

Licitação. Possibilidade de um licitante sagrar-se vencedor de mais de um lote.

Por Nyura Disconzi da Silva¹

Compete ao Sistema S, diante de objetos divisíveis, distintos, complexos ou compostos de parcelas de natureza diversas avaliar, frente à aspectos técnicos, econômicos e mercadológicos, a pertinência da divisão dos mesmos em itens ou lotes², motivando no processo a decisão adotada, para os fins de realizar um único procedimento licitatório contemplando todos esses itens ou lotes ou várias licitações, uma para cada item ou lote, conforme o caso.

A divisão do objeto em itens, aliás, é a regra, pois amplia a competitividade, conforme já sumulou o Tribunal de Contas da União:

“É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.”³

¹ Advogada em Curitiba/PR. Curso de Pós Graduação pela Escola Nacional de Serviços Urbanos e Instituto Brasileiro de Administração Municipal - IBAM. Participação, em 1993, do Programa Brasília/Miami de Política, Administração Pública, Educação e Saúde. Diversos Cursos de Atualização em Direito Público, em especial na área de licitações e contratos. Exerceu o cargo de Advogada na Coordenação da Região Metropolitana de Curitiba-COMEC, participando, dentre outros, na elaboração do Manual de Orientação para Licitações realizadas pelas Prefeituras da Região Metropolitana de Curitiba para o Programa EBTU/BIRD; na elaboração de Manual de Orientação de Licitações para o Programa de Investimentos na Região Metropolitana de Curitiba; no Programa de Saneamento Ambiental do Paraná/PROSAM; e na elaboração de Manuais e Editais de Licitação Internacional para o Programa de Saneamento Ambiental/PROSAM. Exerceu o cargo de assessora técnica na Casa Civil da Governadoria do Estado do Paraná, desempenhando atividades na Subchefia de Assuntos Técnicos - Divisão Técnica Jurídica. Exerceu a função de Presidente de Comissão Permanente de Licitação da Casa Civil da Governadoria do Estado do Paraná. Exerceu a função de consultora jurídica na empresa Zênite Informação e Consultoria em Administração Pública Ltda., empresa especializada em consultoria na área de licitações e contratos administrativos. Exerceu a função de Supervisora dos serviços de consultoria na empresa Zênite Informação e Consultoria em Administração Pública Ltda. Elaborou apostilas para eventos, materiais para o Informativo de Licitações e Contratos-ILC da empresa Zênite, dentre outras atividades, e teve diversos textos e artigos nele publicados, tais como: A modalidade de convite e sua disciplina na Lei nº 8.666/93 (14/23/jan/1996); Considerações em torno da Legalidade da Instrução Normativa 02, de 17 de abril de 1998, expedida pelo MARE (319/50/abr/1998); Da competência para aplicação da sanção de declaração de inidoneidade no âmbito do poder judiciário (634/53/jul/1998); Serviços de limpeza e conservação e de vigilância - Entidade profissional competente para fins de atendimento ao disposto no art. 30, I e § 1º da Lei 8.666/93 (181/61/mar/1999); A habilitação nos procedimentos da dispensa e inexistência de licitação (250/62/ABR/1999); Supressões no quantitativo do objeto do contrato (958/70/dez/1999); A promoção de diligências e os limites legais (116/72/fev/2000); e Da validade de documentos emitidos pela internet - certidões negativas de natureza fiscal e tributária (286/74/abr/2000). Participa na qualidade de Palestrante em treinamentos, seminários e cursos na área de licitação e contratos administrativos, a exemplo de: Treinamentos e Cursos pela Método Consultoria e Eventos: Aplicação prática da Lei de Licitações e Contratos públicos (8.666/93), da Lei instituidora da modalidade pregão (10.520/2002) e da Lei Complementar das micro e pequenas empresas que traz novas regras a serem observados nos procedimentos licitatórios; Treinamento: Aplicação prática das Leis 8.666/93 - Licitação e Contratos e 10.520/2002 - Adoção da modalidade pregão; Modalidade Pregão para a ACISPAR. Palestrante da JML Consultoria & Eventos em cursos, seminários e treinamentos abertos e in company: Contratações Públicas, Licitações e Contratos no Sistema S. Exerceu a função de Advogada do Instituto Superior de Administração e Economia do Mercosul - ISAE/ FGV - Fundação Getúlio Vargas. Colaboradora e integrante da equipe de apoio da Revista JML de Licitações e Contratos. Coordenadora Científica da JML Consultoria & Eventos, responsável pela revisão de mais de 4(quatro) mil consultas em Licitações e Contratos Administrativo, para as três esferas de governo e sistema “S”. Co-autora do livro “Repercussões da Lei Complementar 123/06 nas licitações públicas: de acordo com o Decreto 6.204. Curitiba: JML, 2007. Co-autoria do Livro: Combo JML de Contratações Públicas. Curitiba: JML, 2012”. Ministrou módulos no Curso de Especialização em Licitações e Contratos da UNIBRASIL.

² Divisão essa que tem previsão no art. 7º do Regulamento interno das entidades abaixo transcrito e que é relativa ao objeto e não a despesa, lembrando, inclusive, que essa última (divisão da despesa) implica em fracionamento indevido rechaçado pelos órgãos de controle: “Art. 7º. O parcelamento de obras, serviços e compras não ensejará a dispensa de licitação por valor, exceto quando o somatório das parcelas não ultrapassar o limite estabelecido nos incisos I “a” e II”, “a” do artigo precedente, nem descaracterizará a modalidade de licitação pertinente.”

³ TCU. Súmula 247.

Já o agrupamento de itens em lote deve ser visto com cautela, sendo admitido somente quando existir justificativa técnica adequada, amparada em estudos e pesquisas prévias que atestem a compatibilidade dos itens⁴ e a vantajosidade da adoção dessa opção, devendo restar demonstrada, ainda, a ausência de prejuízo à competitividade.⁵

O agrupamento de itens em lote – divisão do objeto em lote formado por mais de um item –, onde o julgamento é feito em face do custo da totalidade desse (lote) e não de cada um dos itens que os compõem, deve, por conseguinte, ser visto como alternativa excepcional, retratar prática aceita no mercado em que os objetos encontram-se inseridos e ser robustamente justificado sob a ótica técnica e econômica, posto que pode prejudicar a competitividade e/ou implicar na obtenção de um custo mais elevado para um ou mais desses itens, fato que não ocorreria se o objeto fosse dividido em itens e o julgamento fosse feito de forma independente em relação a cada qual.

Nesse sentido, importa consignar que a licitação por lotes ou itens, conforme o caso recomendar, caracteriza a concentração de vários certames em um mesmo procedimento por economia processual, cada qual independente e autônomo, especialmente no que tange à habilitação, ao julgamento e à adjudicação, razão pela qual os licitantes têm liberdade de apresentar documentação e propostas para a totalidade deles ou somente para alguns, conforme tenham capacidade e interesse, e ao final cada qual deles resulta em uma contratação também autônoma e independente.⁶

Essa a lição do TCU e da doutrina:

“Na licitação por item, há a concentração de diferentes objetos num único procedimento licitatório, que podem representar, cada qual, certame distinto.

De certo modo, está-se realizando ‘diversas licitações’ em um só processo, em que cada item, com características próprias, é julgado como se fosse uma licitação em separado, de forma independente.

(...)

Requisitos de habilitação devem ser adequados e proporcionais aos itens, parcelas ou etapas resultantes da divisão, devidamente especificados no ato convocatório. Assim, os licitantes podem habilitar-se para uma ou mais partes licitadas.”⁷ (grifou-se)

“2. Os requisitos de habilitação, quando o objeto estiver dividido em lotes, devem ser exigidos para cada lote individualmente, não em relação ao total de lotes. O edital deve estabelecer critérios objetivos a fim de assegurar que somente sejam adjudicados a uma mesma empresa os lotes para os quais esta demonstre ter os requisitos mínimos necessários para garantir o cumprimento das obrigações assumidas.

(...) O relator, incorporando o exame da unidade técnica às suas razões de decidir, reforçou entendimento estabelecido em precedente do TCU, segundo o qual ‘os requisitos de habilitação econômico-financeira, quando o objeto estiver dividido em lotes, devem ser exigidos individualmente, e não em relação ao total de lotes cumulativamente, haja vista que as condições para a referida habilitação visam assegurar garantias mínimas de que a empresa contratada cumprirá as obrigações advindas da avença’. Desse modo, ‘só é admissível exigir requisito que esteja estritamente relacionado à parcela do objeto passível de ser executada pela empresa licitante’. O relator, mencionando outro

⁴ Que devem guardar semelhanças entre si, exigir a mesma qualificação, ser julgados pelos mesmos parâmetros e executados pelo mesmo licitante.

⁵ TCU: “A adjudicação por grupo ou lote não é, em princípio, irregular, devendo a Administração, nesses casos, justificar de forma fundamentada, no respectivo processo administrativo, a vantagem dessa opção.” (TCU. Informativo de Licitações e Contratos 216) “A adoção do critério de julgamento de menor preço por lote somente deve ser adotado quando for demonstrada inviabilidade de promover a adjudicação por item e evidenciadas fortes razões que demonstrem ser esse o critério que conduzirá a contratações economicamente mais vantajosas.” (TCU. Acórdão 529/2013. Plenário)

⁶ Nada obsta, contudo, que também por economia processual lotes ou itens adjudicados a um mesmo licitante sejam formalizados em um mesmo instrumento contratual, fato esse que não desnatura, porém, a autonomia de cada qual para todas as finalidades decorrentes, a exemplo de eventuais acréscimos.

⁷ Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU, 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, pág. 237-238.

precedente do TCU, salientou que a ampliação da competitividade do certame pode ser estimulada permitindo-se a participação do licitante na ‘disputa de todos os lotes, desde que o edital estabeleça critérios objetivos a fim de assegurar que somente serão adjudicados a uma mesma empresa os lotes para os quais apresente os requisitos mínimos necessários para garantir o cumprimento das obrigações assumidas’. (...)”⁸ (grifou-se)

“Um tema que não foi explicitamente disciplinado pela Lei foi a chamada licitação por itens, que se configura como uma espécie de licitação com pluralidade de objetos. Essa figura também é conhecida por ‘adjudicação’ por itens. Consiste no modo de conceber uma licitação, produzindo-se a divisão do objeto em itens diversos, de modo a ampliar a competitividade. **Nas hipóteses em que se configurar uma licitação por itens, o julgamento será realizado em face de cada item. Como decorrência, existirá a avaliação da conveniência e da oportunidade também de modo relativo a cada item. Por fim, haverá adjudicação correspondente.**

5.1) Adjudicação por itens e ampliação da disputa

A licitação por itens consiste na concentração, em um único procedimento licitatório, de uma pluralidade de certames, de que resultam diferentes contratos. A licitação por itens corresponde, na verdade, a uma multiplicidade de licitações, cada qual com existência própria e dotada de autonomia jurídica, mas todas desenvolvidas conjugadamente em um único procedimento, documentado nos mesmos autos. Poderia aludir-se a uma hipótese de ‘cumulação de licitações’ ou ‘licitações cumuladas’, fazendo-se paralelo com a figura da cumulação de ações conhecida no âmbito de Direito Processual.

(...)

A licitação por itens deriva do interesse em economizar tempo e recursos materiais da Administração Pública, agilizando a atividade licitatória. **Na licitação por itens, há um único ato convocatório, que estabelece condições gerais para realização de certames, que se processarão conjuntamente, mas de modo autônomo.** O ato convocatório discrimina diferentes objetos, cada qual considerado como um ‘item’. A autonomia se revela pela faculdade outorgada aos licitantes de produzir propostas apenas para alguns itens. Os requisitos de habilitação são apurados e cada proposta é julgada em função de cada item. Há diversos julgamentos, tanto na fase de habilitação quanto na de exame de propostas. Mesmo que materialmente haja um único documento, haverá tantas decisões quantos sejam os itens objeto de avaliação.”⁹ (grifou-se)

“A divisão da licitação em itens ou lotes/grupos por meio da publicação de um único edital atende à regra do parcelamento do objeto. **Cada item ou lote/ grupo é considerado uma licitação separada, isolada das demais, com julgamento e adjudicação próprios, nada obstante integrem um só edital.** A divisão da licitação em itens ou lotes/grupos, por meio de um único edital, cumpre o princípio da economicidade em razão da redução de despesas com publicações e da otimização das atividades administrativas que proporciona.”¹⁰ (grifou-se)

Assim, considerado cada lote como uma licitação autônoma, onde a habilitação e julgamento devem ser feitos de forma individualizada, assim como a adjudicação dos objetos neles descritos, inexistente, a rigor, fundamento legal para que se vede que um mesmo licitante apresente proposta para mais de um lote ou até mesmo para todos os lotes, que venha a sagrar-se vencedor de alguns ou todos eles – o que pressupõe a comprovação do atendimento dos requisitos de habilitação estabelecidos e a apresentação de propostas adequadas –, e que a ele seja adjudicado mais de um lote ou todos, conforme tenha demonstrado capacidade.

Nessa linha a manifestação da doutrina e do TCU:

“Outra solução praticada, mas que deve ser reputada inválida, é a vedação de o sujeito formular lances para mais de um item. A restrição à participação cumulativa somente pode ser adotada nos casos de defesa da concorrência, de modo a evitar o risco de abuso de poder econômico – tema que deve ser

⁸ TCU. Informativo de Licitações e Contratos 221/2014.

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 443-445.

¹⁰ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres e DOTTI, Marinês Restelatto. *Mil perguntas e respostas necessárias sobre licitação e contrato administrativo na ordem jurídica brasileira*, Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 1007.

examinado pelas autoridades competentes. Como regra, então, é vedado à Administração limitar a formulação de proposta pelo licitante para apenas um ou alguns lotes.”¹¹

“(...)

Quando do encaminhamento dos documentos solicitados por meio do Ofício de Diligência 237/2011-TCU/SECOB-3, a PMSP apresentou o Ofício 437/SEHAB.G/2011, no qual **consta a informação de que o critério de vedação de uma mesma licitante vencer a concorrência de mais de um lote visou garantir a ampla participação de empresas e ainda a exequibilidade de cada lote de obras licitado, uma vez que todos os contratos têm como meta serem executados concomitantemente.**

Porém, se o intuito era garantir a execução concomitante de todos os lotes, a PMSP poderia ter elaborado, por exemplo, critérios de habilitação cumulativos, compatíveis com as exigências correspondentes à execução concomitante de mais de um lote, o que possibilitaria avaliar a capacidade de uma mesma empresa ou consórcio licitante executar mais de um lote ao mesmo tempo. Sendo assim, entende-se que a vedação de uma mesma licitante vencer a concorrência de mais de um lote não se justifica, pois prejudicou a competitividade do certame e infringiu o princípio da seleção da proposta mais vantajosa para a administração, bem como o caput e o inciso I do §1o do art. 3o da Lei 8.666/93.”¹² (grifou-se)

“9. Acórdão:

(...)

9.1. dar ciência à Prefeitura do Município de São Paulo **das seguintes falhas constatadas no edital da pré-qualificação e da concorrência 12/2010-SEHAB, com vistas a que, em futuros procedimentos licitatórios para contratações custeadas com recursos públicos federais, especialmente naqueles que envolvam obras, sejam evitadas ocorrências semelhantes:**

(...)

9.1.9. requisitos inadequados de habilitação nos instrumentos convocatórios restringem o caráter competitivo dos certames licitatórios, a exemplo de: preços fixos na planilha orçamentária, impedindo que as licitantes ofertassem descontos para itens que representavam 18% do valor total da planilha; exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes para fins de demonstração da capacidade técnico-operacional em percentuais superiores aos usuais (50%), sem justificativa para tanto; **vedação de uma mesma licitante vencer a concorrência de mais de um lote;** (...);¹³ (grifou-se)

O Tribunal de Contas do Distrito Federal tem o mesmo posicionamento como regra, mas admite em tese e em caráter excepcional que na contratação de serviços públicos essenciais, se estabeleça, com fundamento em estudo e justificativa adequada, limitação ao número de lotes a ser adjudicado a um mesmo licitante se comprovada a existência de prejuízo, a teor do que segue:

“Trata-se do exame de edital de pregão presencial para o registro de preços de serviços comuns de engenharia. **O relator, ao apreciar a questão, verificou irregularidade concernente à regra editalícia que limitou o número de lotes a ser adjudicado a uma mesma empresa licitante, aduzindo que “a linha jurisprudencial mais recente do Plenário tem caminhado no sentido de vedar tal limitação”.** Destacou que a Corte de Contas distrital prolatou diversas decisões **“manifestando-se contrária à limitação de lotes por licitante, por entender que não há previsão legal e que tal medida tem o condão de frustrar a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração”.** Com base nesses entendimentos, o julgador assinalou que a Lei nº 8.666/93 não autoriza a adoção dessa restrição, aduzindo o disposto no art. 45, inc. I, daquele diploma legal para concluir que, nas licitações do tipo menor preço, é considerado vencedor o licitante que ofertar o menor valor, sem a previsão de ressalvas quanto ao número de lotes por empresa. Voltando-se para o caso concreto, observou que a disciplina constante do edital previa a devolução dos envelopes contendo as propostas da empresa que já tivesse se sagrado vencedora de dois lotes, regra que gerou o risco de eliminação do menor valor para determinado lote, em afronta ao objetivo do procedimento licitatório de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração. Além disso, o julgador destacou que, na situação em apreço, a limitação

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários ...*, p. 447.

¹² TCU. Acórdão 2166/2011. Plenário.

¹³ TCU. Acórdão 2373/2013. Plenário.

do número de lotes obrigou a Administração a realizar pregão na modalidade presencial, em desprestígio ao art. 4º, § 1º, do Decreto nº 5.450/05, uma vez que o sistema de licitações utilizado não permitia que uma empresa pudesse vencer no máximo dois lotes. **Considerou, ainda, que, muito embora o edital justificasse a restrição dos lotes por empresa em razão do cronograma da obra, “o prazo não poderia constituir motivo único ou principal para adoção dessa limitação de lotes, devendo o gestor público efetuar o adequado planejamento da contratação pretendida, levando em conta os riscos contratuais inerentes às relações comerciais, em especial àqueles existentes em casos de execução de grandes obras ou serviços”.** Pelo exposto, o relator votou por determinar ao jurisdicionado que, **“em futuras licitações, se abstenha de inserir no instrumento convocatório limitação do número de lotes que podem ser vencidos por cada licitante, por ausência de previsão legal e por prejudicar a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, podendo-se, excepcionalmente, em tese, admitir que edital para contratação de serviços públicos essenciais estabeleça tal regramento, desde que tal medida se mostre fundamental para o atingimento do interesse público, o que deve estar circunstanciadamente justificado no respectivo processo administrativo, a partir de estudo específico relativo ao objeto da licitação, demonstrando que a complexidade ou o porte da contratação, caso ocorra a adjudicação de todos os lotes a uma única empresa, provocará risco iminente de inadimplência dos futuros contratos, levando-se em conta, para a definição do número máximo de lotes que podem ser vencidos por licitante, características objetivas do mercado no qual o objeto estiver inserido”**, proposta acolhida pelo Plenário.¹⁴ (grifou-se)

Enfim, entende-se indevida a vedação de um mesmo licitante sagrar-se vencedor de mais de um item, posto que compete ao licitante avaliar as condições de execução fixadas no instrumento convocatório e em vistas dessas e de sua capacidade apresentar documentação e propostas para tantos lotes quanto tenha interesse e esteja apto a executar. Às entidades caberá, por outro lado, aferir, frente aos requisitos de habilitação exigidos, se efetivamente o licitante tem condições de executar os objetos dos lotes para os quais apresentou propostas.

A questão da adjudicação de mais de um lote a um mesmo licitante encontra-se atrelada, portanto, à capacidade (técnica¹⁵ e econômico-financeira) desse em executar os objetos neles descritos, nos moldes previstos, o que impõe à entidade o dever de avaliar com cuidado tais aspectos antes de proceder a adjudicação dos lotes, consoante, aliás, bem pondera Marçal Justen Filho ao abordar a habilitação da licitação por itens/lotos:

“(…). Não é incomum que um licitante formule propostas para diversos itens, cujo somatório ultrapassa os limites de sua capacitação. Ou seja, o sujeito dispõe de condições para ser contratado para um ou alguns dos itens, não para todos. Oras, é impossível avaliar, no momento da habilitação, essa circunstância. É perfeitamente possível que o sujeito formule proposta para todos os itens, mas se sagre vencedor em apenas um deles – para o qual dispõe de plena capacidade econômico-financeira. Inabilitá-lo na etapa anterior corresponderá a impedir a Administração de obter a proposta mais vantajosa.

Ao que parece, a única solução consiste em adotar providências *a posteriori*. Depois de abertas todas as propostas, verifica-se se o sujeito eventualmente ultrapassou os limites de sua qualificação econômico-financeira. Se tal ocorreu, caberá a ele optar por contratações cujo valor corresponda às suas condições. Não se trata de desistir de proposta (o que seria vedado depois da abertura dos envelopes de documentação), mas de identificar os limites de qualificação econômico-financeira do licitante.

Essa solução vem sendo adotada inclusive no pregão. Há casos em que se verifica, ao final de um pregão por itens, que um licitante sagrou-se vencedor de uma pluralidade de itens, cujo somatório ultrapassa os seus requisitos de habilitação. Nesse caso, a solução é o edital prever que o licitante deverá realizar opção entre os diversos itens, assegurando-se o respeito aos requisitos de habilitação.¹⁶

¹⁴ TC/DF. Decisão 229/2017. Plenário.

¹⁵ Que envolve instalações, aparelhamento e equipe técnica adequados e disponíveis para a realização do objeto, nos termos do que dispõe o inciso II do art. 30 da Lei 8.666/93, de aplicação subsidiária à entidade, cuja exigência de habilitação deve ser atendida com a apresentação de declaração formal de disponibilidade (§ 6º do mesmo preceito) e comprovada de fato quando da contratação.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários* ..., p. 447.