

A licitação e a presença de apenas um licitante¹

Aniello dos Reis Parziale

Mestrando em Direito Econômico e Político pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; Advogado; Membro do Corpo Jurídico da Editora NDJ

1 Introdução. 2 Ausência de imposição legal de um número mínimo de licitantes nas normas gerais de licitação. 3 A presença de apenas um licitante no certame e a responsabilização do agente público. 4 Do pacífico entendimento doutrinário e dos eg. Tribunais de Contas. 5 Da presença de apenas um licitante na licitação processada pela modalidade convite. 6 Momento da verificação da presença de um licitante. 6.1 Sessão pública de abertura da licitação. 6.2 Habilitação. 6.3 Julgamento das propostas. 7 Aplicação do art. 48, § 3º, da Lei de Licitações na fase de habilitação e de julgamento das propostas quando for verificado apenas um licitante. 8 Da observância de apenas um licitante nas licitações diferenciadas para micro e pequenas empresas. 9 A divergência de entendimento no STJ. 10 A legalidade do avanço da licitação quando for verificado apenas um proponente e o afastamento da revogação da competição. 11 Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

No transcorrer de um procedimento licitatório, poderá a Administração promotora da competição se deparar com apenas um interessado presente na sessão pública, somente um licitante habilitado ou simplesmente um proponente classificado.

Diante dessas ocorrências, tendo em vista que nas licitações públicas deve ser observado o princípio da competitividade – circunstância que presume a necessidade de efetiva competição entre os licitantes, o que exigiria, portanto, mais de um particular –, a verificação das situações acima aduzidas pode gerar dúvida na comissão de licitação ou no pregoeiro, no sentido de considerar inválido o referido processo seletivo, fato que eventualmente obstará o prosseguimento da competição.

Como abaixo se verificará, todavia, a presença de apenas um proponente nas etapas licitatórias supramencionadas é plenamente admissível, circunstância que de nenhuma forma macula a legalidade do processo administrativo licitatório, podendo a Administração promotora da competição, portanto, dar prosseguimento a ela.

Para ilustrar tal situação, recentemente observou-se, na licitação que objetivou leiloar o campo de Libra do pré-sal, na Bacia de Santos, a presença de apenas um participante, o consórcio composto pela

Petrobras, pela francesa Total, pela anglo-holandesa Shell, e pelas chinesas CNPC e CNOOC, o qual, ao apresentar em sua proposta comercial um valor vantajoso, ganhou os direitos para explorar tal bacia, considerada a maior reserva petrolífera brasileira.

2 AUSÊNCIA DE IMPOSIÇÃO LEGAL DE UM NÚMERO MÍNIMO DE LICITANTES NAS NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO

Sabidamente, o legislador ordinário não consignou nas normas gerais de licitação, como requisito de validade do certame licitatório, a necessidade da presença de um número mínimo de competidores, com exceção feita ao art. 22, § 3º,² da Lei de Licitações,³ que estabelece, na licitação processada pela modalidade convite, que o ato convocatório (carta-convite) deve ser encaminhado para três particulares, não obstante o entendimento do eg. TCU⁴ em exigir, além desse

2. “§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.”

3. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

4. Acórdão nº 2.048/2006 – Plenário – Trecho do voto do Rel. Min. Benjamin Zymler: “[...] Ressalvados os casos de licitação na modalidade convite, onde se exige o número mínimo de três propostas aptas à seleção, a Lei nº 8.666/1993 não condiciona a validade de seus certames à participação de um número mínimo de licitantes [...]”.

1. Artigo originariamente publicado na RTDP – Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 60, p. 209-225, jan. 2015.

expediente, a presença de três propostas aptas, sem prejuízo da possibilidade de prosseguimento desse processo seletivo com apenas um licitante, caso se comprovem limitações no mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, conforme determina o § 7º do artigo mencionado.

Registre-se, todavia, a existência da disciplina do art. 49, inc. II,⁵ da LC nº 123/2006,⁶ que afasta as benesses constantes dos arts. 47⁷ e 48⁸ quando não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Conforme se verificará a seguir, portanto, a inserção de um dispositivo dessa natureza na legislação licitatória poderia dificultar, quando não inviabilizar, o processamento das compras governamentais em nosso País, uma vez que, ao deflagrar uma licitação, a Administração Pública licitante fica tão somente na mera expectativa de que potenciais interessados compareçam à sessão pública para disputar entre si futura contratação.

3 A PRESENÇA DE APENAS UM LICITANTE NO CERTAME E A RESPONSABILIZAÇÃO DO AGENTE PÚBLICO

Antes de adentrarmos no escopo do nosso trabalho, ressaltamos que somente será legal o prosseguimento de uma licitação em que apenas um particular atende ao chamado da Administração, tão somente

5. “Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando: [...] II – não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;”

6. Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

7. “Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.”

8. “Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: I – deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); II – poderá, em relação aos processos licitatórios destinados à aquisição de obras e serviços, exigir dos licitantes a subcontratação de microempresa ou empresa de pequeno porte; III – deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte.”

um licitante resta habilitado ou simplesmente um proponente é classificado, quando a diminuição do número de competidores não foi motivada por nenhum expediente editalício ilegítimo, cuja inserção no ato convocatório foi proposital, com o fito de dirigir o certame para um determinado particular. Observando tal circunstância, grife-se que é dever da autoridade administrativa determinar a anulação da competição, na forma do consignado no art. 49 da Lei de Licitações.

Ademais, restringindo-se ilegalmente a participação de interessados na licitação de modo que somente um particular atenda ao chamado da Administração promotora do certame licitatório, ou restando apenas um licitante habilitado ou classificado, em tese, impor-se-ão as devidas penalidades ao competente agente público, dando-se cumprimento ao disposto no art. 82⁹ da Lei de Licitações; noutras palavras, poderá a restrição à competitividade, promovida pelo agente público competente, caracterizar ato de improbidade administrativa – prescrito no art. 10,¹⁰ inc. VIII, da Lei de Improbidade Administrativa¹¹ –, que o fará responder por ele na esfera civil. No campo da responsabilização penal, a restrição da competitividade da licitação submeterá o competente agente público ao tipo penal aposto no art. 90¹² da Lei de Licitações; além deste, o agente público ficará sujeito a sanção disciplinar, estando a correspondente penalidade consignada no Estatuto dos Servidores Públicos que o vincula à Administração Pública licitante.

Ademais, não se pode deixar de ressaltar a possibilidade de essa restrição ao caráter competitivo da licitação também ser reprovada pelo órgão de controle externo, podendo o competente Tribunal de Contas determinar a devida correção, em caso de controle preventivo ou concomitante, bem como sanção pecuniária, quando o controle for a *posteriori*.

9. “Art. 82. Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.”

10. “Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] VIII – frustrar a litude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente.”

11. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

12. “Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

4 DO PACÍFICO ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E DOS EG. TRIBUNAIS DE CONTAS

A possibilidade de prosseguimento de uma licitação quando se verifica apenas um particular na sessão pública de abertura do certame, na fase habilitatória ou classificatória é sustentada há muito tempo, já merecendo destaque nas lições imortalizadas dos primeiros administrativistas brasileiros que versaram sobre licitações públicas.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (1978, p. 96), nesse sentido, lecionou:

Salvo disposição legal ou regulamentar, ou do instrumento de convocação dos interessados, em contrário, se só um candidato for julgado habilitado, o procedimento há de prosseguir, bem como quando só ocorre ao chamado um interessado, e, se havido habilitado, e apreciada a proposta, considerada conforme, viável e precisa, será classificada e adjudicada, se nada existir que a tanto se oponha.

Regis Fernandes de Oliveira (1981, p. 60-61), de longa data, também asseverou que:

Interessante problema surge quando apenas um candidato se habilita ou se apenas um se apresenta à concorrência.

Como aponta Cintra do Amaral, “quem acudiu à licitação não pode simplesmente ser ignorado. Se foi qualificado e teve sua proposta considerada aceitável pela promotora da licitação deve ser ele o contratado”. Realmente, tem razão o autor. Se comparece apenas um candidato à obra, serviço ou compra pretendida, a Administração poderá contratar com o único interessado, desde que a proposta satisfaça. E, mesmo nas hipóteses de inabilitação dos demais interessados a Administração poderá contratar com o remanescente.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1985, p. 60) também prelecionou a esse respeito:

VII – Comparecimento de um único licitante

129-A – 117. Se à licitação comparecer apenas um interessado, deve-se apurar sua habilitação normalmente. Se habilitado, sua proposta será examinada tal como ocorreria se outros disputantes houvesse. Não há óbice algum a que lhe seja adjudicado o objeto da licitação, em sendo regular sua proposta, pelo fato de inexistirem outros interessados. O mesmo ocorrerá se vários comparecerem mas apenas um for habilitado.¹³

O referido assunto também foi abordado pela profa. Lúcia Valle Figueiredo (1994, p. 50-51):

Vamos abordar, agora, o problema da apresentação de um único candidato. Nessa hipótese prosseguir-se-á com a licitação e este único candidato poderá vir a ser adjudicatário.

Em nossa opinião nada impede que a licitação prossiga, adjudicada, a final, ao único proponente.

[...]

E, na hipótese que considerarmos, cabe a seguinte distinção: ou se apresentou à habilitação tão-somente um único interessado ou, depois de vários habilitados, com a desclassificação da proposta de alguns, remanesceu apenas um. Neste caso, opinamos que o princípio é o mesmo: há de ser defendido o direito do único a acudir ao chamado, ou do único que ofertou viavelmente à Administração.

A respeito do mesmo tema, ensina Adilson de Abreu Dallari (1997, p. 82):

Acreditamos que o comparecimento de apenas um proponente idôneo não invalida, por si mesmo, a licitação, pois a regra do tratamento isonômico diz respeito ao chamamento de eventuais interessados e aos atos que se praticarem com relação aos proponentes. O comparecimento de apenas um interessado não afeta qualquer dos princípios originários ou originados da licitação. Muito ao contrário, haveria ofensa ao princípio da isonomia se um interessado idôneo, que tivesse atendido ao chamamento, fosse igualado a um terceiro desinteressado, pois isto seria tratar igualmente pessoas juridicamente desiguais. Em conclusão, entendemos que o único proponente idôneo tem direito a ter sua proposta considerada (nada impede que essa proposta, posteriormente, seja aceita ou seja considerada insatisfatória).

Atualmente, o referido entendimento também é sustentado pela doutrina especializada. Nesse sentido, podemos citar Marçal Justen Filho (2009, p. 170), quando trata da presença de apenas um licitante na licitação processada pela modalidade pregão:

A Lei nº 10.520 não condiciona a validade do pregão à participação de um número mínimo de licitantes. Portanto, não seria cabível aplicar ao caso a interpretação (combatida) de que somente na presença de três propostas classificáveis seria válida a licitação na modalidade convite. Não há qualquer identidade entre convite e pregão, o que inviabiliza aplicação extensiva da referida interpretação.

13. Grife-se que o mesmo entendimento é sustentado em BANDEIRA DE MELLO, 2011, p. 600.

Da mesma forma é o entendimento do saudoso mestre Diogenes Gasparini (2012, p. 544):

Não obstante essa orientação, a doutrina e a jurisprudência dominantes têm aceito como legal o procedimento licitatório em que somente um interessado acode ao chamamento da Administração Pública licitante se todas as exigências foram satisfatoriamente atendidas [...]. De sorte que, mesmo sem competição, a contratação em tais condições será válida.

Por ser oportuna, apresenta-se a lição do mestre Hely Lopes Meirelles (2007, p. 117):

Se comparecer apenas um licitante, qualificado para o contrato, a Administração pode adjudicar-lhe o objeto pretendido. O essencial é que este único pretendente tenha condições para contratar, segundo as exigências do edital, no que tange a capacidade jurídica, regularidade fiscal, capacidade técnica e idoneidade financeira, que hão de ser verificadas antes da contratação, e que o contrato seja vantajoso para a Administração.

Jessé Torres Pereira Junior (2009, p. 1079), ao tratar de licitação instaurada na modalidade “pregão”, também adota o mesmo raciocínio, conforme se infere:

25) O pregoeiro poderá aceitar a participação de licitantes em número inferior a três ? R. – Sim. Não se encontra nas normas da MP ou do decreto qualquer vedação a esse respeito. Seria ilegal que o pregoeiro se recusasse a instaurar o pregão porque não houvesse o comparecimento de pelo menos três licitantes.

Por fim, manifesta-se Joel de Menezes Niebuhr (2003, p. 290):

Em sentido oposto, se a Administração recebe proposta válida, compatível com o edital, o autor dela é o vencedor da licitação e com ele deve ser assinado o contrato. É ilícita a conduta da Administração que refuta licitação em virtude de ter recebido só uma proposta ou de ter restado válida uma só proposta. Isso não é o bastante para revogar a licitação, nem para aplicar o inc. V do art. 24 da Lei nº 8.666/1993.

Nesse mesmo sentido é o entendimento dos órgãos de controle externo, como o TCU, por exemplo:

A licitação procedida pelo TRT/PB para aquisição de veículo não pode ser tida como viciada consoante entendeu esta Corte de Contas. As especificações técnicas do veículo definidas no edital da competição por aquele órgão, mesmo tendo restringido o universo

de concorrentes, deu ensejo a que mais de um competidor acorresse ao chamamento público. **Se apenas uma empresa apresentou proposta, dentro do preço de mercado aceito, isto não significa direcionamento do certame** (grifo nosso).¹⁴

Quanto ao comparecimento de somente uma empresa ao pregão em tela, alinhio-me à unidade técnica no sentido de que não há impedimento na legislação à conclusão da licitação, a menos que o edital contenha exigências restritivas ao caráter competitivo do certame, o que se verificou no caso.¹⁵

88. **Considerando-se que a apresentação de somente um licitante configura indício, mas não evidência, de que a competitividade da licitação teria restado em alguma proporção prejudicada, realizou-se a ora combatida determinação.** Note-se que o Tribunal não entendeu serem tais irregularidades bastantes para a anulação do contrato, nem que o comparecimento de apenas um licitante constitui qualquer tipo de óbice à contratação (grifo nosso).¹⁶

Maria Cecília Mendes Borges (2010, p. 254), Procuradora do Ministério Público junto ao TCMG, assim também asseverou, nos autos da Denúncia nº 802.384, de relatoria do Cons. Sebastião Helvécio: “No caso em tela, como as exigências foram consideradas legítimas, o comparecimento de apenas um licitante não constitui por si só impedimento para a contratação”.

Sobre o tema já decidiu o eg. TJSP:

Ação civil pública. Licitação. Alegação de nulidade, em virtude de apenas uma licitante ter permanecido no certame. Ausência de demonstração de prejuízo ao Erário ou infringência aos princípios da legalidade e da moralidade administrativa. Sentença de improcedência da ação. Desprovimento do recurso.¹⁷

Por fim, grife-se que o referido entendimento ultrapassa as nossas fronteiras territoriais, destacando

14. TCU – Acórdão nº 145/2002 – Rel. Min. Adilson Motta – Plenário – Data da sessão: 24.4.2002 – DOU de 10.5.2002.

15. TCU – Acórdão nº 408/2008 – Rel. Min. Raimundo Carreiro – Plenário – Data da sessão: 12.3.2008 – DOU de 14.3.2008.

16. TCU – Acórdão nº 1.316/2010 – Rel. Min. Augusto Nardes – 1ª Câmara – Data da sessão: 16.3.2010 – DOU de 19.3.2010.

17. TJSP – Ap. nº 0058643-78.2005.8.26.0000 – Rel. Des. Osvaldo Magalhães – 4ª Câmara de Direito Público – j. em 22.8.2011 – Data do registro: 29.8.2011. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5350427&cdForo=0>>. Acesso em: 31 ago. 2015.

as preciosas lições professadas por diversos juristas platinos, cujo teor merece completa reprodução.

Nesse passo, ensina José Roberto Dromi (2010, p. 377-378), *in verbis*:

En la licitación pública no se requiere un número mínimo de licitadores. La existencia de sólo una propuesta no invalida ni afecta en modo alguno la legitimidad del procedimiento, salvo que el ordenamiento jurídico, por disposición expresa, exija un número mínimo de proponentes.

Com propriedade, preleciona Miguel Marienhoff (1970, p. 201), *in verbis*:

Pero lo expuesto en nada obsta a que, si sólo se presentase “una” persona haciendo oferta, si ésta fuese satisfactoria, se acepte la misma y se le adjudique el contrato a dicha persona. Es éste un supuesto de “excepción” al “principio” de oposición o concurrencia, que halla clara justificación en el hecho de que todo aquel que lo hubiese deseado, podría haberse presentado como oferente.

Enrique Sayagues Laso (1978, p. 100), *in verbis*:

94. Número mínimo de proponentes

Norma general es que el llamado a licitación es válido sea cual el número de proponentes que concurren al mismo. Públicamente se convoca a todos los interesados a que concurren a la licitación; llegado el momento de la recepción y apertura de las propuestas, el acto se lleva a caso con los que hayan presentado ofertas, y la Administración la adjudica a la mas ventajosa de todas.

No obstante, como el propósito que se persigue con toda licitación, de conseguir la mejor oferta posible, se obtiene sólo parcialmente cuando han habido pocos licitantes, muy a menudo se limita aquel principio, estableciendo um mínimo de concurrentes para que la licitación sea válida. Pero no existiendo disposición expresa en ese sentido, el acto tiene lugar cualquiera sea el número de postores.

Por fim, leciona Bartolome Fiorini (1972, p. 44), *in verbis*:

Basta que la administración prepare todas las condiciones necesarias para permitir la concurrencia; La circunstancia de que se presente una sola oferta no afecta la validez del procedimiento ni impide la adjudicación. En este caso se supone una tácita y voluntaria exclusión frente al llamado para presentar ofertas. Se entiende que quienes no concurren ante la invitación tienen la intención de abstenerse de competir.

5 DA PRESENÇA DE APENAS UM LICITANTE NA LICITAÇÃO PROCESSADA PELA MODALIDADE CONVITE

Estabelece o art. 22, § 3º, da Lei de Licitações que

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, **escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa**, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse, com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas (grifo nosso).

Adite-se ainda que estabelece o § 7º do art. 22 que,

Quando por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

Dessa forma, conjugando-se os dispositivos acima aduzidos, se a Administração licitante convidou o número mínimo de três interessados do ramo pertinente, cadastrados ou não, e estendeu o convite aos demais cadastrados que se interessassem em participar do certame, mas, mesmo assim, não obteve êxito no número mínimo de interessados ou de propostas, seja por limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, estará a repartição promotora da licitação autorizada, uma vez justificada tal ocorrência nos autos do processo licitatório, a dar prosseguimento ao certame.

Sobre o tema ensina o saudoso jurista Diogenes Gasparini (2012, p. 630-631):

Para o procedimento devem ser convidados, no mínimo, três prováveis interessados do ramo pertinente ao objeto do convite. Assim, se o objeto do convite é a refeição para presos, devem ser convidados no mínimo três restaurantes ou empresas especializadas no preparo de refeições, sob pena de nulidade do procedimento, uma vez que sem qualquer propósito o convite de empresas farmacêuticas ou de prestação de serviços de engenharia. **Comprovado o atendimento dessa exigência, o procedimento será legítimo, mesmo que dois ou apenas um dos convidados tenha atendido à convocação da entidade licitante. Se apenas um atender à convocação, o procedimento deve prosseguir, e, se sua proposta satisfizer às exigências**

da carta-convite e for conveniente a contratação, esta deve ser celebrada com o proponente. [...]. Não há, assim, que se refazer o convite, consoante prescreve o § 7º do art. 22 da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública. Esse parágrafo também permite a realização do convite ainda que **não** se tenha na praça o número mínimo de três interessados, exigido, como regra, para a validade dessa espécie de licitação, restando, dessarte, convidados os únicos dois existentes, por exemplo. Nessas duas hipóteses, tais circunstâncias deverão ser devidamente justificadas, sob pena de repetição do convite (art. 22, § 7º) [...] (grifo nosso).

Da mesma forma posiciona-se Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2000, p. 92), *in verbis*:

O simples fato de se apresentarem menos do que três licitantes não é suficiente, por si, para determinar a repetição do convite.

Pelo contrário, será possível prosseguir na licitação se ficar demonstrado o **manifesto desinteresse dos licitantes convidados** (o que decorre da sua própria omissão em atender ao convite) ou as **limitações do mercado**. Nesse caso, a limitação pode decorrer, por exemplo, da inexistência de outros possíveis interessados ou de empresas que não atendam às exigências da Administração. Se houver outros possíveis interessados em condição de atender ao convite, este deve ser repetido, agora com observância do § 6º do art. 22 da Lei nº 8.666, com a redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94.

Grife-se, todavia, que o referido posicionamento é polêmico, uma vez que se tem entendido que, além de a Administração licitante proceder ao convite de três particulares, deverá verificar no certame três propostas aptas para que o prosseguimento da licitação seja lícito.

Nesse sentido é a Súmula nº 248 do eg. TCU:

Não se obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no § 7º do art. 22 da Lei nº 8.666/1993.

Acerca dos objetivos dessa súmula, justifica-se o eg. TCU:

Essa interpretação dada ao dispositivo está em consonância com o próprio objetivo da licitação, que é o de encontrar a proposta mais vantajosa para a Administração, o que, via de regra, se consegue quanto maior o nível de competitividade envolvido. Assim, por exemplo, num caso em que três empresas são convidadas, mas apenas uma apresenta proposta válida,

não se tem de fato uma competição. Em razão disso, entende o Tribunal que são necessárias três propostas válidas para que a contratação possa ser realizada. Até para evitar situações, já detectadas diversas vezes pelo Tribunal, em que são realizadas licitações “de fachada”, nas quais são convidadas três empresas, sabendo-se de antemão que apenas uma tem condições de fornecer o produto ou executar o serviço. Ou mesmo situações em que não está presente a má-fé, mas o nível de competição verificado no certame é baixo, e existem outras empresas, não convidadas, aptas a participar da licitação.

É claro que há situações especiais, em que o mercado é pouco competitivo ou que os possíveis fornecedores demonstram desinteresse em participar da licitação. Nesse tipo de situação, que constitui uma exceção à regra geral e precisa ser demonstrada no processo administrativo de licitação, não se precisará repetir o convite. É o que dispõe o art. 22, § 7º, da Lei nº 8.666/1993.¹⁸

Criticando o referido mandamento da eg. Corte de Contas da União, assevera o jurista Marçal Justen Filho (2012, p. 298):

A inexistência de, no mínimo, três potenciais interessados ou o não comparecimento de licitantes em tal número mínimo não se constitui em causa de invalidação do procedimento licitatório não obstante a insistência dos Tribunais de Contas em adotar a interpretação distinta. Mas a Administração deverá justificar, por escrito, a ocorrência.

Não é compatível com a Lei o entendimento de que o número mínimo de três deverá ser apurado em relação às propostas válidas. Alguns têm afirmado que, inexistindo número igual ou superior a três propostas válidas, a licitação deverá ser repetida. Ou seja, o problema não seria de dirigir o convite para três licitantes, mas de ser por ela atendido.

Desta feita, não obstante o entendimento do TCU, o fato de apenas um licitante comparecer ao certame processado por convite, ou eventualmente somente uma das empresas participantes lograr êxito na fase habilitatória (se existente) ou de classificação e julgamento das propostas (número de propostas válidas inferior a três), por si só, não implicará a necessidade de sua renovação, estando, pois, a Administração promotora do certame licitatório legitimada a dar continuidade aos expedientes licitatórios, desde que justificada a ocorrência.

18. TCU – Acórdão nº 1.290/2005 – Rel. Min. Benjamin Zymler – Plenário – Data da sessão: 24.8.2005 – DOU de 2.9.2005.

6 MOMENTO DA VERIFICAÇÃO DA PRESENÇA DE UM LICITANTE

6.1 Sessão pública de abertura da licitação

Mesmo a Administração promotora da licitação observando estritamente os ditames fixados no Estatuto Federal Licitatório, garantindo, por exemplo, a efetiva publicidade da competição e a lisura do ato convocatório, no sentido de este ser totalmente desprovido de qualquer expediente que possa restringir a competitividade do processo seletivo; grife-se que, na ocasião da abertura da sessão pública do torneio licitatório, poderá ser observada a presença de apenas um interessado no local de abertura dos envelopes.

Ressalte-se que a referida situação pode ter infundáveis motivos; apontam-se dois, já previstos na própria Lei de Licitações, no § 7º¹⁹ do art. 22, que permite que a licitação processada por convite prossiga com menos de três interessados, quais sejam a limitação de mercado e o desinteresse de particulares.

Com efeito, é de se destacar que foi dada igual oportunidade para todos os potenciais interessados comparecerem à repartição promotora do certame licitatório, na data fixada no ato convocatório, munidos dos devidos envelopes. Desse modo, não poderá a Administração revogar a licitação, sob pena de violar o princípio da isonomia, já que o único licitante não pode ser punido pelo desinteresse de outros particulares.

De fato, agir assim atenta de forma discriminatória a esse único interessado, pois a ausência de competidores não autoriza a Administração a desqualificar a sua proposta, ignorando-a a ponto de se pretender pôr fim à licitação.

Nesse sentido ensina José Roberto Dromi (2010, p. 377-378):

La comparencia de apenas un proponente no invalida los principios del procedimientos licitatorios. La regla de tratamiento igualitario es respetada con el llamamiento a eventuales interesados. Por el contrario, habría una lesión al principio de igualdad, si un interesado idóneo, que cumplimentó los presupuestos del llamado, fuese igualado a terceros desinteresados. Repetimos que el

19. “§ 7º Quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.”

proponente tiene siempre derecho a que su oferta sea considerada aunque sea la única que se presente.

Ocorrendo a referida situação, o mesmo procedimento a ser empreendido pela Administração ao se verificarem na licitação diversos interessados deverá ser implementado no momento da ocorrência de apenas um interessado nas etapas já apontadas.

Assim, considerando-se a inexistência de ilegalidade no edital, entende-se que aquele único interessado, que compareceu à sessão pública na data aprazada atendendo ao chamado da Administração licitante, tem o direito de permanecer na competição, não podendo, por esse motivo, ser o referido processo seletivo encerrado precocemente.

Sugere-se, por fim, em reverência ao princípio da competitividade, de modo a eventualmente afastar a referida situação nessa fase do procedimento licitatório, que o ato convocatório autorize, quando apenas um licitante acudir ao chamado da Administração, o pregoeiro ou a comissão de licitação a prorrogar a abertura da sessão pública do certame em 15 minutos (por exemplo), concedendo, assim, nova oportunidade a algum proponente atrasado.

6.2 Habilitação

Poderá acudir ao chamado da Administração licitante para apresentar os devidos envelopes uma multiplicidade de interessados, sendo, esse, aliás, o expediente que comumente ocorre nas licitações processadas pela Administração Pública brasileira; entretanto, nem todos eles, após o julgamento e a apreciação dos recursos, serão considerados aptos para prosseguir na competição. Nessa oportunidade, poderá apenas um particular atender à documentação habilitatória exigida no edital.

Assim, considerando-se a inexistência de expediente redutor da competição, bem como a necessidade de observância do princípio da isonomia (já que todos os interessados tiveram a oportunidade de apresentar a documentação de acordo com o edital), deve a Administração considerar habilitada somente aquele licitante que atendeu às condições do edital, avançando, assim, no processamento da licitação.

Nesse caso, não há como arguir a ausência de competição no processo seletivo, já que diversos competidores apresentaram-se para participar do torneio e, por motivo imputado tão somente ao licitante, houve o seu legítimo alijamento da competição.

Assim, sem mais delongas, ressalte-se que deve prosseguir a licitação em que apenas um licitante foi declarado habilitado, realizando-se os atos subsequentes relativos à modalidade que processa a licitação, salvo se verificado que a ausência de competidores foi causada por alguma condição editalícia ilegal, circunstância que demandará a anulação do processo seletivo, como já foi acima ressaltado.

6.3 Julgamento das propostas

No decorrer do processo licitatório, poder-se-á observar que apenas uma proposta está em conformidade com os requisitos editalícios, não sendo considerada inexequível ou superestimada, independentemente do fato de terem-se apresentado na sessão pública de abertura da licitação um ou diversos licitantes.

Nessa situação, considerando-se a inexistência de disciplina editalícia no sentido de direcionar o objeto da licitação para esse único proponente – circunstância que demanda a anulação do certame por flagrante violação ao princípio da competitividade –, atendendo a sua proposta às exigências do edital, em detrimento dos demais, e em sendo ainda exequível a oferta; deverá a Administração promotora da licitação classificá-la.

Desta forma, deverá ocorrer, porque a presença de apenas um licitante não conduz ao entendimento de que a Administração promotora do certame licitatório irá realizar uma contratação desvantajosa, pois, existindo um ou diversos licitantes na competição, somente será adjudicado o objeto da licitação ao particular detentor de uma proposta que se encontre dentro dos parâmetros constantes da pesquisa de mercado.

Nesse sentido, destaque-se que foi dada igual oportunidade para todos os interessados comparecerem à sessão pública, atenderem às exigências habilitatórias e apresentarem uma proposta competitiva; logo, a não adjudicação do objeto da licitação a esse único proponente – que teve a sua proposta classificada – para promover a revogação do certame caracterizará violação ao princípio da isonomia, já que esse particular, que se empenhou para estar na referida fase do processo licitatório, não poderá ser prejudicado em virtude da incompetência dos demais que, por tal e qual motivo, não se apresentaram na sessão pública ou, no caso daqueles que acudiram ao chamado da Administração, que foram inabilitados ou desclassificados.

Com efeito, ressalte-se que inexistente fundamento legal para a Administração licitante, motivada pela verificação de apenas uma proposta classificada, pôr fim à licitação. Como já foi asseverado, tal situação não desqualifica a oferta do particular. O que torna ilegítima a sua proposta é ela se apresentar como inexequível, superestimada ou por desatender a alguma exigência editalícia – circunstância que demandará a sua desclassificação.

Adilson de Abreu Dallari (1997, p. 135-136), quando preleciona acerca do julgamento das propostas, ensina que:

A qualidade da proposta independe do número de proponentes. Havendo apenas uma proposta que satisfaça plenamente ao pretendido pode ser altamente danoso para a Administração, pois além do tempo perdido e das despesas acarretadas pela renovação do procedimento, nada impede que aquele mesmo licitante único altere o preço proposto anteriormente, em prejuízo da Administração, seja por prevalecer-se da situação de único interessado, seja simplesmente em decorrência da inflação.

Acima de tudo, não há por que invalidar-se a licitação exclusivamente pelo fato da existência de uma só proposta válida, se a Administração pode não aceitar tal proposta, caso, afinal, ela se revele comprovadamente insatisfatória ou inconveniente. Havendo apenas uma proposta viável pode-se, imediatamente, passar à fase seguinte.

No caso de uma licitação processada pela modalidade pregão, dada a impossibilidade da realização da fase de lances com apenas um licitante, deverá o pregoeiro negociar com esse único particular, conforme determina o art. 4º, inc. XVII, da Lei do Pregão,²⁰ com o fito de buscar condições ainda mais vantajosas para a Administração licitante.²¹

Nesse caso, o prosseguimento dessa licitação também não restará obstada em face de uma negociação infrutífera, desde que a oferta desse único licitante se encontre dentro dos parâmetros mercadológicos.

20. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

21. “[...] não existe na legislação nenhum impedimento para que o procedimento do pregão seja considerado irregular, em que pese a participação de apenas um licitante; – se apenas uma proposta é apresentada, esta é a única a avançar nos lances. Não se pode olvidar a escoreita postura da pregoeira, que mesmo diante de apenas uma proposta classificada realizou o convite previsto no art. 11, inc. X, do Dec. nº 3.555/2000 e conseguiu uma redução na proposta oferecida” (TCU – Acórdão nº 64/2004 – Rel. Min. Ubiratan Aguiar – 2ª Câmara – Data da sessão: 29.1.2004 – DOU de 5.2.2004).

7 APLICAÇÃO DO ART. 48, § 3º, DA LEI DE LICITAÇÕES NA FASE DE HABILITAÇÃO E DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS QUANDO FOR VERIFICADO APENAS UM LICITANTE

Como acima restou assentado, poderá prosseguir uma licitação que acudiu apenas um interessado, realizando-se a próxima fase no procedimento licitatório, a qual será a habilitação nos casos de convite, tomada de preços ou concorrência, sem prejuízo da legislação que determinou a inversão das fases da competição, ou o julgamento das propostas, no caso específico de licitação processada pela modalidade pregão.

Nesse sentido, cotejando a documentação constante do envelope habilitatório com os requisitos fixados no ato convocatório, poderá ser observado que o único proponente que compareceu ao certame não foi considerado apto para permanecer no torneio, por não atender às exigências editalícias. Nesse caso, não restará alternativa para a Administração promotora do certame a não ser a inabilitação do único licitante, sob pena de violação ao princípio da estrita vinculação ao edital.

Também poderá ser verificado que a proposta desse único licitante não atendeu aos reclamos editalícios, já que, por exemplo, as características do objeto que constou da sua proposta são distintas daquelas consignadas no edital, ou ainda a oferta desse particular foi considerada inexequível ou superestimada, quando cotejada com o valor estimado da contratação.

Assim, nesse último caso, não sendo a exequibilidade da proposta comprovada ou tendo sido superestimados os preços apresentados, na forma do art. 48, inc. II, da Lei de Licitações, não restará alternativa para a Administração licitante senão desclassificar a única proposta.

Nessas ocasiões, independentemente da modalidade que processou a licitação, poderá a Administração promotora do certame licitatório, após o julgamento do competente recurso que manteve a inabilitação ou a desclassificação, se houver, com fundamento no art. 48, § 3º, da Lei de Licitações, conceder o competente prazo para que o único licitante apresente nova documentação ou proposta escoimada dos vícios observados.

Com efeito, da mesma forma com que se franqueia a possibilidade de apresentação de nova pro-

posta ou documentação escoimada dos vícios nas licitações em que há uma multiplicidade de competidores, deve ser garantida a intenção do legislador nos certames em que a competição é reduzida, sob pena de violação ao princípio da isonomia.

Desta feita, repise-se que a mesma oportunidade concedida para se apresentar nova proposta ou documentação escoimada de vícios, quando no torneio licitatório se observam diversos licitantes, não pode ser negada acaso haja apenas um proponente.

Corroborando nossa assertiva, ensina a profa. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2000, p. 219), *in verbis*:

Quanto à segunda indagação proposta, **o fato de existir um só proponente na concorrência ou tomada de preços ou ocorrendo inabilitação dos demais, não impede a aplicação do art. 48, § 3º, da Lei nº 8.666.** O intuito evidente desse dispositivo é o de aproveitar o procedimento, evitando-se, na medida do possível, os custos provocados por um novo procedimento. Assim, se uma só proposta restar e ela for inaceitável, não há qualquer impedimento a que a Administração dê ao licitante o prazo de 8 dias para que se apresente nova proposta escoimada dos vícios. Até porque o dispositivo não fez qualquer distinção quanto ao número de propostas, não cabendo ao intérprete fazê-la (grifo nosso).

Da mesma forma preleciona o saudoso mestre Diogenes Gasparini (2012, p. 667), *in verbis*: “[...] Se somente um proponente comparece e não satisfaz às exigências de habilitação, a ele devem ser concedidos os benefícios do § 3º do art. 48, pois ele significa **todos**” (grifo do autor).

Não é de outra forma que preconiza o eg. TCU, *in verbis*:

29. A aplicação do § 3º do art. 48 pressupõe a desclassificação de todas as propostas ou a inabilitação de todos os licitantes. O princípio da isonomia impede que a Administração faculte a renovação dos documentos ou das propostas quando houver licitantes habilitados ou classificados. Portanto, se um único licitante preencher os requisitos estabelecidos no edital, não se deve admitir o saneamento dos vícios por parte dos demais.

30. Além disso, a regra não pode ser aplicada relativamente a licitantes já excluídos em outras fases no curso da licitação. Desclassificada a proposta técnica da única participante do certame, não cabe facultar aos licitantes eliminados na fase de habilitação apresentar novos documentos ou novas propostas técnicas. Os

licitantes inabilitados já foram excluídos da licitação e não devem ser reconvidados pela desclassificação da proposta técnica do proponente remanescente.

31. Outrossim, a existência de apenas um concorrente em determinada fase do certame, a meu ver, não desnatura a aplicação do § 3º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993²² (grifo nosso).

8 DA OBSERVÂNCIA DE APENAS UM LICITANTE NAS LICITAÇÕES DIFERENCIADAS PARA MICRO E PEQUENAS EMPRESAS²³

Poderá ser verificada ainda, quando da realização das licitações diferenciadas fixadas no art. 48, incs. I e III, da LC nº 123/2006,²⁴ a presença de apenas um proponente apto a acudir ao chamado da Administração licitante.

Nesta situação específica, grife-se que o art. 49, inc. II, da LC nº 123/2006 estabelece que a realização destes certames diferenciados somente poderá ocorrer se verificado um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Logo, antes de ser desencadeada uma licitação destinada exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00, ou ser fixada ainda uma cota de até 25% do objeto para tais proponentes, deve a Administração promotora do certame verificar a existência destes

22. TCU – Acórdão nº 2048/2006 – Rel. Min. Benjamin Zymler – Plenário – Data da sessão: 8.11.2006 – DOU de 13.11.2006.

23. “Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que: I – no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e II – no caso da empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).”

24. “Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública: (Redação dada pela LC nº 147, de 2014) [...] I – deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014); [...] III – deverá estabelecer, em certames para aquisição de bens de natureza divisível, cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de (Redação dada pela Lei Complementar nº 147, de 2014).”

particulares sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório.

Observando na fase interna de licitação tal situação, tem-se que, posteriormente, durante o processamento do certame, poderá atender ao chamado da licitação apenas um proponente, em razão dos fatos acima já aventados. Assim, ocorrendo, conforme já afirmamos, deve o certame avançar, uma vez que aquele único particular que acudiu ao chamado da Administração não pode ser prejudicado pelo desinteresse dos demais que poderiam participar do certame.

9 A DIVERGÊNCIA DE ENTENDIMENTO NO STJ

Não obstante seja esse o entendimento pacífico da melhor doutrina e das eg. Cortes de Contas, como já restou exaustivamente demonstrado, no STJ vislumbra-se que ele é controverso, dada a verificação de decisões que se manifestam pela possibilidade da revogação da licitação quando for verificada a presença de apenas um licitante na competição e de acórdão cujo teor é no sentido de ser possível o prosseguimento do certame quando da existência de apenas um competidor.

Nesse sentido, posicionando-se pela impossibilidade da condução da licitação com apenas um proponente, têm-se os seguintes acórdãos:

Administrativo. Licitação. **Apenas um candidato em condições de participar. Revogação pela Administração: possibilidade, pois o interesse público recomenda que mais de um candidato participe efetivamente da licitação.** Recurso não conhecido²⁵ (grifo nosso).

Administrativo. Licitação. Modalidade **pregão eletrônico. Revogação. Contraditório.**

1. Licitação obstada pela revogação por razões de interesse público.

2. Avaliação, pelo Judiciário, dos motivos de conveniência e oportunidade do administrador, dentro de um procedimento essencialmente vinculado.

3. Falta de competitividade que se vislumbra pela só participação de duas empresas, com ofertas em valor bem aproximado ao limite máximo estabelecido.

4. A revogação da licitação, quando antecedente da homologação e adjudicação, é perfeitamente pertinente e não enseja contraditório.

25. STJ – REsp. nº 46.179/MG – Rel. Min. Adhemar Maciel – 2ª Turma – j. em 1º.12.1997 – DJ de 11.5.1998.

5. Só há contraditório antecedendo a revogação quando há direito adquirido das empresas concorrentes, o que só ocorre após a homologação e adjudicação do serviço licitado.

6. O mero titular de uma expectativa de direito não goza da garantia do contraditório.

7. Recurso ordinário não provido (RMS nº 23.402/PR – Rel. Min. Eliana Calmon – 2ª Turma – DJe de 2.4.2008).

[...] **8. A participação de um único licitante no procedimento licitatório configura falta de competitividade, o que autoriza a revogação do certame. Isso porque uma das finalidades da licitação é a obtenção da melhor proposta, com mais vantagens e prestações menos onerosas para a Administração, em uma relação de custo-benefício, de modo que deve ser garantida, para tanto, a participação do maior número de competidores possíveis**²⁶ (grifo nosso).

Pela possibilidade de prosseguimento da licitação, temos o seguinte entendimento:

Administrativo. RMS. Recurso do art. 109 da Lei nº 8.666/1993. Amplitude.

1. A autoridade superior quando do julgamento do recurso inserto no art. 109 da Lei nº 8.666/1993 pode adentrar no mérito da decisão que habilitou e inabilitou licitantes.

2. Inviável a via do *mandamus* para discutir deficiência de comprovação de capacidade técnica aferida em licitação sem prova inequívoca do cumprimento das exigências do edital.

3. Não há óbice legal a continuação de certame licitatório quando reste habilitado apenas um dos licitantes, desde que cumprido o rito procedimental da licitação.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança improvido²⁷ (grifo nosso).

10 A LEGALIDADE DO AVANÇO DA LICITAÇÃO QUANDO FOR VERIFICADO APENAS UM PROPONENTE E O AFASTAMENTO DA REVOGAÇÃO DA COMPETIÇÃO

Como restou assentado, não havendo vício no ato convocatório, no nosso entender, inexistirá fundamento legal para que a Administração promotora

do certame revogue a licitação quando for observado apenas um licitante nas fases do processo seletivo já mencionadas acima.

Caso se verifique, todavia, que a ausência de competidores ou o alijamento de proponentes do certame (por inabilitação ou desclassificação) foi causado por uma exigência injustificada não amparada na Lei de Licitações, entende-se que a providência da Administração será a de anulação da licitação, como também já restou assentado.

Para que a revogação de uma licitação seja lícita, em qualquer fase do procedimento licitatório, deverá existir o preenchimento das condições dispostas no *caput* do art. 49 da Lei de Licitações,²⁸ qual seja a existência de “razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”, a ser consignado em parecer devidamente motivado.

Acerca do preenchimento destes requisitos, exigidos pela lei para que a revogação seja legítima, ressalte-se que a presença de apenas um licitante na sessão pública de habilitação, nas fases habilitatória ou classificatória, seria caracterizada como um fato superveniente.

Todavia, em relação à exposição das razões de interesse público, isto é, a “*justa causa*”, que seja suficiente para justificar a revogação da licitação, tem-se que tal requisito apresenta dificuldade de comprovação, como ensina Hely Lopes Meirelles (2007, p. 179):

Não havendo **justa causa**, quer para a revogação, quer para a anulação, a decisão revocatória ou anulatória torna-se arbitrária, porque uma e outra estão vinculadas aos motivos que as autorizaram, ou seja: o interesse público, para a **revogação**; a ilegalidade, para a **anulação**.

Nesse passo, caso a Administração promotora do certame não consiga demonstrar essa “*justa causa*”, qual seja o prejuízo ao interesse público que repousa na presença de apenas um licitante no certame, a revogação do processo seletivo será irregular e ilegítima e possibilitará que esse único interessado, caso se sinta prejudicado, discuta a referida situação no

26. STJ – RMS nº 23.360/PR – Rel. Min. Denise Arruda – 1ª Turma – j. em 18.11.2008 – DJe de 17.12.2008.

27. STJ – RMS nº 19.662 – Rel. Min. Castro Meira – 2ª Turma – j. em 16.3.2006 – DJ de 27.3.2006.

28. “Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.”

Poder Judiciário, circunstância que adiará ainda mais o atendimento da necessidade administrativa almejado com o objeto da licitação revogada.

Assim, por inexistir a violação a nenhum dispositivo legal da Lei de Licitações ou a princípio licitatório ou de Direito Público, entende-se que deve a Administração promotora da licitação prosseguir com o certame – abrindo, quando for o caso, a sessão pública da competição e verificando as condições habilitatórias desse único particular – ou aferir a sua proposta comercial antes de tomar qualquer decisão a respeito.

Nesse passo, processando-se a licitação e verificando-se ao cabo do procedimento administrativo ofertas vantajosas, indaga-se: será que a presença de apenas um particular nas fases acima delineadas desaconselharia o prosseguimento da licitação, como manifestou o STJ nas decisões antes expostas, ou somente sinalizaria²⁹ a referida oportunidade, o que demandaria a necessidade de a Administração licitante analisá-la, de forma cautelosa, a fim de prejudicar o direito do único particular de contratar com a Administração licitante?

No nosso sentir, tem-se que a verificação da presença de apenas um particular na competição em plenas condições habilitatórias e comerciais (preços vantajosos) de prosseguir no processo seletivo não autoriza a revogação da licitação, sob pena de ser violado o princípio da isonomia, cujo entendimento acima já foi delineado, circunstância que permite ao licitante prejudicado questionar tal postura em vias

29. Administrativo. Ação popular. Licitação. Apenas um licitante interessado. Ausência de competição. Revogação. Possibilidade não efetivada pela Administração. Ato discricionário. Observância do interesse público. Mérito administrativo. Controle judicial. Impossibilidade.

1) **A ausência de competição, com a existência de apenas um licitante interessado no objeto do certame, não impõe à Administração Pública a revogação de todo o procedimento, sinalizando, tão somente, a existência da possibilidade de revogação, que poderá ou não ser levada a efeito pelo administrador, segundo seu próprio critério de conveniência, mérito este que não se submete ao controle judicial, demonstrada a correspondência com o interesse público, na hipótese concreta.**

2) O Ibama, intimado a externar as razões que o levaram a optar pelo prosseguimento da licitação, afirmou que a situação irregular da prestação de serviços de transporte no acesso ao Morro do Corcovado era de tal forma grave que não seria possível esperar mais para revertê-la. Assim, atenderia mais ao interesse público – e também ao interesse da autarquia, que tem como uma de suas funções fiscalizar a preservação do meio ambiente – prosseguir com a licitação, contratando empresa que assumisse, além da prestação do serviço de transporte, o compromisso de respeitar as normas ambientais [...] (grifo nosso) (TRF2ªR – Ap. Reex. nº 200751010251137/RJ 2007.51.01.025113-7).

administrativas ou judiciais, devendo, portanto, o processo seletivo avançar, observando-se o procedimento inerente à modalidade adotada.

Ademais, ressalte-se que revogar a licitação por causa da presença de apenas um licitante, nas fases apontadas, além de postergar a contratação, poderá causar prejuízo ao interesse público almejado com o referido objeto e à Administração promotora do certame, a qual deverá, sem necessidade, movimentar novamente a máquina administrativa, para processar novo certame que não terá certeza que acudirá mais interessados ou que receberá uma proposta mais vantajosa do que aquela que irá dispensar em face da suposta ausência de competitividade.

Sobre o tema ensina o jurista argentino José Roberto Dromi (2010, p. 378):

La inadmisibilidad del ofertante único, por serlo, importa adherir a un criterio sumamente formalista y dañoso para la economía y celeridad del obrar administrativo, pues además del tiempo perdido y el costo que acarrea la renovación del procedimiento, nada impide que se presente el mismo y único oferente.

A nosso ver, portanto, a presença de apenas um licitante nas fases já apontadas não é justa causa para a Administração pôr fim ao processo licitatório precocemente, existindo mais e suficientes razões para justificar a manutenção da licitação com somente um particular do que revogar o processo licitatório motivado pela suposta falta de competitividade.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como restou assentado, é legítimo que o processo licitatório prossiga quando somente um particular atendeu ao chamado da Administração promotora do certame licitatório, só um licitante apresentou a documentação exigida no ato convocatório – restando, portanto, habilitado –, ou simplesmente apenas um proponente teve a sua proposta classificada.

Nesse sentido, o referido entendimento é comungado por toda a doutrina administrativista, a longa data, bem como pelos órgãos de controle externo e Poder Judiciário paulista, sem prejuízo das divergências observadas no STJ.

Para que o processo licitatório avance legitimamente, todavia, deverá o ato convocatório ser desprovido de qualquer tipo de expediente que possa, de alguma forma, restringir a participação de inte-

ressados, sob pena de o agente público competente ser responsabilizado, na forma da lei, civil, penal e administrativamente.

Assim, esse único interessado tem o direito de permanecer no certame, não podendo o referido processo seletivo ser encerrado precocemente por esse motivo, devendo a Administração licitante praticar os atos subsequentes. Nessa toada, caso esse particular atenda a todos os requisitos do edital e apresente um preço vantajoso, sagrar-se-á vencedor do torneio, passando, após os atos de homologação e adjudicação, a celebrar o competente contrato administrativo ou aceitar ou retirar o instrumento equivalente, fato que possibilitará o atendimento do interesse público almejado com o objeto do certame licitatório.

REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BORGES, M. C. M. Princípio da competitividade e a participação de um só licitante em pregão presencial. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Minas Gerais, ano XXVIII, v. 77, n. 4, out./nov./dez. 2010. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1104.pdf>>. Acesso em: 31 ago. 2015.
- DALLARI, Adilson de Abreu. *Aspectos jurídicos das licitações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DROMI, José Roberto. *Licitación pública*. 4. ed. act. Buenos Aires, Madrid, México: Ciudad Argentina, Hispania Libros, 2010.
- FIGUEIREDO, L. V. *Direito dos licitantes*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FIORINI, Bartolomé. *Licitación pública: selección del contratista estatal*. Buenos Aires, 1972.
- GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- _____. *Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2009.
- MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970. t. III.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- _____. _____. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Da licitação*. São Paulo: José Bushatsky, 1978.
- NIEBUHR, J. M. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*. São Paulo: Dialética, 2003.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Licitação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de Improbidade Administrativa: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- PEREIRA JUNIOR, J. T. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8. ed. São Paulo: Renovar, 2009.
- SAYAGUES LASO, Enrique. *La licitación pública*. Montedideu: Acali Editorail, 1978.

COMO REFERENCIAR ESTE ARTIGO:

PARZIALE, Aniello dos Reis. A licitação e a presença de apenas um licitante. *BLC – Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, NDJ, ano 28, n. 10, p. 1065-1077, out. 2015.