

SENHOR PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELA LICITAÇÃO DO CONSÓRCIO CONIMS (PR)

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 011/2021

DIAMOND ACESSÓRIOS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 11.059.063/0001-30, com sede na Rodovia Antônio Luiz Moura Gonzaga, nº 4530, Bairro Rio Tavares, Florianópolis (SC), CEP 88.048-301, empresa que tradicionalmente participa de licitações na área do objeto da presente licitação, com amparo no art. 5º, inciso XXXIV, da Carta Magna, no art. 41 da Lei Federal nº 8.666/1993 e na Lei Federal nº 10.520/2002 vem, **TEMPESTIVAMENTE**, apresentar **IMPUGNAÇÃO DO EDITAL** cujo número está anotado em epígrafe, pelo que passa a expor e requerer o que segue.

1. EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS DETERMINANTES DA ANULAÇÃO DO PRESENTE CERTAME OU, PELO MENOS, DA RETIFICAÇÃO DE SEU EDITAL

Esta potencial licitante é empresa do ramo do objeto licitado, com ampla atuação no mercado governamental. Tem o máximo interesse em participar do certame, quer competir, mas dentro das normas legais aplicáveis e em condições isonômicas de habilitação e de julgamento. Quer participar do certame, e esse é um direito público subjetivo (art. 4º da Lei Federal nº 8.666/1993), a partir de regras editalícias formadas dentro da legislação incidente. Analisando o edital, verificou aspectos contrários, no seu entender, que devem ser corrigidos, os quais ora submete à análise de Vossa Senhoria.

A presente manifestação justifica-se pela busca da legalidade do certame, para que possa competir em igualdade de condições com seus concorrentes. Há regras de natureza técnica e jurídica inseridas neste procedimento licitatório aptas a **desqualificar** seu julgamento, **impossibilitando** à Administração Pública selecionar os melhores produtos possíveis, e, nessa condição, são **contrárias à legislação incidente**.

Adiante, analisamos alguns aspectos que entende esta impugnante, potencial licitante, devem ser reexaminados por esse Julgador.

2. DOS ITENS A SEREM RETIFICADOS DO EDITAL – ATENDIMENTO ÀS NORMAS TÉCNICAS E DE QUALIDADE E AO PRINCÍPIO DA MAIS AMPLA COMPETITIVIDADE NOS CERTAMES LICITATÓRIOS

Senhor Pregoeiro, analisando a descrição detalhada dos termos constantes no presente edital, verifica-se que **estão insuficientes as especificações técnicas do objeto licitado.**

Sabe-se que produtos que não respeitam normas técnicas regulamentadoras quando da sua produção não têm garantia de apresentarem a mesma qualidade dos que observam tais normas. Outrossim, o licitante interessado e cumpridor de seus deveres é obrigado a competir com preços injustos e para ele impraticáveis, porquanto é obrigado a competir com produtos de qualidade inferior.

Não resta dúvida de que o atendimento às normas técnicas deve ser exigido pela Administração Pública e cumprido pelas licitantes. Esse também é o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme registra a ementa transcrita a seguir:

É legítima a exigência de certificação, comprovando que o objeto licitado está em conformidade com norma da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), de forma a garantir a qualidade e o desempenho dos produtos a serem adquiridos pela Administração, desde que tal exigência esteja devidamente justificada nos autos do procedimento administrativo. (Acórdão 1225/2014-Plenário | Relator: AROLDO CEDRAZ)

Do julgamento ao qual se refere a ementa acima colacionada, cabe citar o seguinte trecho:

5. A administração pública deve procurar produtos e serviços com a devida qualidade e que atendam adequadamente às suas necessidades. É preciso **mudar o paradigma**, que infelizmente ainda predomina no campo das aquisições públicas, da busca do "menor preço a qualquer custo". Esse paradigma tem levado, muitas vezes, a administração a contratar obras, bens e serviços de baixa qualidade, que não atendem a contento às necessidades e que afetam o nível dos serviços públicos prestados. E, muitas vezes, sequer a aparente economia de recursos que se vislumbrava conseguir efetivamente se concretiza em médio e longo

prazos, uma vez que esse tipo de contratação geralmente implica substituições em prazos mais curtos, maiores custos de manutenção etc.

6. Evidentemente, essa busca pela qualidade não significa descuidar da economicidade ou desconsiderar a necessidade de ampliação da competitividade das licitações. Mas **a obtenção de preços de aquisição mais baixos não pode ser atingida às custas da contratação de produtos de baixa qualidade ou de empresas sem condições de prestar serviços adequados.** [grifo nosso]

Passamos a demonstrar os pontos nos quais o instrumento convocatório deste certame não se adequa às normas aplicáveis.

O registro dos produtos na ANVISA é apenas um processo burocrático para permitir a comercialização no país, pois não existe nenhum procedimento técnico realizado pelo Órgão que avalie a qualidade ou eficácia do item que está sendo registrado. Ainda em Maio de 2020, um levantamento que cruzou dados de processos de liberação de testes no país com os de sistemas de vigilância sanitária de outros países, mostrou que 75% dos reagentes para a verificação do vírus da covid-19 já autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária chegaram ao Brasil sem a chancela internacional apropriada, o que significa que há vários testes do tipo do ora licitado que possuem o registro na ANVISA, mas não têm sequer aval do controle sanitário dos países de origem para serem vendidos neles e, por isso, existe a necessidade de estabelecer parâmetros mínimos de qualidade para garantir uma aquisição de produto eficaz.

As especificações técnicas constantes no Edital da presente licitação, para o item 43 do objeto licitado, são insuficientes, especialmente no que tange à sensibilidade e à especificidade esperadas, bem como à falta de exigência de controle de qualidade dos kits, visto que o material percorre longas distâncias até chegar ao cliente final e um mau armazenamento pode prejudicar a eficácia dos testes ora licitados. Considere-se a imagem a seguir:

43	Kit para teste rápido para detecção qualitativa do Antígeno Sars-cov-2; Ensaio Imunocromatográfico com a utilização de Anticorpos Anti-sars-cov-2, em amostras de Swab nasofaríngeo. O Kit deve possuir todos os insumos necessários para o uso a que se destina, desde a parte da coleta até a visualização do resultado. Uso profissional. O rótulo deve conter o nome do produto, número de lote, data de fabricação/validade, composição e procedência. Deve possuir Registro Anvisa/MS.
----	--

A exigência mal dimensionada de percentuais mínimos de sensibilidade e especificidade, ou a falta dessa exigência para um teste do tipo do ora licitado, é algo muito arriscado, a ensejar margem de erro muito grande para o produto em questão. O produto terá poucas condições de gerar os resultados esperados, sendo, destarte, ineficiente e ineficaz.

Um teste de detecção de COVID-19 com percentual baixo de sensibilidade gerará grande número de casos do chamado “falso negativo”, isto é, deixará de detectar pessoas infectadas. Com isso, haverá aumento da disseminação do Coronavírus entre a população, a um custo muito alto. Um teste confiável e de boa qualidade deve apresentar sensibilidade mínima de 93% (o que significa que, a cada 100 pessoas testadas, até 7 podem apresentar resultado “falso negativo”).

Um teste de detecção de COVID-19 com percentual inadequado de especificidade gerará grande número de casos do chamado “falso positivo”, isto é, apontará como infectadas as pessoas saudáveis. Com isso, haverá distorção dos dados coletados com a testagem, dificultando as ações de controle e submetendo indivíduos saudáveis a cuidados e tratamentos desnecessários. Com o avanço dos estudos e o empenho dos laboratórios do mundo inteiro, já há vários testes que praticamente eliminam a possibilidade de “falsos positivos”, o que implica uma eficiência e segurança muito maior na testagem. Por isso, um teste confiável e de boa qualidade deve apresentar especificidade de, no mínimo, 99% (o que significa que, a cada 100 pessoas testadas, apenas uma pode apresentar resultado “falso positivo”).

Ainda, não basta exigir percentuais mínimos de Sensibilidade e Especificidade se não há como comprovar o bom funcionamento dos testes quando do recebimento da mercadoria.

O armazenamento correto dos insumos é fundamental para que os testes adquiridos se mantenham eficientes e a falta da exigência de mecanismos que permitam a conferência da qualidade dos kits, quando da entrega ao cliente final, também é algo muito arriscado.

O chamado “Controle de Qualidade Externo” é especificamente fabricado para garantir o desempenho dos testes e verificar a capacidade do usuário de realizar a testagem de maneira adequada e interpretar os resultados. Para isso, o kit deve possuir um “Swab Controle Positivo”, que produzirá uma linha de teste visível (T), e um “Swab Controle Negativo”, que produzirá um resultado de teste negativo. As boas práticas de laboratório sugerem o uso de controle positivo e negativo para garantir que os reagentes estão funcionando e que o teste foi executado corretamente. Logo, a falta desse controle externo implica riscos na execução da testagem e na eficiência dos kits, que podem ter sido armazenados incorretamente e, assim, ter perdido a eficiência durante o transporte até o cliente final.

3. DA FALTA DE EXIGÊNCIA DE AVALIAÇÃO DO PRODUTO CONFORME PADRÕES DO INSTITUTO NACIONAL DE CONTROLE DE QUALIDADE EM SAÚDE – INCQS

O edital do certame não exige, para o item 43, apresentação de laudo comprobatório de avaliação em conformidade emitido pelo Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde – INCQS. O documento é imprescindível para garantir a qualidade dos produtos licitados, e não o exigir deixa a Administração Pública exposta ao perigo de adquirir produtos de baixa qualidade, imprestáveis para a finalidade à qual se destinam.

Conforme descrito em seu portal eletrônico¹, o INCQS é uma unidade da Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) atuante em áreas de ensino, de pesquisa e de tecnologias de laboratório referentes ao controle qualitativo de insumos e de produtos sujeitos à ação da Vigilância Sanitária. O instituto em tela age em estreita cooperação com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), com secretarias estaduais e municipais de saúde, entre outros parceiros.

Quando o INCQS analisa um produto, comparam-se os resultados obtidos com os declarados pelo fabricante, portanto, se a Instrução de Uso informar que a **sensibilidade é de no mínimo, por exemplo, 93%**, será esse o limite considerado CONFORME no resultado apresentado. Incluir parâmetros mínimos com certeza aumenta a segurança do órgão licitador, bem como assegura a qualidade do produto que será adquirido.

4. O DIREITO DA IMPUGNANTE AO DESENVOLVIMENTO DA LICITAÇÃO NOS TERMOS FIXADOS NA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Estão expressamente contidas na Lei das Licitações, no seu art. 3º, as vedações aos agentes públicos encarregados dos procedimentos licitatórios. Os preceitos contidos na lei em questão devem ser fielmente cumpridos.

O Direito desta Impugnante ao cumprimento da legislação incidente nesta licitação, em especial no tocante a uma igualdade de condições em um julgamento objetivo e imparcial e ao não direcionamento da licitação, está consagrado na Carta Magna e na Lei das Licitações (Lei Federal n.º 8.666/1993) e na legislação especial aplicável ao certame. Nesse sentido, diz a Lei Maior:

“Art. 37 - A Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

¹ https://www.incqs.fiocruz.br/index.php?option=com_content&view=article&id=61&Itemid=57

Municípios, obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A Lei regulamentadora desse dispositivo constitucional (Lei Federal n.º 8.666/1993) instituiu as normas gerais aplicáveis à Administração Pública Brasileira e consigna, expressamente:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.”

No caso, como antes demonstrado, **o equipamento exigido carece de exigências mais específicas e seguras** e, por tanto, não está adequado às normas técnicas vigentes. Em virtude disso, é imperioso promover a **ANULAÇÃO** do procedimento licitatório, a fim de que seja posto em conformidade à legislação aplicável e, assim, permita à Administração Pública a seleção da proposta mais vantajosa.

O artigo 3º, caput, da Lei Federal n.º 8.666/1993 estabelece que a licitação tem a finalidade de garantir a observância, entre outros, do **princípio da seleção da**

proposta mais vantajosa para a Administração Pública e do princípio do desenvolvimento nacional sustentável.

A proposta mais vantajosa para a Administração Pública contratante nem sempre será simplesmente aquela detentora do menor preço. Afora terem custos adequados, os produtos e os serviços contratados pelos entes públicos devem, necessariamente, ter boa qualidade e ser confiáveis. De nada serve contratar produtos ou serviços com preços extremamente reduzidos, verdadeiras barganhas, porém inadequados para atender as necessidades do poder público.

[...]

A necessidade de selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública é guiada pelo princípio da eficiência, norma de observância obrigatória por todos os entes públicos, conforme determina o caput do artigo 37 da Constituição da República de 1988. O conteúdo do princípio em comento impõe ao agente público fazer o máximo com o menor gasto possível de recursos, sobretudo os econômicos, sabidamente escassos.

A toda evidência, ao se elaborar edital genérico e incompleto, foi afrontado um conjunto de princípios aplicáveis não só às licitações como também à Administração Pública em geral, maculando, irremediavelmente, já de início, de ilegalidade o procedimento.

A inadequação do equipamento a ser licitado às normas técnicas vigentes, como antes demonstrado, materializa afronta ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa. Dito princípio é de observância indispensável nas licitações, e seu desrespeito materializa confronto direto com o contido no art. 44 da Lei Federal n.º 8.666/1993, a seguir transcrito:

Art. 44 No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no Edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

[...]

Ainda, o jurista Hely Lopes Meirelles, lecionando sobre a igualdade de tratamento a ser assegurada aos interessados em contratar com a Administração Pública:

A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo de discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas, que no Edital ou no convite favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (Estatuto, artigo 3º. parágrafo 1º). O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo.

A toda evidência, exigindo produtos com características distintas das estabelecidas pelas normas técnicas vigentes, bem como de baixa qualidade, o ente público licitador age anti-isonomicamente, afrontando de modo direto o direito público subjetivo desta impugnante, potencial licitante, a que se refere o art. 4º da Lei Federal n.º 8.666/1993.

5. DO PODER-DEVER DA AUTORIDADE PÚBLICA ANULAR ATOS VICIADOS DE ILEGALIDADE

A teoria jurídica tradicional balizada no Código Civil é encampada pelo art. 49 da Lei Federal n.º 8.666/1993 e determina à Administração a anulação de qualquer ato praticado no procedimento licitatório que venha a saber defeituoso por vício de ilegalidade:

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.

1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta lei.

2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta lei.

[...]

Assim, tendo a autoridade pública tomado conhecimento, quer por licitante, servidor ou qualquer cidadão de que o certame está sendo procedido com afronta a disposições legais, deve, de imediato, mandar apurar os fatos e, constatado o defeito apontado ensejador de prejuízos a licitante ou mesmo potencial licitante, deve anular o processo. **Pode e deve assim proceder.** Nesse sentido, pertinente é a redação da Súmula n.º 473 do Supremo Tribunal Federal:

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

Ora, como já referido, ato administrativo praticado em desacordo com o ordenamento jurídico é inválido, porque sempre é inválido o ato que, ao nascer, afrontou as prescrições legais: carece de legalidade e se ressente de defeitos jurídicos. Os atos inválidos são comumente chamados de nulos e afetam retroativamente (efeito *ex tunc*) o procedimento licitatório.

Assim, a invalidação ou anulação de um ato inicial ou intermediário de um procedimento administrativo licitatório importa no desfazimento de todos os atos subsequentes. Do mesmo modo que a anulação da licitação propriamente dita, implica a do contrato já firmado. **A nulificação de Edital, ainda em sua fase de publicidade, determina seu refazimento, com objetivo de que seja adequado à legalidade.**

O controle administrativo de qualquer comportamento (autotutela) da Administração Pública, seja direto seja indireto, ocorre de forma espontânea ou provocada. **Comprovada a presença de ilegalidades, a licitação deve ser fulminada**

com a declaração de sua nulidade, por dever de assim agir da autoridade administrativa. A presente situação demanda agir de tal modo.

O conjunto de ilegalidades constantes no edital ora impugnado, aqui analisadas, acaba por decretar, irremediavelmente, a retificação ou a anulação do **Pregão Eletrônico nº 011/2021**. Imperativo, pois, o alinhamento à legalidade de tal certame.

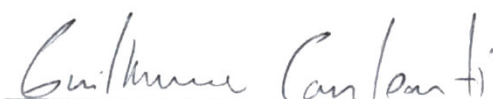
Da presente análise, decorrem os direitos desta potencial licitante à revisão dos padrões da licitação ora atacada, eis que, como visto, assim determina a legislação incidente a que tanto a Administração Pública quanto os administrados devem submissão.

6. DOS PEDIDOS E DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, **REQUER** sejam revistas as exigências editalícias para o **item 43 do objeto licitado** e alteradas para adequação às normas técnicas e legais vigentes, sendo definido o nível de exigência de sensibilidade do teste licitado, devendo ele ser, **no mínimo, de 93%**, e sendo definido o nível de exigência de especificidade do teste licitado, devendo ele ser, **no mínimo, de 99%**; ainda, requer seja exigido o fornecimento de **Swab Controle Positivo e Swab Controle Negativo**, para cada kit do teste licitado; ademais, requer seja exigido pelo edital a apresentação de **laudo emitido pelo INCQS/FIOCRUZ** do teste licitado, atestando as características informadas pelo fabricante/distribuidor. **ALTERNATIVAMENTE**, não sendo atendidos os pedidos anteriores, pede que seja **determinada a anulação da licitação** do Pregão Eletrônico nº 011/2021.

Nesses termos, pede deferimento.

Porto Alegre (RS), 20 de abril de 2021.



Representante Legal
Guilherme Dias Cavalcanti
CPF: 024.121.730-01

11.059.063/0001-30

DIAMOND ACESSORIOS LTDA

ROD. ANTONIO LUIZ MOURA GONZAGA, 4530
RIO TAVARES - CEP: 88.048-301
FLORIANÓPOLIS - SC