



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

PROCESSO PGE Nº: 2024.10.01.00006265

PROCESSO EXTERNO Nº: 019.5205.2024.0182890-16

ORIGEM: Secretaria da Saúde

INTERESSADO(A):

DESPACHO DE QUALIFICAÇÃO Nº PA-107-2024

Acolho, na íntegra, o minucioso Parecer nº PA-NLC-828-2024, da lavra da i. Procuradora Veronica Santos de Novaes Menezes, chancelado pelo Despacho nº PA-NLC-566-2024, subscrito pela i. Procuradora Assistente Mariana Tannus Freitas, que em resposta aos questionamentos formulados pela Secretaria da Saúde referente ao procedimento que deverá ser adotado nas situações de empate entre duas ou mais propostas, apresentou as orientações que devem ser seguidas pelo responsável pela licitação, de acordo com as novas regras fixadas na Lei Federal nº 14.133/2021.

Considerando a necessidade de uniformização da matéria, **confiro**, nos termos do art. 88, IV, alínea “r” do Regimento aprovado pelo Decreto estadual nº 11.738/2009 c/c art. 9º, I do Decreto estadual nº 11.737/2009, **caráter uniforme** ao Parecer nº PA-NLC-828-2024, ficando consolidados os seguintes enunciados:

1) Para fins do inc. I do caput do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, enquanto não disponibilizada no sistema eletrônico de processamento da licitação a funcionalidade que possibilite, “em ato contínuo à classificação”, a apresentação, por “licitantes empatados”, de “nova proposta”, o responsável pela licitação, por meio do chat de mensagens na plataforma do “Licitações-e”, comunicará a todos os licitantes, “com antecedência de 24 (vinte e quatro) horas”, (1) “a ocorrência de



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

empate” e (2) o horário, a partir do qual, serão computados 10 (dez) minutos para que os licitantes detentores das propostas empatadas enviem novas propostas por meio do correio eletrônico (e-mail) indicado no Preâmbulo do Edital, as quais serão juntadas aos autos do processo licitatório;

2) Para fins do inc. IV do caput do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, até que sejam editadas orientações dos órgãos de controle diversas dispondo sobre o desenvolvimento de programa de integridade, é possível, aplicar, nos termos do art. 73 da Lei estadual nº 14.634/2023, as regras definidas no Decreto federal nº 12.304, de 9 de dezembro de 2024, devendo o edital disciplinar a forma de comprovação do critério;

3) Caso, após a aplicação das regras do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, permanecer o empate entre duas ou mais propostas, é possível a realização de sorteio entre os licitantes, conforme disciplina definida em edital.

À Coordenação Executiva, para adoção das medidas cabíveis, inclusive para dar ciência à Exma. Procuradora Geral do Estado.

À SESAB, para ciência e adoção das providências pertinentes.

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA, 27 DE DEZEMBRO DE 2024

**Jamil Cabus Neto
Procurador Chefe**



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

PROCESSO PGE Nº: 2024.10.01.00006265

PROCESSO EXTERNO Nº: 019.5205.2024.0182890-16

ORIGEM: Secretaria da Saúde

INTERESSADO(A): 'Secretaria da Saude do Estado da Bahia'

DESPACHO Nº PA-NLC-566-2024

Estou integralmente de acordo com o Parecer n. PA-NLC-828-2024, no qual a i. Procuradora Verônica Novaes responde, com maestria, a consulta formulada derredor da hipótese de empate entre duas ou mais propostas em face do novo regramento jurídico de licitações e contratos administrativos (Lei federal n. 14.133/2021 e Lei estadual n. 14.634/2023).

Os enunciados propostos ao final do referido opinativo condensam as orientações ali traçadas, facilitando a uniformização da matéria, refletida também nas previsões editalícias (nova versão).



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

Diante da necessidade de atribuição de caráter uniforme ao presente Parecer, siga para a apreciação da i. Chefia, nos termos do art. 88, IV, alínea “r”, do Decreto estadual nº 11.738/2009¹ c/c art. 9º, I do Decreto estadual nº 11.737/2009².

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, 27 DE DEZEMBRO DE 2024

**Mariana Cavalcante Tannus Freitas
Procuradora Assistente**

¹ Art. 88 - Aos titulares dos cargos em comissão, além do desempenho das atividades concernentes aos sistemas estaduais, definidos em legislação própria, cabe o exercício das atribuições gerais e específicas a seguir enumeradas:

...

IV - Procurador Chefe:

...

r) conferir caráter uniforme, no âmbito de sua competência, a pareceres ou teses jurídicas que versem sobre questões de significativo interesse sistêmico ou das quais possam resultar prejuízos ao Erário, dando imediata ciência ao Procurador Geral;

² Art. 9º - Cabe ao Procurador Chefe, ao receber o procedimento na forma do artigo anterior:

I - atribuir caráter uniforme ao entendimento adotado por Núcleo de Procuradoria sob sua direção, para que seja observado pelos demais Núcleos e Representações tecnicamente vinculados à orientação de sua Procuradoria;



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

PROCESSO PGE Nº: 2024.10.01.00006265

PROCESSO EXTERNO Nº: 019.5205.2024.0182890-16

ORIGEM: Secretaria da Saúde

INTERESSADO(A): 'Secretaria da Saude do Estado da Bahia'

DESPACHO Nº PA-NSESAB-376-2024

Retornam os autos a este NSESAB, após manifestação da SAEB/CCL a respeito dos questionamentos apresentados pela SAFTEC, na Comunicação Interna (00100854653), que aborda aspectos operacionais relacionadas ao sistema utilizado pela Administração, e apresenta questionamentos tratando de empate (real e ficto) em certames conduzidos no âmbito da SESAB.

Considerando que a orientação buscada extrapola os certames da SESAB, possuindo, em verdade, **caráter sistêmico**, e conforme prévio alinhamento com a i. Colega, Dra. Mariana Tannus, **sigam os autos ao Núcleo Setorial de Licitações e Contratos – NLC**.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, 11 DE DEZEMBRO DE 2024

**Adriano Ferreira da Silva
Procurador Assistente**



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

PROCESSO PGE Nº: 2024.10.01.00006265

PROCESSO EXTERNO Nº: 019.5205.2024.0182890-16

ORIGEM: Secretaria da Saúde

INTERESSADO(A): 'Secretaria da Saude do Estado da Bahia'

PARECER Nº PA-NLC-828-2024

LICITAÇÃO. CONSULTA. Empate. Lei federal nº 14.133/2021, arts. 17, §2º, e 60. Lei nº 14.634/2023, arts. 2º, 22 e 73. Decreto nº 22.888/2024, arts. 2º e 34. Lei Complementar nº 123/2006. Considerações diversas. Respostas aos questionamentos formulados. Proposta de consolidação de entendimentos em forma de enunciados.

I – RELATÓRIO

Cuidam os autos de questionamento formulado pela Secretaria da Saúde (SESAB) em derredor do procedimento a ser adotado pelo responsável pela licitação diante de empate entre duas ou mais propostas.

As ponderações da Consulente no doc. 00100854653 podem ser assim resumidas:

a) *“o sítio eletrônico do Banco do Brasil vem apresentando inconstâncias, de modo que em determinados casos não é realizado de maneira automática o desempate real entre as empresas concorrentes”;*

b) a alternativa que se apresenta com a utilização do critério previsto no inc. I do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021 *“só se faz possível através do chat de mensagens da referida plataforma”*, o que exige do responsável pela licitação a designação de *“dia e horário para que de modo aberto as interessadas possam ofertar lance único e final com a redução do valor inicialmente proposto”;*

c) *“sendo uma oferta aberta, ao nosso ver pode vir a acarretar uma*



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

desigualdade de condições às empatadas. Isto porque, a empresa que ofertar o seu lance primeiro poderá se encontrar em desvantagem em relação à concorrente que ainda não apresentou seu lance”;

d) na hipótese de empate envolvendo microempresas, empresas de pequeno porte e empresa assim não qualificada, há dúvida quanto à utilização do *chat* de mensagens para colheita da oferta de “*novo lance aberto [...] (vez que se trata de empate real, e não ficto) ou conceder um tratamento diferenciado às EPP’s propiciando a elas meramente a possibilidade de um lance final [...]*”;

e) “[h]á casos ainda em que nenhuma licitante se mostra interessada em apresentar nova proposta. Em situações como esta, caberia ao pregoeiro aplicar o quanto previsto nos demais incisos do já citado art. 60”;

f) segundo a ordem definida pelo citado art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, há “*incontáveis questionamentos que surgem sobre como proceder [...] [à] avaliação de desempenho contratual das participantes*” de que trata o inc. II desse artigo;

g) no que se refere ao inc. III, alusivo ao desenvolvimento, pelo licitante, de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, “*questiona-se, de que maneira seria possível a avaliação das ações de desenvolvimento utilizadas pelas empresas licitantes? Seria adequada a mera declaração de satisfação de tal requisito?*”

h) defende, por fim, o “*emprego do sorteio público através de regulamentação no instrumento convocatório*”, malgrado a ausência de disciplina legal sobre o assunto.

No cenário acima descrito, foram formulados os seguintes questionamentos:

1. Diante das inconstâncias na plataforma do Banco do Brasil, alheias à nossa competência, e considerando a impossibilidade sistêmica da realização de lances fechados, agendar dia e horário para fins de apresentação de novo lance aberto e final entre as empatadas através do *chat* de mensagens não configuraria desvantagem a empresa que ofertar o lance num primeiro momento?
2. Em havendo empate real entre ‘Outras Empresas’ e Empresas de Pequeno Porte ou Microempresas, considerar-se-á a natureza do empate real ao possibilitar igualmente a todas as concorrentes empatadas (independentemente da sua natureza jurídica) o direito de apresentação de novo lance final e aberto?
3. Não havendo êxito durante a tratativa da negociação da redução dos valores apresentados pelas empresas empatadas, e diante da ausência de critérios objetivos, de que maneira poderão ser aplicados os parâmetros constantes no art. 60 da Lei nº 14.133/2021?
4. Frente ao silêncio da norma, poderia o edital regulamentar o sorteio para fins de desempate?



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Instada a se manifestar, a Secretaria da Administração (SAEB), por meio da Coordenação Central de Licitação (SAEB/CCL), afirmou (doc. 00101751855):

i) “*mesmo sob a égide da Lei 9.433/2005, o horário de divulgação das propostas e lances disponibilizado pelo sistema não deveria ser utilizado como critério de desempate entre licitantes. Quando ocorria o empate entre os licitantes, mesmo no pregão eletrônico, deveria ser procedido o sorteio para desempate, nos termos do art. 92 da Lei Estadual nº 9.433/2005. Conforme PARECER PGE-PA-NLC-MCA138/2017, o rito para esse desempate no pregão eletrônico se dava através da designação de sessão presencial para o sorteio*”;

ii) “*o inciso I do art. 60 determina a possibilidade de desempate mediante apresentação de nova proposta pelos licitantes empatados sem, entretanto, exigir que tal proposta seja feita no sistema. [...], o edital elaborado e disponibilizado pela PGE não definiu o rito para a apresentação de tal proposta, o que, no nosso entender traz margem de discricionariedade ao agente de contratação / pregoeiro*”;

iii) “*de fato, a inserção do valor do lance no chat pelos licitantes pode ferir o princípio da isonomia e do sigilo que envolve as propostas/lances fechados [...] a solução ventilada por esta CCL é [...]: o agente de contratação/pregoeiro, com antecedência de 24 (vinte e quatro) horas, informará no chat a ocorrência do empate e solicitará que os licitantes empatados enviem, num prazo de até 10 (dez) minutos a contar do horário previamente definido pelo agente de contratação/pregoeiro, a nova proposta por e-mail, o qual deverá ser anexado ao sistema de disputa*”;

iv) “*no que se refere ao inciso III do art. 60 [...] já houve regulamentação estadual [...] Decreto Estadual nº 22.665/2024, o qual, em seu art. 4º, define a ordem de políticas promovidas pelos licitantes para fins de desempate. As regras para aferição desse desempate estão definidas nos parágrafos 1º e 2º do referido artigo e, no § 3º, restou definido que ‘a comprovação do desenvolvimento de ações de equidade deverá ser feita de forma documental, nos termos do edital convocatório’. Desse modo, o edital deverá regulamentar tal procedimento*”;

v) na “*situação fática apresentada pela SESAB, verifica-se que o sistema LICITACOES-E viabilizou a realização de desempate para as EPP’s: DX e DEXTERLIMP, em virtude da situação do empate ficto com a empresa NASA. Entretanto, as referidas EPP’s não exerceram o seu direito*”;

vi) “**em resposta ao questionamento 2 da SESAB**, na eventual desclassificação da empresa NASA, esta CCL entende que, inicialmente, deverá ser realizada sessão presencial para definição da ordem de classificação e identificação do novo arrematante, a fim de que seja identificada qual das duas EPP’s poderá exercer o



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

direito de preferência em primeiro lugar, caso a empresa ULTRA MEDICAL seja sorteada como primeira classificada” (destaques originais).

vii) “[s]obre a possibilidade de realização de sessão pública para sorteio nessa hipótese, esta CCL já havia questionado a PGE, que assim se manifestou no PARECER Nº PA-NLC-610-2024: [...] não sendo possível a realização do sorteio, preferencialmente, de forma eletrônica no próprio sistema utilizado para o processamento das licitações, seja ele realizado presencialmente, desde que ‘comprovada a inviabilidade técnica ou a desvantagem para a Administração na realização da forma eletrônica’. Em tais casos, ‘a sessão pública deverá ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo, devendo a gravação ser juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento, na forma dos §§ 2º e 5º do art. 17 da Lei Federal nº 14.133, de 01 de abril de 2021”.

Ainda no âmbito da SAEB, a Superintendência de Recursos Logísticos (SAEB/SRL), quanto à avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes referido no inc. II do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, sustentou:

a) o Decreto nº 23.059/2024 previu o “*Cadastro de Atesto de Cumprimento de Obrigações*”, exigindo, em seu art. 7º, que a avaliação em comento seja baseada em indicadores objetivamente definidos e aferidos, conforme Instrução da SAEB (art. 17);

b) uma vez que a Lei federal nº 14.133/2021 “*exigiu a regulamentação de diversas matérias, os normativos estão sendo elaborados em conjunto com a PGE por ordem de prioridades e, no que tange a matéria citada, será regulamentada e publicada oportunamente*”.

É o que basta relatar.

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 - ASPECTOS PRELIMINARES

O presente opinativo está alicerçado no artigo 140 da Constituição do Estado da Bahia e no art. 2º, inc. I da Lei Complementar estadual nº 34, de 2009 (Lei Orgânica da PGE), materializando manifestação sob o enfoque exclusivamente jurídico.

No exercício dessa atividade não compete ao Órgão Jurídico adentrar na conveniência e oportunidade dos atos praticados pelos gestores públicos e respectivas



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

escolhas¹, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnico-administrativa, econômica e orçamentária.

O pronunciamento em apreço não possui caráter vinculativo, sendo atribuição da autoridade assessorada avaliar a real dimensão de risco e a necessidade de se adotar, ou não, a(s) precaução(ões) e recomendação (ões) apresentadas, de modo que o seguimento do processo sem a observância dos apontamentos promovidos será de responsabilidade exclusiva da Administração².

II.2 – MÉRITO

II.2.1 – Premissas para o caso concreto

A atual disciplina de licitações e contratos administrativos é dada pela Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021³, incorporada no Estado da Bahia nos termos definidos no art. 2º da Lei nº 14.634, de 28 de novembro de 2023.

De acordo com a Lei federal nº 14.133/2021, quando ocorrer empate entre duas ou mais propostas, devem ser utilizados os critérios de desempate elencados nos incs. I a IV do *caput* do art. 60, na ordem em que apresentados, e, persistindo o empate, parte-se para a ordem sucessiva de preferência discriminada no seu §1º.

Nos termos do §2º do mesmo art. 60, as regras para desempate previstas no *caput* não prejudicarão a aplicação do art. 44 da Lei Complementar nº 123/2006 (LC nº 123/2006⁴), que possui a seguinte redação:

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.

§2º Na modalidade de pregão, o intervalo percentual estabelecido no §1º deste artigo será de até 5% (cinco por cento) superior ao melhor preço.

¹ “[...] pretende-se caracterizar a discricionariedade, essencialmente, como um [...] um campo não de escolha puramente subjetivas, mas de fundamentação dos atos e políticas públicas adotados, dentro dos parâmetros jurídicos estabelecidos pela Constituição e pela lei.” (BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp., 25 e 39).

² Vide art. 10 da Lei federal nº 14.133, de 2021.

³ Regulamentação do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal.

⁴ Estatuto Nacional da Microempresa (ME) e da Empresa de Pequeno Porte (EPP)



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

O processamento das regras do artigo acima transcrito, na hipótese de ocorrência de empate, está disciplinado no art. 45 seguinte:

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

I - a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado;

II - não ocorrendo a contratação da microempresa ou empresa de pequeno porte, na forma do inciso I do caput deste artigo, serão convocadas as remanescentes que porventura se enquadrem na hipótese dos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, na ordem classificatória, para o exercício do mesmo direito;

III - no caso de equivalência dos valores apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrem nos intervalos estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 44 desta Lei Complementar, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta.

§1º Na hipótese da não-contratação nos termos previstos no caput deste artigo, o objeto licitado será adjudicado em favor da proposta originalmente vencedora do certame.

§2º O disposto neste artigo somente se aplicará quando a melhor oferta inicial não tiver sido apresentada por microempresa ou empresa de pequeno porte.

§3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Tratando-se de norma especial, a regra de desempate da LC nº 123/2006 deverá ser observada antes das demais regras do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021.

Deste modo, o procedimento a ser adotado pode ser assim descrito:

Empate ficto⁵

a) nas licitações de ampla participação, caso existam propostas apresentadas por ME ou EPP cujos valores, relativamente à proposta mais bem classificada, sejam iguais ou se encontrarem no intervalo percentual de até 5% (cinco

⁵ O empate ficto, nos termos da LC nº 123/2006, ocorre quando as propostas apresentadas pelas ME ou EPP forem iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada, intervalo esse que, na modalidade **pregão**, corresponde a 5%, hipótese em que é assegurada à ME ou EPP a possibilidade de apresentar uma proposta mais vantajosa, conforme o critério de julgamento adotado, para fins de desempate (vide por todos, <https://ronnycharles.com.br/concorrencia-e-pregao-da-lei-no-14-133-2021-uma-questao-de-homonimia/>; <https://www1.tce.pr.gov.br/noticias/licitacoes-devem-respeitar-preferencia-a-pequenas-empresas-em-caso-de-empate/10156/N>; <https://falecom.portaldecompraspublicas.com.br/hc/pt-br/articles/4531479119642-O-que-%C3%A9-o-direito-de-prefer%C3%A2ncia-apelidado-como-empate-ficto>)



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

por cento) — tratando-se de pregão eletrônico, ou de até 10% (dez por cento), tratando-se de concorrência eletrônica —, a ME ou EPP mais bem classificada, terá o direito de encaminhar uma última oferta para desempate, obrigatoriamente em valor inferior ou em percentual de desconto superior ao da primeira colocada, conforme o critério de julgamento adotado (art. 44 c/c inc. I do art. 45 da LC nº 123/2006);

b) caso a ME ou EPP melhor classificada desista ou não se manifeste no prazo estabelecido (pelo sistema eletrônico ou pelo agente de contratação, conforme o caso), serão convocadas as demais licitantes beneficiárias do tratamento diferenciado de que trata a LC nº 123/2006, que se encontrem no intervalo acima apontado para o exercício do mesmo direito (art. 44 c/c inc. II do art. 45 da LC nº 123/2006);

c) havendo equivalência dos valores ou dos percentuais de descontos apresentados pelas ME ou EPP, conforme o critério de julgamento adotado, que se encontrem nos intervalos percentuais antes mencionados, será realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar melhor oferta (art. 44 c/c inc. III do art. 45 da LC nº 123/2006);

d) o sorteio será realizado em ato público, para o qual os licitantes serão convocados, lavrando-se ata específica”.

Empate real

Não sendo a hipótese de aplicação do art. 44 da LC nº 123/2006, ou o sendo, a ME ou EPP desistiu ou não se manifestou quando lhe foi oportunizado o direito de encaminhar uma última oferta para desempate⁶, deverão ser utilizados os critérios de desempate presentes nos incs. I a IV do caput do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021.

Sobre o **primeiro critério** — *“disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação”* (inc. I do caput do art. 60) —, tratando-se de licitação a ser realizada sob a forma eletrônica (preferência legal, segundo o §2º do art. 17 da Lei federal nº 14.133/2021 e art. 2º do Decreto nº 22.888, de 26 de junho de 2024), é razoável presumir que a apresentação de “nova proposta” será feita por meio do sistema eletrônico, razão pela qual desnecessária a definição, em edital, de *“rito para a apresentação de tal proposta”*.

⁶ “A preferência é uma ficção que assegura à ME/EPP uma chance a mais em relação às demais empresas do mercado e não um critério que suplantaria a necessidade de oferta efetivamente vantajosa para a administração pública.”, à vista, inclusive, do inc. III do art. 49 da LC nº 123/2006 (Licitações: o empate ficto da ME/EPP difere do empate real – Disponível em <https://www.conjur.com.br/2023-fev-06/laercio-loureiro-empate-ficto-meepp-difere-empate-real/>)



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Nesse sentido, a Administração deverá adotar as medidas necessárias para que o sistema eletrônico utilizado para processamento das licitações (“*Licitações-e*”) seja parametrizado para permitir que todos os atos do procedimento sejam feitos por meio dessa plataforma.

Esse é, a propósito, o entendimento do Plenário do Tribunal de Contas da União (TCU) externado no Acórdão nº 489/2024⁷:

1.7.1. deficiência na publicização dos atos relativos à análise de propostas e ao processo de habilitação dos licitantes, acarretada pela adoção de meios, como somente a verificação da documentação no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), e submissão de documentos via correio eletrônico, em detrimento da utilização integral da plataforma Compras.gov.br ou informação aos demais licitantes da utilização de outras ferramentas, o que comprometeu a transparência perante os demais competidores, uma vez que não foi concedido aos demais licitantes acesso às informações contidas no SICAF acerca do licitante com a melhor proposta no certame, desatendendo ao estabelecido no art. 165, I, da Lei 14.133/2021 e no art. 39, § 5º, da IN - Seges/ME 73/2022, e contrariando a jurisprudência desta Corte, em particular o Acórdão 69/2012-TCU-Plenário, que sublinha a imperatividade da garantia de completa publicidade e do acesso sem restrições aos documentos de habilitação por todos os participantes, em consonância com os princípios de igualdade, competitividade e eficácia que norteiam as licitações públicas;

Enquanto não disponibilizada essa funcionalidade no sistema eletrônico, é possível lançar mão da solução apresentada pela SAEB no doc. 00101751855.

Sendo assim, o responsável pela licitação, por meio do *chat* de mensagens na plataforma do “*Licitações-e*”, comunicará a todos os licitantes, “*com antecedência de 24 (vinte e quatro) horas*”, (1) “*a ocorrência de empate*” e (2) o horário, a partir do qual, serão computados 10 (dez) minutos para que os licitantes detentores das propostas empatadas enviem novas propostas por meio do correio eletrônico (*e-mail*) indicado no Preâmbulo do Edital, nos termos do inc. I do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, as quais serão juntadas aos autos do processo licitatório.

As providências citadas assegurarão a observância dos princípios elencados no art. 5º da Lei federal nº 14.133/2021, dentre os quais os da igualdade, impessoalidade, eficiência, eficácia e competitividade.

O **segundo critério** de desempate — “*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*

⁷ TCU, sendo relator o Ministro Aroldo Cedraz. Data da sessão: 20/03/2024.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Lei” (inc. II do *caput* do art. 60) — deve ser examinado em conjunto com os §§3º e 4º do art. 88 da Lei federal nº 14.133/2021, integrantes da disciplina legal do registro cadastral.

Eis o teor dos dispositivos citados:

Art. 88
§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.

O tema foi regulamentado pelo Decreto nº 23.059, de 9 de setembro de 2024, que delegou à Instrução da SAEB a definição dos indicadores objetivos que embasarão a anotação do desempenho do contratado na execução do pacto celebrado (vide art. 17 c/c inc. V do art. 2º e art. 7º).

A aplicabilidade do critério em questão depende, portanto, da edição da mencionada “*Instrução*”, como registrado pela SAEB no doc. 00102215557.

Sobre o **terceiro critério** — “*desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento*” (inc. III do *caput* do art. 60) —, o Decreto nº 22.665, de 21 de março de 2024, cuidou da sua regulamentação, indicando:

(i) as ações desenvolvidas pelos licitantes que serão consideradas como de equidade (parágrafo único do art. 3º);

(ii) a ordem a ser observada no exame das políticas promovidas pelo licitante (incs. I a VI do art. 4º);

(iii) a forma de aferição do vencedor nesse critério — “*o licitante que apresentar o maior número de ações de equidade em desenvolvimento no momento da apresentação da proposta*” (§1º do art. 4º);

(iv) a preferência, caso haja empate nas ações de equidade (§2º do art. 4º);

(v) a forma de comprovação do desenvolvimento de ações de equidade — “*forma documental, nos termos do edital convocatório*” (§3º do art. 4º).



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

A disciplina a ser adotada para a avaliação do desenvolvimento das ações de equidade em pauta está, portanto, delineada no citado Decreto estadual.

Entendo que o edital deverá conter subitem específico orientando a comprovação do desenvolvimento de ações de equidade, cujo conteúdo será especificado adiante juntamente com a redação sugerida para comprovação do último critério de desempate do *caput* do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021.

No que concerne ao **quarto critério** de desempate — “*desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle*” (inc. IV do *caput* do art. 60) —, uma vez inexistentes, até o presente momento, as “*orientações*” dos órgãos de controle, é possível, nos termos do art. 73 da Lei nº 14.634/2023⁸, a utilização do Decreto federal nº 12.304, de 9 de dezembro de 2024.

Segundo a mencionada norma, **(a)** a obrigatoriedade de implantação do programa alcança o licitante que, com o propósito de desempate, “*apresentar declaração*” de possuí-lo (inc. II do art. 4º e *caput* do art. 6º); **(b)** na hipótese de mais de um licitante declarar que o desenvolve, será aplicado o disposto no §1º do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021 (§2º do art. 6º); e **(c)** a apresentação de declaração falsa enseja a responsabilização administrativa (inc. VI do art. 17).

Calha destacar que a minuta de decreto do processo SEI 013.1316.2023.0029133-50 regulamenta o §4º do art. 25 da Lei federal nº 14.133/2021 (obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor em obras, serviços e fornecimento de grande vulto), aludindo à aplicabilidade das suas disposições, no que couber, à situação indicada no inc. IV do art. 60 da mencionada Lei federal.

Propõe-se, como já anunciado, a inclusão no modelo de edital de disciplina para a comprovação desse critério e do critério referente ao desenvolvimento de ações de equidade, cujo conteúdo já integra a versão em elaboração desse modelo (“*versão 3*”):

A comprovação do desenvolvimento de ações de equidade e de programa de integridade a que se referem a alínea “c” e “d” deste subitem será feita de forma documental, mediante diligência do responsável pela licitação.

Na hipótese de mais de um licitante declarar que desenvolve programa de integridade, será aplicado o disposto no §1º do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021.

⁸ **Art. 73** – Fica facultada a aplicação dos regulamentos editados pela União, enquanto não forem expedidos, pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, os regulamentos necessários à execução da Lei Federal nº 14.133, de 01 de abril de 2021.



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Critérios de preferência

Caso, após ultrapassados os critérios enumerados nos incs. I a IV do caput do art. 60, persista o empate, deve ser observada a **regra do §1º do mesmo art. 60**.

Sorteio

Permanecendo o empate, deverá ser realizado **sorteio** entre os licitantes.

O sorteio não está disciplinado na Lei federal nº 14.133/2021, o que, todavia, não impede a sua utilização, desde que previsto no edital, instrumento definidor das diretrizes do procedimento da licitação.

É esse, inclusive, o entendimento externado pelo Plenário do TCU no Acórdão nº 723/2024⁹:

Os Ministros do Tribunal de Contas da União ACORDAM, por unanimidade, com fundamento no art. 170, § 4º, da Lei 14.133/2021, c/c os art. 17, inciso IV, 143, inciso III, 235, 237, inciso VII e parágrafo único, do Regimento Interno do TCU e de acordo com os pareceres emitidos nos autos, em:

[...]

c) dar ciência à [...], para que sejam adotadas medidas internas com vistas à prevenção de outras ocorrências semelhantes:

c.1) utilização do 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;

Além disso, o §2º do art. 28 da Instrução Normativa SEGES/ME nº 73/2022, com a redação dada pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 79, de 12 de setembro de 2024, estabelece que “*permanecendo empate após aplicação de todos os critérios de desempate de que trata o caput*”, que determina a utilização, em caso de empate dentre duas ou mais propostas, dos critérios de desempate previstos no art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, “*proceder-se-á a sorteio das propostas empatadas a ser realizado em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo*”, cuja utilização está autorizada a forma do art. 73 da Lei nº 14.634/2023.

⁹ TCU, sendo relator o Ministro Vital do Rêgo. Data da sessão: 17/04/2024



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Caberá ao edital, portanto, disciplinar o tema.

A nova versão do modelo de edital (em elaboração) já indica as providências que devem ser adotadas, caso, por razões de ordem operacional, o sorteio não possa ser realizado por meio do sistema eletrônico. Até que seja disponibilizada essa nova versão, propõe-se a inclusão, no item 14 (modelo atual de edital para contratação delegada) e 17 (modelo atual de edital para sistema de registro de preços), ambos “*versão 2*”, da seguinte redação:

xx.13 A realização de sorteio, nas hipóteses previstas neste Edital, será realizada em ato público, para o qual os licitantes serão convocados, e do qual será lavrada ata específica.

xx.13.1 Não sendo possível, por razões de ordem operacional, a realização do sorteio por meio do sistema eletrônico, deverá ser designada a realização de ato público presencial, assegurado o acompanhamento e a manifestação por videoconferência ou outro meio idôneo.

xx.13.1.1 Na hipótese do subitem xx.13.1, o responsável pela licitação deverá juntar aos autos do processo licitatório no Sistema Eletrônico de Informações – SEI a gravação da sessão pública em áudio e vídeo, nos termos dos §§2º e 5º do art. 17 da Lei Federal nº 14.133/2021.

xx.13.1.2 O link da gravação, para fins de disponibilização aos interessados, constará de despacho do responsável pela licitação.

II.2.3 – Questionamentos

Definidas as premissas para o exame do caso concreto, passa-se à resposta individualizada aos questionamentos formulados pela SESAB.

Pergunta:

“1. Diante das inconstâncias na plataforma do Banco do Brasil, alheias à nossa competência, e considerando a impossibilidade sistêmica da realização de lances fechados, agendar dia e horário para fins de apresentação de novo lance aberto e final entre as empatadas através do chat de mensagens não configuraria desvantagem a empresa que ofertar o lance num primeiro momento?”

Resposta: sim. Enquanto não disponibilizada no sistema eletrônico de processamento da licitação a funcionalidade que possibilite, “*em ato contínuo à classificação*”, a apresentação, por “*licitantes empatados*”, de “*nova proposta*”, nos termos do inc. I do *caput* do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, o responsável pela licitação, por meio do *chat* de mensagens na plataforma do “*Licitações-e*”, comunicará a todos os licitantes, “*com antecedência de 24 (vinte e quatro) horas*”, (1) “*a ocorrência de empate*” e (2) o horário, a partir do qual, serão computados 10 (dez) minutos para que



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

os licitantes detentores das propostas empatadas enviem novas propostas por meio do correio eletrônico (*e-mail*) indicado no Preâmbulo do Edital, nos termos do inc. I do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, as quais serão juntadas aos autos do processo licitatório.

Pergunta:

“2. Em havendo empate real entre “Outras Empresas” e Empresas de Pequeno Porte ou Microempresas, considerar-se-á a natureza do empate real ao possibilitar igualmente a todas as concorrentes empatadas (independentemente da sua natureza jurídica) o direito de apresentação de novo lance final e aberto?”

Resposta: caso existam propostas apresentadas por ME ou EPP cujos valores, relativamente à proposta mais bem classificada, sejam iguais [ou se encontrarem no intervalo percentual de até 5% (cinco por cento) — tratando-se de pregão eletrônico, ou de até 10% (dez por cento), tratando-se de concorrência eletrônica —], a ME ou EPP mais bem classificada, terá o direito de encaminhar uma última oferta para desempate, obrigatoriamente em valor inferior ou em percentual de desconto superior ao da primeira colocada, conforme o critério de julgamento adotado (art. 44 c/c inc. I do art. 45 da LC nº 123/2006).

Observada a regra acima, caso a ME ou EPP não manifeste interesse em encaminhar uma última oferta e o valor da sua proposta seja numericamente igual ao da proposta apresentada por “*Outras Empresas*” (empresas não enquadradas como ME ou EPP), o desempate se dará mediante a aplicação dos critérios presentes nos incs. I a IV do caput do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, seguido, se for o caso, da regra do §1º do mesmo art. 60, que, acaso ineficaz, ensejará a realização de sorteio, conforme previsão editalícia.

Pergunta:

“3. Não havendo êxito durante a tratativa da negociação da redução dos valores apresentados pelas empresas empatadas, e diante da ausência de critérios objetivos, de que maneira poderão ser aplicados os parâmetros constantes no art. 60 da Lei nº 14.133/2021?”

Resposta: para fins de desempate, a aplicabilidade do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021 observa a seguinte ordem:

a) havendo participação de ME ou EPP, a regra de desempate da LC nº 123/2006 deverá ser observada antes das demais regras do art. 60 (§2º do art. 60);



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

b) não sendo a hipótese de aplicação do art. 44 da LC nº 123/2006 ou, em sendo, não tenho havido desempate e permanecendo propostas de mesmo valor numérico, deverão ser utilizados os critérios de desempate presentes nos incs. I a IV do caput do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, para cuja aplicação devem ser consideradas as seguintes orientações:

i) primeiro critério (inc. I): realização no ambiente da plataforma eletrônica de processamento da licitação e, na hipótese de a funcionalidade não estar disponível, deve-se adotar a recomendação materializada na resposta ao questionamento “I”;

ii) segundo critério (inc. II): depende da edição de “Instrução” pela SAEB, como prescrito no art. 17 do Decreto nº 23.059/2024;

iii) terceiro critério (inc. III): respeitar a regulamentação do tema materializada no Decreto nº 22.665/2024;

iv) quarto critério (inc. III): seguir a regulamentação do tema constante do Decreto federal nº 12.304/2024 (c/c art. 73 da Lei nº 14.634/2023).

Para atender aos subitens *iii)* e *iv)* acima, sugere-se a inclusão no modelo atual de edital (“versão 2”) dos subitens 6.21.2 e 6.21.3 com a redação apresentada no item “II.2.1 – Premissas para o caso concreto” deste Parecer;

c) se persistir o empate, deverá ser observada a regra do §1º do mesmo art. 60 (preferência).

Pergunta:

“4. Frente ao silêncio da norma, poderia o edital regulamentar o sorteio para fins de desempate?”

Resposta: sim, é possível o edital prever o “sorteio para fins de desempate”.

No particular, o modelo atual de edital (“versão 2”) já disciplina o tema nos subitens 6.20.5, 6.20.5.1, 6.21 e 6.21.3. Sem embargo, sugere-se a inclusão nesse mesmo modelo dos subitens xx.13, xx.13.1, xx.13.1.1 e xx.13.1.2, com a redação sugerida no item “II.2.1 – Premissas para o caso concreto” deste Parecer.

III – CONCLUSÃO



**ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO**

Diante do exposto, respondidos, no item “**II.2.3 – Questionamentos**” deste Opinitivo, as perguntas formuladas pela SESAB no doc. 00100854653, propõe-se, outrossim, a consolidação dos entendimentos a seguir elencados em forma de enunciados:

1) para fins do inc. I do caput do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, enquanto não disponibilizada no sistema eletrônico de processamento da licitação a funcionalidade que possibilite, “*em ato contínuo à classificação*”, a apresentação, por “*licitantes empatados*”, de “*nova proposta*”, o responsável pela licitação, por meio do *chat* de mensagens na plataforma do “*Licitações-e*”, comunicará a todos os licitantes, “*com antecedência de 24 (vinte e quatro) horas*”, (1) “*a ocorrência de empate*” e (2) o horário, a partir do qual, serão computados 10 (dez) minutos para que os licitantes detentores das propostas empatadas enviem novas propostas por meio do correio eletrônico (*e-mail*) indicado no Preâmbulo do Edital, as quais serão juntadas aos autos do processo licitatório;

2) para fins do inc. IV do caput do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, até que sejam editadas orientações dos órgãos de controle diversas dispondo sobre o desenvolvimento de programa de integridade, é possível, aplicar, nos termos do art. 73 da Lei estadual nº 14.634/2023, as regras definidas no Decreto federal nº 12.304, de 9 de dezembro de 2024, devendo o edital disciplinar a forma de comprovação do critério;

3) caso, após a aplicação das regras do art. 60 da Lei federal nº 14.133/2021, permanecer o empate entre duas ou mais propostas, é possível a realização de sorteio entre os licitantes, conforme disciplina definida em edital.

Com essas considerações, sigam os autos à i. Procuradora Assistente do Núcleo de Licitações e Contratos para as providências pertinentes, com sugestão, relativamente aos enunciados acima, de submissão à Chefia da Procuradoria Administrativa para avaliação da possibilidade de atribuição de caráter uniforme.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, 26 DE DEZEMBRO DE 2024

**Veronica Santos de Novaes Menezes
Procuradora do Estado**



ESTADO DA BAHIA
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO