



RESPOSTA RESPOSTA À SOLICITAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO

Processo Administrativo: nº 00179.003786/2023-80

Pregão Eletrônico: nº 90001/2024

Objeto: Contratação de empresa para fornecimento de passagens aéreas nacionais, internacionais e seguro viagem, compreendendo os serviços de emissão, remarcação e cancelamento de passagem aérea nacional e internacional, e emissão de voucher do seguro viagem por meio de atendimento remoto (e-mail, telefone e/ou sistemas de busca na internet) para atender as demandas dos conselheiros, funcionários e convidados, otimizando o tempo de deslocamento para participação de atividades representando o Conselho de Arquitetura e Urbanismo de São Paulo - CAU/SP.

Assunto: Apreciação da impugnação ao Edital interposta pela empresa Voetur Turismo e Representações Ltda, doravante denominada IMPUGNANTE. Trata-se de Impugnação aos Termos do Edital, apresentada pela empresa em epígrafe, juntada ao presente processo licitatório.

I - DO HISTÓRICO

O edital de licitação foi divulgado em 06/03/2024, por meio de publicação em Diário Oficial da União, bem como no sítio do Conselho de Arquitetura e Urbanismo de São Paulo, e no Jornal Folha de São Paulo, na forma legal, com data de abertura da Sessão Pública prevista para o dia 22/03/2024, às 10 horas.

Em 19/03/2024, a empresa IMPUGNANTE apresentou impugnação ao Edital, encaminhada via correio eletrônico, na forma do item 13 do edital.

II - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Conforme disposto nos itens 13.1, 13.2 e 13.3 do edital, na forma da legislação pertinente, assim facultou, in verbis:

“13.1. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar este Edital por irregularidade na aplicação da Lei nº 14.133, de 2021, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data da abertura do certame.

13.2. A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será divulgado em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame.

13.3. A impugnação e o pedido de esclarecimento poderão ser realizados por forma eletrônica, por meio de envio de mensagem para o e-mail: licitacao@causp.org.br.

Logo, diante da expressa previsão legal do cabimento de Impugnação ao Edital no prazo de até 03 (três) dias úteis da data de abertura da sessão pública, a IMPUGNANTE se utiliza tempestivamente de tal prerrogativa.

III - DOS ARGUMENTOS DA IMPUGNANTE

Intenta a Impugnante averbar o instrumento impugnatório ao Edital em apreço, requerendo a alteração do Edital, conforme os temas relacionados abaixo:

- Os critérios de desempate previstos no artigo 60, e seus incisos da Lei nº 14.133/2021 e o previsto no item 6.21 do Edital.

IV - DA APRECIÇÃO DA IMPUGNAÇÃO

De pronto, é importante destacar que os atos praticados pela Administração em seus procedimentos licitatórios, obrigatoriamente, devem ser pautados pelos princípios presentes no art. 5º da Lei 14.133/2021. Nesse sentido, a elaboração do instrumento convocatório buscou atender aos princípios previstos na Lei.

Dada a tempestividade da impugnação, analisando as razões apresentadas pela impugnante, passa ao mérito.

Pela leitura dos termos convocatórios, pode-se concluir que o CAU/SP, buscou confeccionar um edital de maneira precisa, contemplando o interesse público, em conformidade e com os ditames legais, buscando a proposta mais vantajosa e preservando, portanto, o referido interesse público.

V - DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNANTE

“O dispositivo supramencionado no inciso II do artigo 60 da Lei nº 14.133/2021 não especifica qual registro cadastral deverá ser utilizado para fins de avaliação de desempenho.

Assim, é o entendimento do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos através da Nota Técnica SEI nº 32094/2023/MGI: (...)

5. Sendo o que cumpria relatar, passa-se à análise.

6. 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.

7. Nesse sentido, enquanto não for editado regulamento para o Sistema de Registro Cadastral Unificado, resta prejudicada a utilização do inciso II do art. 60 como critério de desempate, devendo ser observados os demais critérios do art. 60. Tendo em vista não haver o regulamento, resta prejudicada a elucidação das dúvidas 2 e 3.

8. Quanto ao regulamento, informa-se que o órgão responsável é esta

Secretaria de Gestão e Inovação do Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos.

9. Ressalta-se ainda que, conforme processo estabelecido nesta Diretoria, a interlocução e o diálogo com as partes interessadas, acerca dos normativos decorrentes da nova lei de licitações, em especial ao Registro Cadastral Unificado, seja de extrema importância para obtermos um regulamento mais adequado aos princípios que norteiam o processo licitatório.

Corroborando o entendimento a Advocacia Geral da União - NOTA n. 00033/2023/CGPE/SCGP/CGU/AGU:

(...) Dessa forma, concluímos no mesmo sentido da Secretaria de Gestão e Inovação, ou seja, "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. A esse respeito, inclui também os seguintes artigos jurídicos:

"Os indeterminados critérios de desempate na Lei nº 14.133/2021", por Guilherme Carvalho, doutor em Direito Administrativo, mestre em Direito e Políticas Públicas, ex- procurador do Estado do Amapá, em Consultor Jurídico. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2021-jul23/licitacoescontratosindeterminados-criterios-desempate-lei-14133>

"Lei 14.133/21: desempate pela "avaliação do desempenho contratual", por Laércio José Loureiro dos Santos, mestre em Direito pela PUC/SP, procurador municipal, em Consultor Jurídico. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2023-mai-12/laerciosantos-desempateavaliacao-desempenho-contratual>

"Anotações de desempenho na lei 14.133/21: hipóteses, características e forma de aplicação" por Guilherme F. Dias Reisdorfer, Doutorando e Mestre em Direito Administrativo - USP, em Migalhas. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/380652/anotacoesdedesempenho-na-lei-14-133-21-hipoteses-ecaracteristicas>

E ainda, o manual, Pregão Eletrônico pela Nova Lei de Licitações - Manual Operacional Visão Fornecedor, do Compras.gov.br, versão 1.1 de dezembro de 2022, disponível em:

https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/manuais/inno73-de-2022-manuais-do-criterio-menor-preco-oumaioresdesconto/Manual_Pregao_Eletronico_fornecedor_v1.1.pdf, que dispõe o seguinte:

Os critérios de desempate previstos nos incisos II e III do art. 60 da Lei n.º 14.133, de 2021, ainda serão regulamentados pelos órgãos competentes.

No entanto, o artigo 87, caput, estabelece que, "os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento e não no SICAF.

E, o artigo 88 esclarece que o registro cadastral levará em conta indicadores objetivamente definidos e auferidos:

"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. § 1º O inscrito, considerada sua área de atuação, será classificado por categorias, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômico-financeira avaliada, de acordo com regras objetivas divulgadas em sítio eletrônico oficial.

§ 2º Ao inscrito será fornecido certificado, renovável sempre que atualizar o registro.

§ 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 possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral".

Considerando que, o Superior Tribunal de Justiça, em 2022, citou em julgamento de mandado de segurança em licitação que não cabe ao agente público efetuar interpretação sem previsão expressa em lei, sobretudo quando resulta em restrição de direitos:

"ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONSTRUÇÃO DE CAMPUS UNIVERSITÁRIO. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PARTICIPAÇÃO EM CERTAME LICITATÓRIO. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA DE APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. VIABILIDADE FINANCEIRA DA EMPRESA. COMPROVAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

I - Na origem, trata-se de mandado de segurança impetrado por empresa que se sagrou vencedora em licitação para construção de outra etapa do campus da Universidade Federal de Cariri/CE, mas fora informada, posteriormente, que o referido contrato não seria assinado, em razão da impetrante encontrar-se em recuperação judicial.

II - Ordem concedida, decisão mantida pelo Tribunal Regional Federal a quo em grau recursal, sob o principal fundamento de não caber à Administração, em consonância com o princípio da legalidade, interpretar restritivamente quando assim a lei não dispuser.

III - Sem negar prima facie a participação de empresa em processo de licitação pela exigência e apresentação de Certidão Negativa de Débitos (CND), aplica-se à vontade expressa pelo legislador da Lei de Recuperação Judicial, viabilizando, de forma efetiva, à sociedade empresária a superação da crise econômico-financeira" (AgInt no REsp n. 1.841.307/AM, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/12/2020).

IV - Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem registrou a presença de

situação fática peculiar de que a empresa comprovou possuir capacidade econômico-financeira para honrar o contrato, concedendo a ordem pleiteada.

V - Recurso especial improvido. (REsp n. 1.826.299/CE, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 5/12/2022.) "

Considerando, o Princípio Fundamental dos OS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA:

"Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019) V - o pluralismo político". Considerando, O OBJETIVO FUNDAMENTAL de garantir o desenvolvimento nacional: "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

E, ainda, dentre os DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS, o princípio da reserva legal pela proibição de pena sem prévia cominação legal, o da exigência de lei para interdição de direitos, proibição de pena de caráter perpétuo, o direito do contraditório e da ampla defesa

"XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos; (...) XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; (...) V - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes";

Considerando, ainda a determinação expressa da obediência do PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, pela administração pública:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte":

Considerando que a Constituição Federal assegura a preservação da concorrência como PRINCÍPIO GERAL DA ATIVIDADE ECONÔMICA:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - Soberania nacional; II - Propriedade privada; III - Função social da propriedade; IV - Livre concorrência; (...)"

Sendo que, a ausência de simetria pode acarretar grave INSEGURANÇA JURÍDICA no âmbito das contratações públicas.

Diante da ausência de regulamentação sobre qual espécie de registro cadastral deverá ser utilizado para fins de desempate entre as propostas apresentadas, não poderá o agente público interpretar a lei e, ainda, optar pelo tipo de registro

cadastral que irá utilizar, resultando em discriminação entre empresas ou as colocando em situação de desigualdade.

Ainda sim, não se pode admitir critério de avaliação de fatos, dados ou informações ocorridas antes da entrada em vigência da Nova Lei de Licitações ou da regulamentação legal.

Enquanto não houver a regulamentação, os agentes públicos não poderão utilizar os critérios de desempate insculpidos no artigo 60, incisos II e III, da nova Lei de Licitações.

E o que essa impugnante está alegando, é o fato de que não existe até hoje o regramento para esses dois incisos do artigo da lei a ser aplicado.

Por isso, o assunto é mais sério que parece, porque haverá severos conflitos de interpretações entre licitantes, por exemplo, com defesa de teses para vários lados, no sentido de que tantas ou quantas advertências ou multas prevalecem ou não sobre uma suspensão de direito de licitar ou uma declaração de inidoneidade, além de se criar discussões obras sobre aplicação de regra de lei nova, a Lei n.º 14.133/21, sobre fatos passados, do regime da Lei n.º 8.666/93.

O direito de petição, do artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal, exige análise dos argumentos e motivação congruente, conforme os artigos 3º, inciso III, 50, § 1º, da Lei n.º 9.784/99 (Processo Administrativo Federal).

Com a máxima vênia, não há motivação expressa ou fundamento de fato e de direito.

Desse modo, há urgente necessidade de que o pregão seja suspenso e se encaminhe o feito a consultoria jurídica para ter um parecer que confira a linha de segurança jurídica (artigo 2º da Lei n.º 9.784/99) para se prosseguir no certame, até porque, do contrário, não se terá a isonomia do artigo 37 da Constituição federal e nem a igualdade de tratamento, do inciso XXI, do mesmo artigo constitucional, porque a definição de quem verse sobre quem ocorrerá subjetivamente, no momento do pregão e de modo pessoal e privilegiado, já que não existem regras prévias para a situação alertada.”

VI - DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer-se:

“...seja acolhida a impugnação para que o pregão seja suspenso e este processo seja encaminhado à consultoria jurídica para que se defina, com devida precisão como será o exato modo de aplicação quanto aos incisos II e III do artigo 60 da Lei n.º 14.133/21 em relação às mais variadas situações do uso do SICAF, bem como do desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho (SELO EMPRESA AMIGA DA MULHER – Lei n.º 14.682/2023, ainda não regulamentada) que vão surgir no pregão e que o item 6.21.1.2.1 do edital não resolve, até porque não há regulamentação ministerial para a matéria.”

VII - DO ENTENDIMENTO DO PREGOEIRO

Preliminarmente, conheço a impugnação por ser tempestiva e por ter obedecido a forma eletrônica de interposição, atendendo assim as disposições editalícias pertinentes.

Assim, passando ao mérito, considero as razões trazidas pela IMPUGNANTE a respeito da Nota Técnica SEI nº 32094/2023/MGI, do MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS, no sentido de que: **“enquanto não for editado regulamento para o Sistema de Registro Cadastral Unificado, resta prejudicada a utilização do inciso II do art. 60 como critério de desempate”**

Também, quanto ao entendimento da AGU no mesmo sentido:

NOTA nº 00033/2023/CGPE/SCGP/CGU/AGU:

(...) Dessa forma, concluímos no mesmo sentido da Secretaria de Gestão e Inovação, ou seja, "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.

Tomo por base o princípio da legalidade, que reza que todos os atos administrativos devem ser regidos pela lei, e o princípio da autotutela, que estabelece que a Administração Pública possui o poder de rever os próprios atos.

VIII - DA DESCISÃO

Ante as considerações apresentadas, analisando as razões da impugnante, na condição de pregoeiro, ancorada na justificativa apresentada e comprovado que as cláusulas do Edital e seus Anexos e, em consonância com a legislação aplicável, precisam ser adequadas para atenderem às necessidades do CAU/SP, nos termos da Lei Federal nº 14.133/2021, manifesto pelo conhecimento da impugnação, tendo em vista a sua tempestividade, para, no mérito, dar-lhe provimento e julgá-la **PROCEDENTE**, pela fundamentação que sustenta o pleito.

Desta forma opino, pela alteração do Edital 90001/2024 e sua republicação.

São Paulo, 21 de março de 2024

Nelson Andrade

Pregoeiro



Documento assinado eletronicamente por **NELSON ANDRADE, Analista Técnico(a) I**, em 22/03/2024, às 17:27, conforme Decreto Nº 10.543, de 13/11/2020, que regulamenta o art. 5º da Lei Nº 14.063, de 23 de setembro de 2020.





A autenticidade do documento pode ser conferida no portal do SEI CAU, endereço caubr.gov.br/seicau, utilizando o código CRC **57F28A4F** e informando o identificador **0192648**.

Rua Quinze de Novembro, 194 - Bairro Centro | CEP 01013-000 São Paulo/SP | Telefone: (11)3014-5900
www.causp.gov.br

00179.003786/2023-80

0192648v2