**DECISÃO**

Quanto à análise do presente **Processo Licitatório nº 74/2021, Tomada de preço nº 06/2021,** sob enfoque na Legislação Licitatória, trazemos à baila o entendimento a seguir:

Anote-se que a adjudicação dos objetos deve ser procedida por itens/lotes, nos termos da Súmula nº 247 do Tribunal de Contas da União, devido ao fato de cada item/lote corresponder a uma licitação autônoma:

**“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.” (grifou-se)

Cumpre esclarecer que, ainda na fase interna do certame, compete à Administração proceder estudo detalhado sobre as características do objeto, modo de comercialização e preços praticados no mercado, a fim de delimitar os procedimentos que serão desenvolvidos na licitação.

Quando a Administração concluir pela necessidade de instauração de licitação deve verificar a possibilidade técnica e econômica de dividir o objeto em vários itens/lotes, permitindo que um número maior de interessados participe da disputa, o que, em decorrência, aumenta a competitividade e viabiliza a obtenção de melhores propostas.

O Tribunal de Contas da União recomenda que a licitação seja procedida por itens/lotes sempre que econômica e tecnicamente viável, cabendo a Administração, justificadamente, demonstrar a vantajosidade da opção feita.

Enfim, a licitação por itens ou lotes deve ser econômica e tecnicamente viável, ou seja, a divisão do objeto em vários itens/lotes não pode culminar na elevação do custo da contratação de forma global, nem tampouco afetar a integridade do objeto pretendido ou comprometer a perfeita execução do mesmo. Isso porque em determinadas situações a divisão do objeto pode desnaturá-lo ou mesmo mostrar-se mais gravosa para a Administração, fatos esses que devem ser verificados e justificados pela autoridade competente.

Colaciona-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria:

“3. O fracionamento das compras, obras e serviços, nos termos do § 1º do art. 23 da Lei n. 8.666/93 somente pode ocorrer com demonstração técnica e econômica de que tal opção é viável, bem como que enseja melhor atingir o interesse público, manifestado pela ampliação da concorrência.” STJ. RMS 34.417/ES. Segunda Turma.

A divisão do objeto não pode, portanto, causar prejuízo para o conjunto ou complexo licitado, observando-se que cada item/lote cinge-se a certame autônomo, com julgamento independente.

Os quantitativos mínimos estabelecidos no edital, por sua vez, devem resguardar a economia de escala, ou seja, deve observar que quanto maior a quantidade do bem licitado, menor poderá ser o seu custo, até o limite em que a quantidade não importe, pois, o preço manter-se-á reduzido.

Por oportuno, cabe ressaltar entendimento da Corte de Contas:

**“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.

Quando dividida a licitação em itens, tem-se tantos itens quantos o objeto permitir.

As contratações da Administração devem pautar-se sempre pela vantajosidade.

Destaque-se que na licitação por itens/lotes, cada um é considerado como uma licitação autônoma e independente, que apenas processa-se de forma conjugada em um único procedimento, conforme ensinamentos de Marçal Justen Filho.

“Na licitação por itens, há um único ato convocatório, que estabelece condições gerais para a realização de certames, que se processarão conjuntamente, mas de modo autônomo. (...) 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 quanto sejam os itens objeto de avaliação.

(…)

Assim, por exemplo, é inválido estabelecer que o licitante deverá preencher os requisitos de habilitação para o conjunto global dos objetos licitados (eis que o julgamento se faz em relação a cada item).

(...)

Outra imposição defeituosa consiste na obrigatoriedade da formulação de propostas para o conjunto dos diferentes itens”. (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª ed. Dialética: 2012, p. 311).

Verificada a conveniência de realizar uma licitação por itens ou lotes deve a Administração elaborar um edital único contemplando as condições gerais para o processamento do certame, bem como os requisitos específicos que deverão ser cumpridos para cada item/lote, tanto em relação aos documentos de habilitação, se for o caso, como para as propostas a serem formuladas pelas licitantes.

Frise-se que devido à existência de um único edital, com as regras e exigências pertinentes a cada objeto (item/lote) licitado, as mesmas deverão ser cumpridas integralmente, mas tão-somente no que tange a cada item/lote em que a licitante decida participar.

No caso em tela, verifica-se a ocorrência de fato superveniente, qual seja, um dos objetos licitados já está em andamento para liberação junto aos órgãos competentes, sendo, portanto, tal item desnecessário para o momento. Tratando-se ainda de fato pertinente e suficiente para justificar a não adjudicação do item suscitado da licitação pela Administração, com fundamento no interesse público primário, consubstanciado na preservação do patrimônio público, atendidos por conseguinte os requisitos exigidos pelo Tribunal de Contas.

A administração pública tem o poder-dever, com ou sem provocação, de anular o ato administrativo, sem que isso se constitua em ato de ilegalidade ou abuso de poder, lição assentada pelo STF no enunciado das Súmulas 346 e 473. Senão vejamos:

Súmula 346 - A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

Súmula 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque dêles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

O poder-dever da Administração Pública de rever seus próprios atos decorre exatamente da necessidade de resguardar o interesse público, revogando e anulando atos administrativos que, mesmo depois de praticados, se tornem lesivos aos interesses da administração.

Quanto ao permissivo legal insculpido no artigo 49 da Lei 8666/93, destaco, que possibilita o ato de invalidação do item 2 do certame. Necessário enfatizar que a referida norma prevê duas formas de fazê-la. A primeira é a revogação que deve operar quando constatado a existência de fato superveniente lesivo ao interesse público. A segunda é a anulação que opera quando da existência de vício de legalidade (violação as normas legais)

*In casu,* como já mencionado, a licitação obedeceu a todos os requisitos formais exigidos na Lei para a modalidade, foi devidamente publicada, não sem hipótese de vício de legalidade. Portanto, não há que se falar em anulação.

Entretanto, evidente a existência de fato posterior (constatação que o serviço já está sendo prestado por empresa particular) relevante e prejudicial ao interesse público (boa administração dos recursos) a justificar a revogação/não adjudicação, nos moldes da primeira parte do *caput* do artigo 49 da Lei 8.666/93.

A doutrina Pátria define o instituto da revogação e, segundo o autor Diógenes Gasparini “*é o desfazimento da licitação acabada por motivos de conveniência e oportunidade (interesse público) superveniente – art. 49 da Lei nº 8.666/93”.* Trata-se de um ato administrativo vinculado, embora assentada em motivos de conveniência e oportunidade.

Quanto à possibilidade de revogação da licitação, a Lei de Licitações possibilita a revogação da licitação como um todo. Logo, a revogação parcial, de um item, é plenamente possível. Neste sentido, Jurisprudência:

MANDADO DE SEGURANÇA. **CANCELAMENTO DE ITENS DO EDITAL. REDUÇÃO DA LICITAÇÃO.** PUBLICAÇÃO DO REGISTRO DE MEDICAMENTOS/MATERIAIS NO MINISTÉRIO DA SAÚDE. LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. I. “na licitação, impõe-se a desclassificação do proponente que, ao apresentar oferta, descumpre cláusula editalícia, não agindo assim a administração, em desconformidade com o direito, quando o alija do certame” (STJ – Corte-Especial, MS nº 4.222/DF, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU 18/12/1995). II. A matéria tratada no recurso sequer foi agitada na inicial. Não pode o Ministério Público Federal, à guisa de defesa do interesse público, pretender que a sentença se desvie da causa de pedir definida pela impetrante. Se havia outras ilegalidades na licitação, o caminho seria da propositura de outra ação e não de pretender ampliar o objeto desta lide. **III. A administração pública tem amplo poder discricionário, no tocante à conveniência e oportunidade, quanto à oferta de bens e serviços objeto da licitação. Assim, se no interesse da administração, é excluído algum item do certame, não cabe a alegação de violação à isonomia, pois todos os concorrentes são atingidos por tal regra. O que não se pode admitir é o tratamento diferenciado.** IV. Já estando concluído há muito tempo o procedimento licitatório, ocorreu o esvaziamento do objeto da ação. V. Apelação improvida. (TRF2 – MAS 18519 RJ 97.02.14227-0. Relator: Desembargador Federal ANTÔNIO CRUZ NETTO. 5ª Turma Especializada. DJU – Data: 27/01/2006 – Página 229 (grifamos)

Cabe aqui ressaltar que é necessária a ocorrência de fato superveniente e de motivação para que o procedimento da licitação seja revogado pautado no interesse público.

Deve-se destacar que a Legislação de Licitações e Contratos Administrativos prevê ainda que no caso de revogação da licitação fica assegurado o Direito ao contraditório e ampla defesa, garantia essa que é dada somente ao vencedor, o único com interesse na permanência desse ato, pois através dele pode chegar a executar o contrato, conforme previsto no §3º do artigo 49.

Entretanto, a oportunização do direito ao contraditório e ampla defesa só é exigida perante ao Poder Público quando se tem um direito líquido e certo do licitante originado pela Adjudicação do objeto do certame ou do item que houvera sido vencedor. Caso contrário, a revogação não causará prejuízo algum ao interessado, posto tratar de mera expectativa de direito.

Corroborando com o exposto, o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho, (Comentário à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Dialética. 9ª Edição. São Paulo. 2002, p. 438) tece o seguinte comentário sobre revogação:

**A revogação consiste no desfazimento do ato porque reputado inconveniente e inadequado à satisfação do interesse público. A revogação se funda em juízo que apura a conveniência do ato relativamente ao interesse público...** Após, praticado o ato, a administração verifica que o interesse público poderia ser melhor satisfeito por outra via. Promoverá então o desfazimento do ato anterior... Ao determinar a instauração da licitação, a Administração realizará juízo de conveniência acerca do futuro contrato (...) Nesse sentido, **a lei determina que a revogação dependerá da ocorrência de fato superveniente devidamente comprovado. Isso indica a inviabilização de renovação do mesmo juízo de conveniência exteriorizado anteriormente.** (grifei)

Deste modo, a Administração ao constatar a inconveniência e a importunidade poderá rever o seu ato e consequentemente revogar o processo licitatório ou apenas um item, devendo o procedimento em geral seguir seu trâmite legal, não havendo correlação entre os itens, sendo autônomos entre si, respeitando-se assim princípios da legalidade e da boa-fé administrativa.

É a decisão.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, à luz das disposições normativas pertinentes, em especial o disposto na Lei 8.666/93, hipótese em que configurado assim o interesse público e a preservação de seu patrimônio, **decido, favorável à continuação do referido certame licitatório, no que tange ao item que não necessita ser revogado e a revogação do item 2 da Tomada de Preço 06/2021, Processo Licitatório nº 74/2021, concernente à EAS – Estudo Ambiental Simplificado do Empreendimento Canalização da Rua Paulo Marques conforme solicitado pelo IMA, visto não haver mais a necessidade e a possibilidade de fazer a solicitação de liberação junto ao IMA, uma vez que já houve o respectivo pedido.**

Ressalta-se ainda, como não foi adjudicado o item, não se faz necessário a oportunidade do contraditório e da ampla defesa por parte do licitante adjudicado.

20 de outubro de 2021

Marcos André Morschheiser

Secretário de Administração e Fazenda