

**SENHOR DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE LOGÍSTICA DA SECRETARIA EXECUTIVA
DO MINISTÉRIO DA SAÚDE**

**Ref.: Ofício nº 1422/2020/DLOG/SE/MS – SEI nº 0017588626 (“Ofício”)
Despacho DLOG/SE/MS recebido por email – SEI nº 0017604417 (“Despacho”)
Contrato Administrativo nº 250/2020 (“Contrato”)
Dispensa de Licitação nº 140/2020 (“Procedimento de Dispensa”)
Processo nº 25000.114385/2020-74 (“Processo Administrativo”)**

**LIFE TECHNOLOGIES BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA
BIOTECNOLOGIA LTDA (“Thermo Fisher”)**, já qualificada nos autos do Processo Administrativo,
vem, por seu representante apresentar

MANIFESTAÇÃO

em face do supracitado Ofício que notifica a Thermo Fisher acerca da decisão prolatada no Despacho, indicando a anulação parcial do Contrato, comunica a intenção do Ministério da Saúde de anular o Procedimento de Dispensa, com a consequente anulação do Contrato, em razão de suposto vício insanável identificado no âmbito dos procedimentos adotados pelo Ministério da Saúde em relação ao Procedimento de Dispensa¹.

I. Fatos e esclarecimentos preliminares

1. Os fatos relativos ao Processo Administrativo encontram-se detalhados na defesa apresentada pela Thermo Fisher por ocasião de ofício² em que se comunicou a intenção do Ministério da Saúde de anular

¹ O representante legal da Thermo Fisher teve ciência do Ofício no dia 13/11/2020 (sexta-feira), por intermédio do qual o Ministério da Saúde consignou o prazo de 5 dias úteis para apresentação da presente Manifestação. Tendo a contagem do prazo iniciado em 16/11/2020 (segunda-feira), tem-se como prazo final a sexta-feira, dia 20/11/2020. Tempestiva, portanto, a presente manifestação.

² Ofício nº 634/2020/DIVAN/COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (SEI nº 0017354826)

o Procedimento de Dispensa, com a consequente anulação do Contrato, em razão de suposto vício insanável “ao realizar o julgamento das propostas dos licitantes em detrimento dos requisitos previstos no Projeto Básico, com fundamento no artigo 59 da Lei nº 8.666/1993” (“Defesa”)³.

2. Em breve resumo, discute-se, a potencial anulação do Contrato por supostos vícios insanáveis relacionados à aceitação da proposta apresentada pela Thermo Fisher no âmbito do Chamamento Público (SIN Processo nº 30.435 e Ofício Circular nº 132/2020/CGEIS/DLOG/SE/MS – “**Chamamento Público**”), que deu origem ao Contrato. Tais vícios teriam origem em suposta inadequação da proposta apresentada pela Thermo Fisher, pois essa não incluía o fornecimento de determinados itens requeridos pelo projeto básico do Chamamento Público (“**Projeto Básico**”).

3. Diante de algumas alegações lançadas em alguns documentos ao longo do Processo Administrativo⁴, a Defesa preliminarmente esclareceu que:

- A Thermo Fisher não foi responsável por “*múltiplas alterações*” no Projeto Básico;
 - Nenhuma das manifestações apresentadas pela Thermo Fisher referentes à potencial aquisição de kits de extração de testes para Covid-19 conteve qualquer requerimento de alteração no Projeto Básico ou mesmo poderia ser razoavelmente interpretada como induzindo o Ministério da Saúde a realizar tal tipo de alteração.
- A Thermo Fisher não buscou influenciar quaisquer contratações por parte do Ministério da Saúde;
 - A Thermo Fisher jamais apresentou “sugestões” para detalhamento de objeto de contratação pelo Ministério da Saúde. A empresa apresentou tão somente documento institucional, enviado oficialmente ao Ministério da Saúde, visando colaborar com as necessidades urgentes de testagem de COVID-19 pelo País, apresentando potenciais cenários definidos com base na experiência da Thermo Fisher globalmente;
 - O referido documento, afirma expressamente que os cenários e informações ali contidos “não devem ser considerados como consultoria, proposta ou avaliação das necessidades específicas do Ministério da Saúde. Os cenários estão sujeitos a análise de conveniência e legalidade por parte do Ministério da Saúde, frente às suas necessidades específicas e outras alternativas disponíveis no mercado”

³ SEI nº 0017499691

⁴ Em especial por pedido de reconsideração do resultado do Chamamento Público apresentado por empresa concorrente.

- A Thermo Fisher não notificou o Ministério da Saúde buscando antecipar a data de entrega definida em contrato para a primeira parcela dos kits de extração;
 - O que ocorreu, de fato, foram notificações da Thermo Fisher como único recurso disponível para obtenção de resposta diante do silêncio súbito do Ministério da Saúde sobre o agendamento de entrega em datas previamente definidas pelas partes, o que levou os produtos a permanecerem armazenados na empresa transportadora (boa parte de tais produtos já estavam carregados em caminhões para a entrega então acordada)⁵;

4. Em relação ao mérito dos supostos fundamentos para a anulação do Procedimento de Dispensa referentes à aceitação da proposta apresentada pela Thermo Fisher sem que contivesse todos os itens do Projeto Básico, a Defesa demonstrou que:

- A proposta da Thermo Fisher deixou de incluir apenas itens *acessórios e consumíveis* constantes do Projeto Básico;
- Os arts. 44 e 45 da Lei nº 8.666/1993 (“**Lei de Licitações**”) não se aplicam ao Chamamento Público, uma vez que a contratação em questão se deu em decorrência procedimento de dispensa de licitação previsto no art. 4º da Lei nº 13.979/2020⁶;
 - As contratações por dispensa de licitação nos casos regidos pela Lei nº 13.979/2020 independem da realização de qualquer procedimento competitivo ou chamamento público;
 - A elaboração do Projeto Básico é obrigatoriedade imposta exclusivamente à Administração Pública, como parte dos requisitos constantes da chamada “fase interna” dos procedimentos de contratação pública. Um dos requisitos do Projeto Básico é que inclua “*pesquisa realizada com os potenciais fornecedores*” – não havendo qualquer determinação legal de que sirva como parâmetro absoluto para uma futura contratação por dispensa de licitação (o que seria uma contradição);
 - Assim, o Projeto Básico representou tão-somente pesquisa de preços, não havendo impossibilidade ou proibição de contratação de empresa que tenha apresentado proposta contendo divergências em relação a tal documento.
- Não há qualquer comprovação de violação ao princípio da seleção objetiva das propostas, em especial em relação à desclassificação de outras proponentes, uma vez que há indicações expressas de que foram expressamente fundamentadas em documentos técnicos;

⁵ Ressalte-se que, no momento do envio de tais ofícios, a Thermo Fisher não tinha qualquer conhecimento de que o Ministério da Saúde havia determinado a suspensão da entrega da primeira parcela, pois simplesmente não havia sido comunicada do fato.

⁶ Que regula “*aquisições ou contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública*” representada pela pandemia de COVID-19.

- O Processo Administrativo não incluiu fundamentação adequada para a rescisão contratual, violando as disposições do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (“**LINDB**”);
 - Apesar dos alertas realizados pela Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, não foram disponibilizados à Thermo Fisher elementos que: (i) demonstrem a necessidade e adequação de potencial anulação do Procedimento de Dispensa; e (ii) indiquem expressamente as potenciais consequências de tal anulação. Trata-se de requisitos obrigatórios à Administração Pública, conforme determinado pela LINDB.

5. Após análise da Defesa, a DLOG emitiu o Despacho indicando pela anulação parcial do Contrato, mantendo o entendimento de considerar como vício insanável do Procedimento de Dispensa, a aceitação da proposta apresentada pela Thermo Fisher no âmbito do Chamamento Público sem que contemplasse a totalidade dos itens constantes do Projeto Básico.

6. Em que pese a discordância quanto à existência de vício insanável, a presente Manifestação não tem por objetivo repetir os fundamentos demonstrados na Defesa, que a Thermo Fisher permanece entendendo como válidos e corretos, uma vez que não são efetivamente refutados pelo Despacho. O objetivo da presente Manifestação é discorrer sobre as consequências da decisão indicada pela DLOG.

7. Eventual ausência de objeção pela Thermo Fisher à anulação parcial do Contrato, ainda que discordando-se de seus fundamentos, somente é possível na medida em que se reconhece (como expresso no Despacho) que a Thermo Fisher, em momento algum, atuou de qualquer maneira irregular ou indevida, e que não foi responsável pela ocorrência do alegado vício insanável⁷.

⁷ Como demonstram os trechos a seguir:

“(…) a nulidade advém do fato de que a área demandante daquela aquisição, responsável pela validação de cunho técnico das propostas para o procedimento em questão, validou proposta em desacordo para com o prescrito no projeto básico. Ao agir dessa maneira, ainda que a área técnica estivesse imbuída de boa-fé, não poderia tê-lo feito.”

“No tocante à alegação de que foram realizadas múltiplas alterações no projeto básico causadas pela empresa Thermo Fisher, temos a esclarecer que tais alegações não merecem ser acolhidas, vez que se tratam de ilações de lavra da empresa ACTMED as quais já foram devidamente refutadas (...)

Cumprе esclarecer que este argumento não foi, em hipótese alguma, utilizado para subsidiar a tomada de decisão que culminou no procedimento de anulação do contrato outrora epigrafado.”

“Por um equívoco da área técnica, aquela entendeu que, como nenhuma das empresas classificadas teria apresentado proposta que contemplasse integralmente as exigências do projeto básico, poderia então classificar aquelas cujas propostas mais se afeioassem ao descritivo proposto para aquela contratação.”

a. Esclarecimentos necessários em relação ao Despacho

8. Apesar de a presente Manifestação não ter o objetivo de refutar, ponto a ponto, os argumentos apresentados pela DLOG, cumpre prestar breve esclarecimento acerca do seguinte trecho do Despacho:

“Aduz ainda a empresa que não foi apresentada minuta de contrato como anexo ao instrumento convocatório. Entretanto, causa-nos certa estranheza esta manifestação neste momento, sendo que tal questionamento poderia ter sido realizado ainda em momento pretérito à apresentação das propostas. Contudo, a empresa remanesceu silente em relação a tal fato, manifestando sua concordância tácita para com os termos da contratação almejada.

Entende-se pois, intempestivo tal questionamento, ainda mais por se tratar de momento posterior à celebração do suso documento.

No tocante à prestação de garantia, tem-se que trata-se de disposição legal prevista no estatuto de licitações, tendo a mesma como premissa assegurar a total execução do contrato. Mais uma vez, intempestivo tal questionamento, vez que quando manifestada a apresentar a garantia, em que pese a empresa tenha manifestado, em um primeiro momento sua discordância, posteriormente, concordou para com a apresentação da mesma.

Em relação à possibilidade de apresentação de impugnações ou questionamentos, tem-se que não se trata de um procedimento licitatório, e sim de um procedimento onde a licitação é dispensada. Logo, não há que se falar em impugnações. Não obstante, em todos os procedimentos realizados desta natureza, questionamentos, quando houveram, foram devidamente respondidos, visando assim, trazer maior transparência e efetividade ao processo.” (grifou-se)

9. De fato, a Thermo Fisher em sua defesa fez referência aos fatos de que os documentos do Chamamento Público: (i) não incluíram minuta contratual; (ii) não discorreram sobre necessidade de prestação de garantia; e (iii) não permitiram a apresentação de pedidos de esclarecimentos/impugnações.

10. As referências, porém, não foram realizadas no intuito de criticar ou apontar falhas ao processo conduzido pelo Ministério da Saúde. Seu propósito, ao contrário, foi precisamente **demonstrar que tais pontos não eram necessários por se tratar de Chamamento Público visando contratação por dispensa de licitação** e não de documento que fizesse às vezes de edital em procedimento licitatório no sentido estrito⁸ - hipótese na qual tais elementos seriam necessários.

11. Ou seja, a Thermo Fisher não vê e não alegou qualquer irregularidade na ausência dos elementos mencionados, justamente pelo fato de o Chamamento Público se referir a procedimento de dispensa de licitação, em linha com o trecho do Despacho grifado acima.

⁸ Conforme demonstrado no item 40 da Defesa.

II. Alcance da anulação parcial e indenização

12. Com base no Despacho, a Thermo Fisher entende que a indicação da DLOG para o Ministério da Saúde é de que eventual decisão de anulação parcial do Contrato não gere efeitos que retroajam à 1ª Parcela contratual de 3 milhões de kits de extração, cuja entrega já foi realizada, e que o pagamento referente à essa parcela será realizado normalmente.

13. Sob essas condições, conforme exposto na Defesa, a Thermo Fisher concorda em autorizar que os 10 equipamentos de extração já cedidos pela empresa permaneçam instalados nos LACENs, sem custos para o Ministério da Saúde, até a data de validade de alguns itens que compõe os kits, ou seja, 31 de julho de 2021⁹, ou o término da utilização dos kits de extração mencionados acima, o que ocorrer primeiro.

a. Indenização cabível à Thermo Fisher

14. Confirmada a decisão do Ministério da Saúde pela anulação parcial do Contrato, sem efeitos retroativos à entrega já realizada, ressalta-se o direito da Thermo Fisher à indenização prevista no parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações¹⁰.

15. A aplicação da norma referida resulta no dever do Ministério da Saúde de indenizar a Thermo Fisher pelas etapas de execução contratual realizadas e pelos prejuízos incorridos até a data da anulação contratual.

16. Com base nos documentos constantes do Processo Administrativo, a Thermo Fisher entende que não haverá oposição do Ministério da Saúde a proceder com a referida indenização, como demonstram os trechos a seguir:

“(...) o art. 49 da Lei nº 8.666, de 1993, prevê expressamente a hipótese de nulidade do procedimento licitatório por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, previsão essa também aplicável aos atos do procedimento de dispensa de licitação. Já o art. 59 da mesma lei prevê as consequências da declaração de nulidade do contrato administrativo. Em ambos os casos fica ressalvado o dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a declaração de nulidade, bem assim como de outros

⁹ Considerando que os kits de extração entregues na 1ª Parcela contratual não poderão ser utilizados após essa data. Isso porque, a validade de três dos cinco componentes do kit de extração se encerram em julho de 2021 (cumprindo, portanto, a exigência do item 6.1.3 do Projeto Básico), tornando inadequada a utilização do kit completo após esse momento: (i) Reagente Esferas MVP II (A48381); (ii) Reagente de solução de lavagem MA (A42360); e (iii) Reagente de solução de ligação MA (A42359).

¹⁰ “Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.”

prejuízos comprovados, desde que não lhe sejam imputáveis, devendo-se promover a responsabilização de quem lhe deu causa.” (Parecer Jurídico nº 00949/2020 CONJUR-MS/CGU/AGU¹¹)

“Registre-se que, caso efetive-se a anulação em comento, impõe-se o respeito às disposições do Parágrafo único do supracitado art. 59, que garante a indenização à contratada pelos serviços efetivamente prestados, até a data em que a nulidade for declarada.” (Parecer nº 01026/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU¹²)

17. A Thermo Fisher, portanto, informa que, caso confirmada a decisão de anulação parcial do Contrato, apresentará ao Ministério da Saúde a relação das etapas de execução contratual e prejuízos a serem indenizados, incluindo os respectivos valores e documentos comprobatórios.

18. Apenas a título exemplificativo, e visando colaborar com as atividades desse Ministério da Saúde, além dos pagamentos devidos pela entrega da 1ª Parcela contratual, a Thermo Fisher lista abaixo os principais custos/prejuízos incorridos até o momento e sujeitos à indenização com base no mencionado dispositivo da Lei de Licitações¹³:

- Custos adicionais e imprevistos relacionados à transporte e armazenagem (inclusive seguro de armazenagem adicional) decorrentes do período de atraso/suspensão na entrega da 1ª Parcela contratual em relação às datas de entrega previamente acordadas com o Ministério da Saúde, sem que a Thermo Fisher tivesse sido comunicada de tal suspensão (conforme detalhado na Defesa);
- Custos relativos à logística (incluindo transporte, armazenagem, taxas e contratação de despachante aduaneiro) dos kits de extração que já haviam sido enviados ao Brasil pela Thermo Fisher para o cumprimento da entrega da 2ª Parcela prevista no item 1.4 do Contrato¹⁴;
- Custos relativos à diferença de prêmio do seguro garantia contratado pela Thermo Fisher para o escopo integral do Contrato (10 milhões de kits de extração) e o escopo final definido pela rescisão parcial computando os 3 milhes de kits de extração já entregues a este Ministério da Saúde.

¹¹ SEI nº 0016910132 (Documento nº 42 do Processo Administrativo)

¹² SEI nº 001738329 (Documento nº 46 do Processo Administrativo)

¹³ A Thermo Fisher ressalta que tal lista não é exaustiva e ressalva-se o direito de, no momento oportuno, apresentar lista detalhada e atualizada de custos e prejuízos.

¹⁴ Os kits de extração referentes à 2ª parcela do Contrato foram enviados ao Brasil e armazenados em recinto alfandegado, considerando o prazo máximo de entrega definido na Cláusula 1.4 do Contrato (21 de outubro de 2020). Ou seja, os custos referentes ao transporte e armazenamento devem ser indenizados, mas não houve incidência de tributos de importação a serem indenizados.

19. A tabela a seguir contém uma estimativa aproximada dos valores referentes aos itens acima¹⁵, que serão devidamente apurados e demonstrados (bem como a lista dos itens de custos incorridos sujeitos à indenização) no momento devido caso se decida seguir com a anulação parcial do Contrato:

Custos incorridos sujeitos à indenização		Valores aproximados	
Diferença de prêmio no seguro garantia		R\$	11.777,93
Fase 1 (3MM de extrações entregues)			
Armazenagem e seguro adicional não previstos devido a atraso/suspensão do Ministério da Saúde		R\$	15.635,28
Transporte não previsto devido a atraso/suspensão do Ministério da Saúde		R\$	75.040,00
Fase 2 (3MM de extrações entre postadas)			
Armazenagem em recinto alfandegado		R\$	437.326,33
Frete		R\$	67.902,94
Taxas		R\$	5.061,77
Despachante Aduaneiro		R\$	8.736,78
Total		R\$	621.481,03

III. Conclusão

20. Diante do exposto na presente Manifestação, e embora discorde dos argumentos expostos acerca da suposta existência de vício insanável no Procedimento de Dispensa, a Thermo Fisher não apresentará oposição à anulação parcial do Contrato que considere:

- Que a Thermo Fisher não causou ou é responsável de qualquer forma pela ocorrência do alegado vício insanável;
- Que a anulação parcial não gerará efeitos retroativos à 1ª Parcela do Contrato, já entregue pela Thermo Fisher;
- O direito da Thermo Fisher a receber indenização pelas etapas de execução contratual realizadas e pelos prejuízos incorridos até a data da anulação contratual, nos termos do parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações.

¹⁵ Não incluindo os pagamentos devidos pela entrega da 1ª Parcela contratual.

21. Na hipótese de se decidir pela anulação parcial do Contrato nos termos acima, requer-se, desde já, a abertura de prazo para apresentação das informações e documentos comprobatórios relativos à indenização a ser paga pelo Ministério da Saúde à Thermo Fisher.

22. Por fim, a Thermo Fisher estará à disposição para os trâmites e discussões necessárias para a formalização de quaisquer situações pendentes, em especial a manutenção do empréstimo sem ônus dos 10 equipamentos de extração cedidos pela empresa até 31 de julho de 2021 ou que os kits de extração referentes à 1ª Parcela contratual sejam utilizados, o que ocorrer primeiro.

São Paulo, 20 de Novembro de 2020.

DocuSigned by:
Rodrigo Tavares de Moura
FE253FF095D1435...

**LIFE TECHNOLOGIES BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA
BIOTECNOLOGIA LTDA**