

ORIENTAÇÃO N.º 193/2023

LEI 14.133/21: TCE/SP SE POSICIONA SOBRE O USO DO CRITÉRIO DE DESEMPATE
“AVALIAÇÃO DE DESEMPENHO PRÉVIO”

Orientação

Os critérios de desempate são uma espécie de roteiro legal que visa solucionar o certame, que em seu andamento natural acaba se deparando com propostas empatadas. Ou seja, são os meios que a legislação prevê para que o Poder Público selecione o fornecedor, nos casos em que a disputa não é suficiente para indicar, na licitação, quem será o futuro contratado.

Na Nova Lei de Licitações

Pela inteligência do art. 17¹, da Lei Federal nº 14.133/2021, até mesmo combinado com o art. 29², depreende-se que o rito ordinário do Novo Regime Licitatório, aplicável ao Pregão e à Concorrência, prestigia a realização das etapas de propostas e julgamento anteriores à etapa de habilitação. Em similaridade ao rito já difundido anteriormente pelo Pregão da Lei Federal nº 10.520/02.

Os critérios de desempate estão previstos no art. 60, da Nova Lei de Licitações, sendo, em verdade, estabelecidos: critérios de desempate e critérios de preferência. Que devem ser observados na exata cronologia prevista em Lei:

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;

¹ Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I - preparatória;

II - de divulgação do edital de licitação;

III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV - de julgamento;

V - de habilitação;

VI - recursal;

VII - de homologação.

² Art. 29. 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.

Parágrafo único. 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](#).

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](#).

§ 2º As regras previstas no **caput** deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no [art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006](#).

[destacamos]

Ressalta-se, o critério previsto no inciso II, §1º, art. 60, da NLL, que envolve a avaliação do desempenho anterior do contratado. E esse critério, se relaciona com o instrumento auxiliar previsto no art. 78, V³, da mesma Lei, o Registro Cadastral. Registro Cadastral que quando melhor esclarecido pelo art. 88, parágrafos 3º e 4º,

Art. 88. Ao requerer, a qualquer tempo, inscrição no cadastro ou a sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para habilitação previstos nesta Lei.

[...]

§ 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 impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

Percebe-se que, alçado ao patamar de instrumento auxiliar, o registro cadastral se mostra ferramenta importante não apenas para fins de desempate, mas também como fonte de

³ Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:
[...]

V - registro cadastral.

atribuição de pontuações técnicas, nas licitações que adotam técnica e preços, conforme prevê o art. 67, inciso II⁴, ao tratar sobre os critérios de pontuação técnica.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE/SP

No **TC-012996.989.23-2**⁵, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, examinando Edital respaldado na Nova Lei de Licitações, apontou ser inviável a prática do critério de desempate previsto no art. 60, II, utilizando-se do Portal Nacional de Contratações Públicas, uma vez que o mesmo, atualmente, não conta com o registro cadastral. No caso, houve tentativa do Poder Licitante em estabelecer critérios objetivos para apurar a conduta pretérita dos interessados, na expectativa de que o inciso II fosse atendido. Acontece que, o Tribunal entendeu que a forma adotada para apurar o desempenho prévio dos licitantes, pontuando os períodos de execuções anteriores atestadas, não era suficiente, pois não revelava a qualidade desses serviços atestados, sendo critério quantitativo e subjetivo, que não atende, ainda que provisoriamente a finalidade do desempate elencado no inciso II, do art. 60. Cita-se:

TC-012996.989.23-2

Em julgado anterior, esta Casa considerou que no momento não é possível empregar em sua inteireza o inciso II do referido artigo 604 da nova Lei de Licitações, conforme decisão do Tribunal Pleno na Sessão de 17/05/2023, referente aos Processos TC-006679.989.236, TC-006709.989.23-0 e TC-006716.989.23-1, de minha relatoria. Naquela ocasião, entendeu-se que a Lei Federal n.º 14.133/2021 cataloga o registro cadastral unificado no Portal Nacional de Contratações Públicas no rol de instrumentos auxiliares das licitações (artigos 78, inciso V, e 875), prevendo a verificação do cumprimento das obrigações dos licitantes nos §§ 3º e 4º do artigo 88: [...]

Com efeito, **estando esse cadastro unificado ainda pendente de regulamentação, existe impedimento para sua utilização por parte do legislativo em questão.**

Isso porque o dispositivo em apreço menciona que a consulta a esses registros é preferencial, abrindo margem, em tese, para que se faça o desempate de outro modo, “a avaliação do desempenho prévio dos licitantes”.

No entanto, observa-se que, nos termos do transcrito § 3º do artigo 88, essa verificação da performance visa avaliar a atuação do contratado, no desenrolar das avenças, com base em indicadores objetivos e anotações de eventuais penalidades aplicadas.

⁴ Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do [§ 3º do art. 88 desta Lei](#);

⁵ Disponível em: https://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/924780.pdf . Acessado no dia 03 de outubro de 2023.

Assim, **não serve como critério análise baseada no maior número de atestados, pontuando-se cada mês de execução comprovado, o que beneficia, indevidamente, o candidato simplesmente detentor de maior quantidade de contratos atestados** pelos diferentes órgãos públicos e privados, independente se na execução de tais pactos tenham sido aplicadas sanções em desfavor das empresas por falhas no cumprimento de suas obrigações, **demonstrando a inadequação do critério estabelecido para preencher, ainda que provisoriamente, o conceito legal, a ensejar reavaliação pela Administração.**

[destacamos]

Para Joel de Menezes Niebuhr⁶, o critério de desempate baseado em avaliações de desempenho anterior [art. 60, II] está conectado com a implementação de cadastro de atesto [§4º, do art. 88], em razão da necessidade que:

“...o sistema de avaliação deve ser justo e homogêneo, dado que deve ser aplicado por diversos órgãos e entidades administrativas. É preciso que essa avaliação seja realizada em acordo com balizas objetivas, porque há um risco enorme de que as avaliações sejam subjetivas, calcadas em critérios impertinentes e não fundamentados. Isto faria empresas serem discriminadas, determinando-se o vencedor da licitação, de modo arbitrário, sem amparo em razão jurídica subsistente, o que violaria, caso ocorresse, o princípio da isonomia.”

Conclusão

Ante o exposto, S.M.J., o TCE/SP tem entendido que o critério de desempate previsto no inciso II, art. 60, da Nova Lei de Licitações, tem conexão necessária com a criação do registro cadastral unificado de fornecedores, ferramenta que integrará o PNCP e estabelecerá parâmetros uniformes e isonômicos para avaliação. Nesse sentido, na tentativa de suprir a ausência dessa ferramenta junto ao PNCP [cadastro unificado de fornecedores com avaliações pretéritas], alguns entes/órgãos/poderes acabam criando mecanismos em edital para apurar a qualidade de execuções anteriores dos licitantes, e sobre isso, o Tribunal entendeu que o tempo de execuções anteriores não é parâmetro qualitativo, capaz de atender, ainda que provisoriamente, ao comando do inciso II, do art. 60.

Adamantina/SP, 4 de outubro de 2023.

Leonardo Vieira de Souza

Consultor Responsável pela Elaboração

José Carlos Pacheco de Almeida

Responsável pela Revisão e Aprovação

⁶ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitações e contrato administrativo**. 5 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p 769