição, pela administração, e sobre a forma de comprovação, pelo licitante, das referidas ações como critério de desempate nos processos licitatórios.

27. Da mesma forma, o inciso IV, referente ao desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, encontra-se dependente, conforme previsão da lei, de orientações dos órgãos de controle, ainda inexistentes, também não podendo ainda ser utilizado.

28. Quanto aos incisos constantes do § 1º do art. 60, tem-se que o inciso I (bens ou serviços produzidos ou prestados por empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize) só pode ser previsto, mediante simples interpretação, em licitações empreendidas por órgãos ou entidades estaduais, distritais ou municipais, o que não é o caso dos certames aqui analisados. O inciso II, referente a bens ou serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras, é perfeitamente utilizável, visto tratar-se de um critério objetivo e não dependente de

regulamentação. Os outros dois incisos, relativos a empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País e que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei 12.187/2009, a princípio, também dependem de regulamentação, ao menos via edital, para que se tenha critérios objetivos para a avaliação.

29. Assim, não é aceitável que o pregoeiro, diante da omissão regulamentar e editalícia quanto aos critérios de desempate, estabeleça regras ao seu talante, no curso do certame, como se observou nos certames aqui tratados. A ausência de regulamentação governamental dos critérios de desempate, em relação aos incisos III e IV do caput do art. 60, e de regulamentação ao menos via edital, nos casos em que seria possível (inciso II do caput do art. 60 e incisos III e IV do § 1º do art. 60), inviabiliza por completo sua utilização, em observância aos princípios da isonomia, da impessoalidade, do julgamento objetivo e da segurança jurídica.

30. Observa-se, contudo, que, nos casos relatados nestes autos, nenhum desses critérios tentados pelos pregoeiros logrou desempatar as propostas, não havendo, portanto, prejuízo nem mesmo impacto aos certames, razão pela qual se propõe apenas a ciência às Unidades Jurisdicionadas para que, nos próximos certames, não adotem os critérios de desempate previstos no art. 60 da Lei 14.133/2021 que não estejam regulamentados no âmbito federal ou ao menos no edital, em nome dos princípios da isonomia, da impessoalidade, do julgamento objetivo e da segurança jurídica.

31. Importa agora analisar a regularidade ou não da utilização do critério do sorteio, utilizado pelos três pregoeiros dos certames aqui tratados.

32. De plano, constata-se que o sorteio não está previsto entre os critérios de desempate do art. 60, o que poderia levar à conclusão de que não seria possível sua utilização. Porém, não parece ser essa a melhor interpretação.

33. Para a análise, volta-se à Lei 8.666/1993, que assim previu a forma de desempatar os certames:

Art. 3º. § 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - revogado

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

(...)

Art. 45. § 2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

34. O sorteio, portanto, era previsto como critério de desempate na Lei 8.666/1993, não o sendo na Lei 14.133/2021. Porém, a antiga lei de licitações vedava expressamente a utilização de qualquer outro processo para proceder ao desempate das propostas, vedação essa não reproduzida na Lei 14.133/2021, de forma que, com base em uma interpretação teleológica, histórica e sistemática, é possível concluir pela possibilidade da utilização de outro critério de desempate além dos previstos expressamente na nova lei de licitações.

35. Em situações como as que ocorreram nos certames aqui relatados, em que as propostas permanecem empatadas mesmo após a utilização de todos os critérios previstos na lei, se não houver outro critério hábil para proceder ao desempate, a única saída seria revogar o certame, com todos os custos e prejuízos que tal medida pode acarretar à Administração e até mesmo à sociedade, que pode ser privada, pelo menos temporariamente, de um serviço essencial à população. E o sorteio, por ser um critério isonômico, impensoal e definitivo, poderia ser previsto nos editais como última opção de desempate, para evitar o fracasso da licitação e o consequente prejuízo ao interesse público.

36. A Advocacia-Geral da União, no âmbito do Pregão 45/2023 empreendido pela Uasg 123006, após consulta acerca da possibilidade de utilização do sorteio no referido certame, assim se manifestou (peça 16, p. 7):

Nas licitações processadas com amparo na Lei n. 14.133/2021, sendo inaplicável ou restando infrutífera a sistemática de superação do empate entre as empresas interessadas, com a aplicação dos critérios estabelecidos em seu art. 60, a única solução compatível com os Princípios da Isonomia e impensoalidade, ao menos até o presente momento, consiste na realização de sorteio entre todos os disputantes empatados.

37. Em outra ocasião, em resposta à consulta de determinado órgão, a AGU também opinou no mesmo sentido, no Parecer 00002/2023/ADV-DIST ESTRAT/E-CJU/SSEM/CGU/AGU (peça 6, p. 6):

16. Considerando os fatos e o direito acima tratados, responde-se à questão posta do seguinte modo: quanto ao procedimento para desempate de licitantes previsto no artigo 60 da Lei 14.133/2021, orienta-se ao órgão conselente que aplique, sucessivamente, os critérios de desempate e de preferência atualmente regulamentados; se do resultado desta operação persistir o empate, que proceda ao sorteio público para definir a ordem sequencial de colocações do certame.

38. Também é possível encontrar na doutrina especializada manifestações concordantes com a previsão e utilização do sorteio, como a do já mencionado Victor Aguiar Jardim de Amorim (*Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Jurisprudência – 4. ed.* – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021, p. 155), conforme segue:

Caso o empate persista após a observância dos critérios de desempate de que trata o caput do art. 60 e diante da insuficiência ou inaplicabilidade factual da ordem de preferência instituída no § 1º, considera-se cabível um sorteio público, embora a Lei nº 14.133/2021 seja silente a respeito disso.

39. Marçal Justen Filho, também já aqui citado, é outro renomado autor que defende a utilização do critério aleatório em sua obra (*Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021*. São Paulo; Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 759):

Empate e inaplicabilidade do art. 60

Podem existir casos em que o empate não será superado mediante os critérios do art. 60 da Lei 14.133/2021.

(...)

Caberia a solução do sorteio, nas hipóteses em que exista a necessidade de identificar um vencedor.

40. A impossibilidade de utilização do sorteio como critério de desempate poderia levar a situações absurdas como as que foram aqui relatadas, em que até dezoito empresas permaneceram empatadas após a utilização de todos os critérios previstos na lei, só restando ao órgão a revogação do certame e seu refazimento, provavelmente obtendo o mesmo resultado no próximo certame,

tendo em vista que, em licitações para determinados serviços, como agenciamento de viagens, objeto desses certames, é comum o empate entre licitantes, que zeram suas taxas de administração e o sistema Compras.gov.br não permite taxas negativas.

41. Conclui-se, portanto, em respeito aos princípios da eficiência, da eficácia e da impessoalidade, pela possibilidade de utilização do sorteio como último critério de desempate, com a ressalva que, ao contrário do procedido nos certames aqui tratados, o edital preveja tal critério, para que não seja surpresa aos licitantes, tendo em vista ainda os princípios do julgamento objetivo, da vinculação ao edital e da segurança jurídica.

42. Nos casos concretos dos pregões aqui relatados, apesar da ausência de previsão nos editais do critério do sorteio, entende-se que a conduta dos pregoeiros, ao fim, visou o interesse público, evitando o fracasso e ulterior repetição do certame, que traria maiores custos ao erário e poderia causar a descontinuidade do serviço.

43. De acordo com o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lindb (Decreto-Lei 4.657/1942), nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão, sendo, ainda, que deve ser demonstrada a necessidade e a adequação da medida imposta, inclusive em face das possíveis alternativas. A outra alternativa elegível aos pregoeiros, conforme já exposto, seria a declaração de fracasso do certame, o que poderia onerar em demasia a Administração.

44. Ademais, ainda na esteira da Lindb, o seu art. 22 estabelece que, na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, e que a decisão sobre regularidade de conduta deverá considerar as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. Assim, constata-se, nos casos concretos aqui tratados, que a conduta dos agentes se encontrou condicionada pelo risco iminente do fracasso do certame, o que motivou a adoção de critério de desempate não previsto na legislação de regência dos certames nem no edital, porém previsto anteriormente na Lei 8.666/1993, e visualizado como única alternativa possível, naquele momento, para se chegar a um resultado satisfatório na licitação, qual seja, a declaração de um vencedor e posterior contratação do objeto.

45. Dessa forma, propõe-se apenas a ciência das Unidades Jurisdicionadas para que, nos próximos certames, só utilizem o sorteio como critério de desempate se houver previsão no edital, em nome dos princípios da vinculação ao edital, da impessoalidade e da segurança jurídica.

46. Feitas essas considerações, propõe-se indeferir o pedido de medida cautelar, uma vez que não há interesse público na suspensão das contratações, tendo em vista que não há diferença de valores entre as propostas dos licitantes.

47. Por fim, ressalta-se que cabe à Secretaria de Gestão e Inovação, vinculada ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, como órgão central do Sistema de Serviços Gerais – Sisg dos órgãos civis da Administração Federal direta, das autarquias federais e fundações públicas, orientar e expedir normas para disciplinar as contratações públicas, e à Advocacia-Geral da União a elaboração e disponibilização de minutas padronizadas de editais. Assim, entende-se pertinente encaminhar-lhes cópia da decisão que vier a ser adotada, bem como desta instrução, para que adotem as medidas que entenderem necessárias e adequadas em relação ao tema tratado nestes autos.

E. IMPACTO DOS ENCAMINHAMENTOS PROPOSTOS

| | |
|--|-----|
| Haverá impacto relevante na Unidade Jurisdicionada e/ou na sociedade, decorrente dos encaminhamentos propostos? | Não |
| F. PEDIDO DE INGRESSO AOS AUTOS, DE INFORMAÇÕES/VISTAS/CÓPIAS, E DE SUSTENTAÇÃO ORAL | |
| Há pedido de ingresso aos autos? | Não |
| Há pedido de <u>informações/vistas/cópia</u> do processo? | Não |
| Há pedido de <u>sustentação oral</u> ? | Não |
| G. PROCESSOS CONEXOS E APENSOS | |
| Há processos conexos noticiando possíveis irregularidades na contratação ora em análise? | Não |
| Há processos apensos? | Não |
| H. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO | |
| 48. Em virtude do exposto, propõe-se: | |
| 48.1. conhecer da representação , satisfeitos os requisitos de admissibilidade constantes no art. 170, § 4º, da Lei 14.133/2021, c/c o art. 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno/TCU, e no art. 103, § 1º, da Resolução - TCU 259/2014; | |
| 48.2. no mérito, considerar a presente representação parcialmente procedente ; | |
| 48.3. indeferir o pedido de concessão de medida cautelar formulado pelo representante, tendo em vista a inexistência dos elementos necessários para sua adoção; | |
| 48.4. dar ciência à Universidade Tecnológica Federal do Paraná (Uasg 153019), ao Grupamento de Apoio de Brasília/DF (Uasg 123006) e ao Grupamento de Apoio/RJ (Uasg 123039), com fundamento no art. 9º, inciso I, da Resolução - TCU 315/2020, sobre as seguintes impropriedades/falhas, identificadas nos Pregões 6/2023, 45/2023 e 90/2023, respectivamente, para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes: | |
| a) adotar critérios de desempate previstos no art. 60 da Lei 14.133/2021 que não estão ainda regulamentados no âmbito federal ou ao menos no edital, em atenção aos princípios da isonomia, da impessoalidade, do julgamento objetivo e da segurança jurídica; | |
| b) utilizar o sorteio como critério de desempate sem que haja previsão no edital, uma vez que, por não estar previsto expressamente no ordenamento jurídico, em especial na Lei 14.133/2021, não pode ser utilizado sem sua previsão no instrumento convocatório, em atenção aos princípios da vinculação ao edital, da impessoalidade e da segurança jurídica; | |
| 48.5. informar à Universidade Tecnológica Federal do Paraná (Uasg 153019), ao Grupamento de Apoio de Brasília/DF (Uasg 123006) e ao Grupamento de Apoio/RJ (Uasg 123039) e ao representante do acórdão que vier a ser proferido, destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos ; | |
| 48.6. encaminhar à Secretaria de Gestão e Inovação, vinculada ao Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, e à Advocacia-Geral da União cópia da decisão que vier a ser adotada, bem como desta instrução, para que adotem as medidas que entenderem necessárias e adequadas em relação ao tema tratado nestes autos; e | |



48.7. **arquivar** os presentes autos, nos termos art. 169, III, do Regimento Interno deste Tribunal.

AudContratações, 3^a Diretoria, em 13/12/2023.

(Assinatura Eletrônica)

Márcio Motta Lima da Cruz
AUFC Mat. 5668-5
