

ILUSTRÍSSIMO SR. PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES DA PREFEITURA MUNICIPAL DE PILAR DO SUL

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 4/2024
Processo nº 14303/2023

Data da abertura da sessão: 20/03/2024 ÀS 09h00min.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA., sociedade empresária, com sede estabelecida na Av Morumbi, 8234 - 3.andar, Santo Amaro, São Paulo/SP, CEP 04703-901, inscrita no C.N.P.J. sob o n.º 00.331.788/0001-19, e com filial estabelecida na Rua General David Canabarro, 600 - Centro, CEP 92.320-110, Canoas/RS, inscrita sob C.N.P.J. n.º 00.331.788/0027-58, por intermédio de seu procurador que a esta subscreve, com fundamento no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal, vem respeitosamente à presença de Vossa Senhoria, ingressar com a presente

REPRESENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

no Pregão em epígrafe, pelas razões de fato e direito a seguir aduzidas.

1. PRELIMINARMENTE.

Preliminarmente, versa o citado preceito da Constituição Federal (art. 5º, XXXIV, “a”) que **“são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.”**

Quando se trata de direitos indisponíveis e de interesse público, não pode a Administração, diante de um fato ilegal, negar conhecimento sob pena de caracterizar-se a omissão, *lato sensu*, idéia essa reforçada pelo art. 74, § 1º, da Constituição Federal, segundo o qual *“os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem*

conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, **sob pena de responsabilidade solidária** ..." (grifamos). O mérito não pode ser ignorado, especialmente porque reflete no interesse público e na legalidade a serem protegidos pelo Estado.

Por oportuno, cabe transcrever o ensinamento do professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua festejada obra "Curso de Direito Constitucional Positivo", 20ª ed., Malheiros, p. 442:

*"É importante frisar que o **direito de petição** não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido **escusar pronunciar-se sobre a petição**, quer para acolhê-la quer para desacolhê-la com a devida motivação".*

Sobre a "Representação Constitucional – Direito de Petição" e a obrigatoriedade da Administração em conhecer o pedido e avaliar o mérito, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, proferiu em Acórdão nº 01416820, Segunda Turma, conforme dispõe:

"O inciso LV, do art. 5º, da Constituição Federal garante a todos os litigantes o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa, quer em processo judicial ou administrativo.

(...)

*O silêncio da Autoridade Impetrada quanto à **representação do Impetrante**, causou **violação ao direito de petição**, previsto no inciso XXXIV, do art. 5º da Constituição Federal." (Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO Classe: AMS - Apelação em Mandado De Segurança – 01416820, Processo: 199601416820 UF: BA Órgão Julgador: Segunda Turma Suplementar, Data da decisão: 25/06/2002 Documento: TRF100132877, JUIZ CÂNDIDO MORAES)*

Nesse sentido, inclina-se o eminente jurista ALEXANDRE DE MORAES:

"O direito de petição possui eficácia constitucional, obrigando as autoridades públicas endereçadas ao recebimento, ao exame e, se necessário for, à resposta em prazo razoável, sob pena de configurar-se violação de direito líquido e certo do peticionário, sanável por mandado de segurança". (in Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Ed. Atlas, 6ª ed., 2006, pág. 292).

Diante do exposto, requer que o presente instrumento seja conhecido, processado e apreciado.

2. DOS FATOS

Na data de 20 de março de 2024 acontecerá a abertura do certame n.º 04/2024, tendo por objeto o "REGISTRO DE PREÇO PARA EVENTUAL FORNECIMENTO DE OXIGÊNIO MEDICINAL".

3. DA INEXEQUIBILIDADE DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA COMERCIAL.

Em se tratando de licitações é essencial evitar entendimentos inadequados e diversos quanto aos termos do edital e seus anexos, que possam resultar em propostas desconformes com as condições indispensáveis para a Administração, desnivelando a disputa em prejuízo à saudável Competição e as condições de Isonomia entre os diversos participantes, com a finalidade de se obter a oferta mais vantajosa.

Ensina o eminente Administrativista Hely Lopes Meirelles [Licitação e contrato administrativo. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P.112]:

“o objeto da licitação é a própria razão de ser do procedimento seletivo destinado à escolha de quem irá firmar contrato com a Administração; se ficar indefinido ou mal caracterizado passará para o contrato com o mesmo vício, dificultando ou até mesmo impedindo a sua execução.”(g/n)

E ele continua:

“A definição do objeto da licitação, é, pois condição de legitimidade da licitação, sem a qual não pode prosperar o procedimento licitatório, qualquer que seja a modalidade de licitação. É assim porque sem ela torna-se inviável a formulação das ofertas, bem como o seu julgamento, e irrealizável o contrato subsequente.”(g/n)

Desta forma, faz-se imperiosa a análise dos pontos abaixo apresentados, por constituírem fatores impeditivos para a formulação de propostas.

4. DO MÉRITO

a) DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE LOCAÇÃO DE CILINDROS

Verifica-se no ato convocatório que o objeto licitado não contempla item para Locação de Cilindros, com a estimativa do quantitativo de cilindros, condição esta de substancial importância para que as empresas possam estimar o custo para fornecimento do objeto contemplado no processo.

Considerando que a contratada deverá realizar investimento para aplicar os cilindros condicionadores dentro do prazo estipulado no edital.

Considerando que a Contratada deverá atender com excelência e o investimento para aplicação dos cilindros.

Considerando que o custo do investimento é essencial para análise do custo operacional das licitantes e ainda decisório para a participação das mesmas.

Considerando que o quantitativo de cilindros constitui condição essencial para que as empresas de gases possam elaborar sua análise de custos e assim estabelecer preços justos para oferta em processos licitatórios.

Por todo o exposto, a IMPUGNANTE **requer a revisão do edital para inclusão de item de Locação de Cilindros no lote, com a estimativa do quantitativo que a empresa deverá fornecer ao longo da execução do contrato.**

A manutenção do edital sem a inclusão de item para cotação de Locação de Cilindros com a estimativa do quantitativo inviabilizará o processo de fornecimento, bem como a participação de empresas neste processo licitatório.

Ensina o eminente Administrativista Hely Lopes Meirelles [Licitação e contrato administrativo. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P.112]:

“o objeto da licitação é a própria razão de ser do procedimento seletivo destinado à escolha de quem irá firmar contrato com a Administração; se ficar indefinido ou mal caracterizado passará para o contrato com o mesmo vício, dificultando ou até mesmo impedindo a sua execução.”(g/n)

Diante do exposto, vem a ora Impugnante requerer a retificação do edital para as alterações sugeridas acima e esta Administração Pública possa atender o Princípio da Competitividade e da Isonomia.

b) DA RESPONSABILIDADE PELA SUBSTITUIÇÃO

Dispõe o edital convocatório no Anexo I, Termo de Referência, ITEM 2. PRAZOS, LOCAL E CONDIÇÕES DE ENTREGA, subitem 2.3, **que o fornecedor seja responsável pela substituição dos cilindros.** Senão vejamos:

2.3 - A detentora da ata deverá disponibilizar os cilindros de oxigênio em regime de comodato. Os cilindros deverão seguir os padrões ABNT, com identificação de cor conforme Normas. A empresa contratada deverá realizar a recarga dos cilindros fornecidos, como também a substituição e retirada.

Entretanto, salienta-se que a responsabilidade será da Contratante pois a equipe que realiza a entrega não está apta para realização da substituição dos cilindros.

Salientamos que a realização da entrega de gases industriais, medicinais e especiais é realizada na maioria das empresas do segmento gasista, apenas e tão somente por profissionais motorista e ajudante.

Ainda, por uma questão de segurança a equipe destinada a entrega (motorista e/ou ajudantes) não são autorizados, tampouco treinados para tal função, **pois, tal situação poderia caracterizar desvio de função.**

Sendo necessária a substituição dos cilindros, a Contratada deverá dispor de equipe própria qualificada para que realize a devida substituição; assim designados, realizem o manuseio e substituição dos cilindros para a correta instalação dos mesmos, sendo este procedimento de total responsabilidade da Contratante, inclusive na assunção dos riscos inerentes ao procedimento citado.

Diante do exposto, a ora Impugnante requer a retificação do edital para a **exclusão da exigência de responsabilidade da Contratada pelo manuseio e substituição dos equipamentos entregues pela Contratada.**

c) DA EXIGÊNCIA DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVAS EM CILINDROS.

Dispõe o edital convocatório no Anexo I, Termo de Referência, ITEM 2. PRAZOS, LOCAL E CONDIÇÕES DE ENTREGA, subitem 2.4:

2.4 - A detentora da ata deverá realizar manutenções preventivas e corretivas nos cilindros de oxigênio.

Insta-nos informar que a Contratada é responsável tão somente pela instalação e manutenção dos equipamentos de sua propriedade e pelo serviços de conservação e limpeza dos mesmos. A manutenção dos cilindros que não sejam de propriedade da Contratada são de responsabilidade da Contratante.

Dessa forma, solicitamos que o edital seja retificado para excluir a exigência de responsabilidade pela contratada da **manutenção preventiva e corretiva dos cilindros** da Contratante.

d) QUANTO A QUANTIDADE DE APLICAÇÃO DOS CILINDROS

Considerando que o quantitativo de cilindros constitui condição essencial para que as empresas de gases possam elaborar sua análise de custos e assim estabelecer preços justos para oferta em processos licitatórios.

A disponibilização de cilindros por parte das empresas também representa um custo que será embutido no preço dos gases, razão pela qual a ausência dessa previsão no edital maximiza as chances da Administração obter propostas com preços destoantes entre si e da realidade, ou até mesmo inexequíveis, e, conseqüentemente, dificultar a seleção da mais vantajosa para a Administração.

Neste sentido, questiona-se:

- **Qual a quantidade de cilindros por capacidade a licitante vencedora deverá disponibilizar para aplicação ?**

e) **ESCLARECIMENTOS QUANTO AOS LOCAIS DE ENTREGA.**

Dispõe o edital convocatório no Anexo I, Termo de Referência, ITEM 2. PRAZOS, LOCAL E CONDIÇÕES DE ENTREGA, subitem 2.1:

2. PRAZOS, LOCAL E CONDIÇÕES DE ENTREGA

2.1 – O prazo de entrega do objeto licitado (entrega/substituição dos cilindros em comodato/recarga do gás) deverá ser de 24 (vinte e quatro) horas, a partir da solicitação (empenho). Que deverão ser entregues na Av. Papa João XXIII, nº 1010, Campo Grande, Pilar do Sul – SP ou onde indicado no momento da solicitação.

Considerando que o edital só informa 1 (um) local.

Questiona-se:

- **Quais os demais possíveis locais de entrega?**

Dessa forma, solicitamos o esclarecimento acima, considerando que as informações de quantidades/locais/endereços de entrega influenciam diretamente na composição dos custos de logística para entrega.

A necessidade dos esclarecimentos acima transcritos, se faz necessário para que as licitantes tenham condições reais de analisarem as obrigações futuras, analisarem seus custos e elaborar suas proposta

f) **QUANTO AO OXIGÊNIO MEDICINAL 2,5 M3 - TIPO Z**

Dispõe o edital convocatório no Anexo I, Termo de Referência, ITEM 1. OBJETO, subitem 1.1:

1. OBJETO

1.1 - O objeto da presente licitação é o **REGISTRO DE PREÇOS PARA O FORNECIMENTO DE OXIGÊNIO MEDICINAL**, aos pacientes com quadro clínico debilitado que necessitam do mesmo para tratamento.

QUANT.	UNID.	DESCRIÇÃO
4.000	m ³	Oxigênio Medicinal 1 m ³
3.000	m ³	Oxigênio Medicinal 2,5 m ³ - Tipo Z
10.000	m ³	Oxigênio Medicinal 10 m ³

Em relação ao Oxigênio Medicinal de 2,5 m³ - Tipo Z, podemos considerar a metragem aproximada? de 1,5 a 4 m³?

5. “IN FINE”

Consubstanciando a importância do Princípio da Competitividade, transcrevemos abaixo o entendimento do Prof. Diógenes Gasparini, apresentado no II Seminário de Direito Administrativo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (fragmento retirado do sítio http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini4.htm)

“O princípio da competitividade é, digamos assim, a essência da licitação, porque só podemos promover esse certame, essa disputa, onde houver competição. É uma questão lógica. Com efeito, onde há competição, a licitação não só é possível, como em tese, é obrigatória; onde ela não existe a licitação é impossível.

(...)

Em suma, o princípio da competitividade de um lado exige sempre em que se verifique a possibilidade de se ter mais de um interessado que nos possa atender, que nos possa fornecer o que desejamos. Essa constatação determina ou não a promoção da licitação. Portanto, a competição é exatamente a razão determinante do procedimento da licitação, mas ele tem uma outra faceta que muitas vezes é desapercibida pelo operador do Direito. Se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado. Sendo assim, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. Procedimento dessa natureza viola o princípio da competitividade.”

Assim sendo, concluímos que o presente edital não atende à legislação pertinente, por conter vícios que o torna nulo para o fim a que se destina, razão pela qual solicitamos que ele seja reformado, tendo em vista que tais modificações afetam diretamente a formulação das propostas, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, em cumprimento ao inciso IV, §1º do Artigo 55 da Lei 14.133/21.

“...§ 1º Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas. .” (g/n)

Lembramos por oportuno o que apregoa o Mestre Hely Lopes Meirelles:

“é nulo o edital omissivo ou errôneo em pontos essenciais, ou que contenha condições discriminatórias ou preferenciais, que afastem determinados interessados e favoreçam outros. Isto ocorre quando a descrição do objeto da licitação é tendenciosa, conduzindo a licitante certo e determinado, sob falsa aparência de uma convocação igualitária.”(g/n)

6. DO PEDIDO

Diante de todo o exposto, requer seja conhecida e processada a peça de Representação Constitucional bem como avaliado seu mérito, e, em face dos relevantes argumentos, seja acolhido o pleito da Representante para o fim de:

Que seja retificado o instrumento convocatório **nos termos dos pedidos apostos no item 4. MÉRITO - alíneas "a, b, c, d, e, f".**

Caso o Sr. Pregoeiro não reforme a referida decisão, encaminhe este documento devidamente informado à Autoridade Superior, em conformidade com a Lei nº 14.133/21.

Termos em que,
Pede deferimento.
São Paulo, 15 de março de 2024.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.