

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

Ref.: Ofício N° 634/2020/DIVAN/COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (“Ofício”)
Contrato Administrativo n° 250/2020 (“Contrato”)
Dispensa de Licitação n° 140/2020 (“Procedimento de Dispensa”)
Processo n° 25000.114385/2020-74 (“Processo Administrativo”)

LIFE TECHNOLOGIES BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA BIOTECNOLOGIA LTDA (“Thermo Fisher”), inscrita no CNPJ sob o n° 63.067.904/0002-35, sediada na Rua Breno Ferraz do Amaral n° 390, Vila Firmiano Pinto, CEP: 04.124-020, São Paulo/SP, vem, por seu representante (**doc. 1**), apresentar

DEFESA

em face do supracitado Ofício que 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 “*ao realizar o julgamento das propostas dos licitantes em detrimento dos requisitos previstos no Projeto Básico, com fundamento no artigo 59 da Lei n° 8.666/1993*”¹.

Conforme esclarecido a seguir, a Thermo Fisher entende não haver justificativa para a anulação do Processo de Dispensa e, consequentemente do Contrato com base no referido art. 59 da Lei n° 8.666/1993, diante da absoluta inexistência de vícios insanáveis. O encerramento precoce do Contrato somente poderia se dar por meio de rescisão amigável entre suas partes ou unilateralmente pelo Ministério da Saúde por juízo de conveniência e oportunidade.

¹ O representante legal da Thermo Fisher teve ciência do Ofício no dia 27/10/2020, por intermédio do qual o Ministério da Saúde consignou o prazo de 5 dias úteis para apresentação da presente Defesa. Tendo a contagem do prazo iniciado em 28/10/2020, e considerando o feriado nacional de finados no dia 02/11/2020, na forma da Lei nº 662/1949, tem-se como prazo final a quarta-feira, dia 04/11/2020. Tempestiva, portanto, a presente manifestação.

I. Resumo dos Fatos e esclarecimento

a. Potenciais vícios alegados

1. Discute-se, no âmbito do Processo Administrativo supracitado, 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, cujo objeto era (conforme descrito no projeto básico – “**Projeto Básico**”):

“Aquisição do insumo abaixo, por meio de Dispensa de Licitação, em conformidade com o art. 4º, da Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste instrumento.”²

Item	CATMAT	Descrição	Unidade de Medida	Quantidade
1	BR0375703	CONJUNTO PARA ANÁLISE, EXTRAÇÃO DE RNA VIRAL DE FLUIDOS CORPORAIS, COLUNAS DE CENTRIFUGAÇÃO, TUBOS DE COLETA, SOLUÇÕES TAMPÃO, RNA CARREADOR	Unidade	15.000.000

2. 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.

3. Esclareça-se, desde já, que, de fato, a proposta apresentada pela Thermo Fisher não incluiu certos itens *acessórios e consumíveis* previstos no Projeto Básico, que não são centrais ao objeto da contratação – e deveriam, inclusive, ser objeto de contratação em separado³. A Thermo Fisher foi absolutamente clara e transparente nesse sentido em sua proposta⁴.

4. A existência de equipamentos e kits de extrações já fornecidos ao Ministério da Saúde pela Thermo Fisher e sua plena operação pelos LACEN's, porém, demonstram que a empresa forneceu solução completa suficiente para seu funcionamento adequado.

5. Pelo que se depreende da análise do Processo Administrativo, as discussões sobre potencial anulação do Processo de Dispensa teriam sido motivadas por pedido de reconsideração enviado pela

² SEI nº 001678612 (Documento nº 1 do Processo Administrativo)

³ SEI nº 0016279889 (Documento nº 10 do Processo Administrativo)

⁴ Conforme detalhado a seguir.

empresa ACTMED Comércio Importação Material Médico Ltda. (“ACTMED”)⁵, no qual se alega que haveria direcionamento do resultado do Chamamento Público para favorecer a Thermo Fisher (“**Pedido de Reconsideração ACTMED**”)⁶. Trata-se de acusação imprópria e que, diante de sua gravidade, é devidamente respondida nesta Defesa.

b. Esclarecimentos preliminares e necessários

6. Antes, porém, de apresentar os fatos e fundamentos jurídicos que demonstram a insustentabilidade dos argumentos levantado para a potencial anulação do Processo de Dispensa, é necessário prestar os seguintes esclarecimentos em relação a outras alegações lançadas ao longo do Processo Administrativo.

i. Ausência de múltiplas alterações no Projeto Básico causadas pela Thermo Fisher

7. Uma dessas alegações que parecem ter levado ao entendimento de existência de potenciais vícios insanáveis no Processo de Dispensa é a de que, a pedido da Thermo Fisher, múltiplas alterações no Projeto Básico teriam ocorrido.

8. Trata-se de ilação infundada e que parece ter origem no Pedido de Reconsideração ACTMED, onde se afirma:

“Como se pode verificar do processo, a TERMOFISHER, embora tenha apresentado o menor preço, desde a primeira oportunidade, apresentou proposta que não atendia, como de fato não atende, o escopo da contratação. A primeira proposta, apresentada em 15/05/2020, já constava a menção de que não estavam contemplados “os itens 6.2.7.1 b, 6.2.7.2, 6.3.10, 6.3.11, 6.3.12 do Projeto Básico”, ou seja, o preço ofertado não contemplava o projeto posto à contratação, o qual, diga-se, se mostrava como uma solução completa e integrada destinada à extração automatizada da COVID-19, conforme objeto. Foram ainda apresentadas mais três propostas pela mesma empresa, em 26/06/2020, 02/07/2020, e 05/08/2020. Neste interim, o Projeto básico foi sistematicamente sendo alterado, visando direcionar o objeto à proposta da referida empresa, sem que nenhuma das outras empresas concorrentes tivessem conhecimento das referidas alterações promovidas, nem tampouco pudessem ofertar novas propostas diante da nova condição de contratação dimensionada por este Órgão. As adequações promovidas no projeto básico originário, no propósito de atender à TERMOFISHER, não atendem a solução integrada pretendida pelo Ministério da Saúde (...)” (grifou-se)

9. Tal afirmação inverídica foi sendo indevidamente reproduzida em análises posteriores conduzidas no âmbito do Ministério da Saúde, incluindo o Parecer Jurídico nº 00949/2020 CONJUR-

⁵ Classificada em segundo lugar na cotação de preços.

⁶ SEI nº 0016404688 (Documento nº 1 do Processo nº 25000.120375/2020-78)

MS/CGU/AGU⁷, que faz referência à “*eventuais modificações no Projeto Básico sem a devida republicação e realização de novo chamamento público*”.

10. Basta, porém, examinar a sequência dos fatos ocorridos, e os próprios documentos já constantes do Processo Administrativo⁸ para concluir que não houve qualquer alteração do Projeto Básico motivada pela Thermo Fisher e que a empresa não sugeriu quaisquer alterações de objeto:

11. Em 13/05/2020, foi publicado no Diário Oficial da União chamamento público convocando empresas interessadas na contratação de serviço ao Ministério da Saúde – com o consequente envio do Ofício Circular nº 113/2020/CGIES/DLOG solicitando o envio de propostas comerciais até 15/05/2020;

- Conforme já mencionado ao longo do Processo Administrativo, a Thermo Fisher declinou da apresentação de proposta, informando seus motivos para o Ministério da Saúde;
- Em 29/05/2020, a Thermo Fisher enviou e-mail à CGLAB encaminhando documento de apresentação sobre sua capacidade de fornecimento de testes para o COVID, sem qualquer pedido de alteração de projeto básico ou intenção de influenciar contratações ou afetar concorrentes (conforme detalhado no item I.b.i abaixo). **De toda sorte, não houve apresentação de proposta por nenhum interessado.**

12. De acordo com o Parecer Técnico nº 24/2020: “*Diante da ausência de propostas, deu-se início a nova etapa objetivando a necessária aquisição*”⁹. Ou seja, resta claro que a motivação para o novo Projeto Básico não foi decorrente de qualquer manifestação da Thermo Fisher, mas sim a ausência absoluta de propostas.

- A Thermo Fisher apresentou sua proposta em 25/06/2020, sem qualquer pedido de alteração no Projeto Básico, simplesmente informando que sua proposta não incluía determinados itens *acessórios e consumíveis que seriam desnecessários para executar o escopo pretendido pelo Projeto Básico, incluindo para se alcançar a capacidade diária de testes objetivada:*

⁷ SEI nº 0016910132 (Documento nº 29 do Processo Administrativo)

⁸ Em especial a Nota Técnica nº 205/2020/COLMER/CGIES/DLOG/SE, além de outros documentos produzidos ou enviados ao Ministério da Saúde.

⁹ “*Diante da ausência de propostas, deu-se início a nova etapa objetivando a necessária aquisição. Para tanto, foi realizada adequação do Projeto Básico inicial, com previsão de fornecimento, via contratação direta (emergencial), 15.000.000 de unidades de Reagentes para purificação e isolamento de material genético (RNA) para finalidade de diagnóstico in vitro por meio de metodologia de Biologia Molecular. Além dos kits de extração, a empresa proponente deveria fornecer, por meio de cessão por comodato, no mínimo 32 equipamentos e todos os acessórios necessários para execução dos testes. Assim, foi publicado no DOU de 23/06/2020, novo Aviso de Chamamento Público, com prazo para apresentação de propostas até o dia 25/06/2020*”. (SEI nº 0017191396 - Documento nº 41 do Processo Administrativo)

“Desde já, por questões de transparência e boa fé, a Thermo Fisher informa que, apesar da sua capacidade e know-how na produção e fornecimento de conjunto de testes de extração especificados, bem como do interesse em colaborar com esse Ministério da Saúde em suas relevantes ações para combate à crise relacionada ao COVID-19, algumas condições acessórias da contratação a seguir estão fora do escopo da linha de produtos da Thermo Fisher e assim, não são oferecidos nesta proposta, conforme definidas no Projeto Básico:

- i. Sistema para dispensação automática de reagentes no preparo das placas utilizadas no extrator de DNA/RNA (item 6.2.7.1, 'b');*
- ii. Equipamentos para pipetagem e set-up de placas de PCR: Pipetador automático (item 6.2.7.2);*
- iii. Tubos do tipo criotubo e pipetas de transferência calibrada do tipo Pasteur (item 6.3.10);*
- iv. Cartuchos/tonner para impressão dos resultados dos testes (item 6.3.11); e,*
- v. Desenvolvimento e disponibilização de arquivo e/ou driver que permita o interfaceamento e compatibilização dos resultados dos equipamentos em comodato com o GAL (item 6.3.12)”.*

13. Como demonstra a Nota Técnica nº 205/2020/COLMER/CGIES/DLOG/SE¹⁰, após análise das propostas apresentadas no Chamamento Público, o Ministério da Saúde apresentou contraproposta à Thermo Fisher, que aceitou reduzir o preço unitário proposto. Posteriormente, o Ministério da Saúde encaminhou correspondência, em 10/07/2020 (**Doc. 2**), questionando a possibilidade de a empresa ampliar o quantitativo originalmente oferecido, pois foi a única empresa cuja contratação foi considerada viável, conforme demonstra a Nota Técnica nº 205/2020/COLMER/CGIES/DLOG/SE, *“em que pede a extensa negociação [com as outras empresas habilitadas], apenas o preço negociado com a primeira colocada se mostra em compatibilidade com o mercado nacional”*.¹¹

- Em 14/07/2020, a Thermo Fisher apresentou novo Ofício apenas para informar que aceitou tal pedido do Ministério da Saúde (**Doc. 3**), ampliando sua proposta de fornecimento de 7.500.000 para 10.000.00 testes de extração¹². Ou seja, mais uma vez, não houve qualquer pedido de alteração do Projeto Básico¹³.

14. Conforme demonstram os documentos incluídos no Processo Administrativo, a única alteração posterior ocorrida no Projeto Básico se deu para mera substituição terminológica:

“Cumpre salientar que, antes da formalização do Contrato com a empresa vencedora, e em atenção à recomendação exposta no OFÍCIO CIRCULAR Nº 62/2020/SE/GAB/SE/MS, o Projeto Básico passou por avaliação da CONJUR/MS, tendo a área técnica da SVS acatado as recomendações da Consultoria Jurídica do MS, notadamente quanto a substituição da expressão “comodato”, por “cessão de equipamentos sem ônus”.

¹⁰ SEI nº 0016279075 (Documento nº 07 do Processo Administrativo)

¹¹ “Dessa forma, entende-se razoável prosseguir com a aquisição apenas junto a empresa ThermoFisher Scientific Inc, representada pela Life Technologies Brasil Comércio e Indústria de produtos para Biotecnologia Ltda.”

¹² Nota Técnica nº 205/2020/COLMER/CGIES/DLOG/SE

¹³ O que foi reconhecido por manifestação da COLMER via e-mail em 15/07/2020 (SEI nº 0016845500 - Documento nº 22 do Processo nº 25000.120375/2020-78).

- Trata-se, mais uma vez, de alteração, determinada pelo próprio Ministério da Saúde, e não “sugerida” pela Thermo Fisher, como demonstra e-mail recebido pela empresa (**Doc. 4**) e confirmado pelo próprio Parecer Técnico nº 24/2020:

“Conforme contanto telefônico, após análise do processo, a Consultoria Jurídica deste Ministério da Saúde solicitou que fosse retirado da proposta qualquer menção ao termo comodato, pois não será celebrado para esta aquisição contrato de comodato dos equipamentos.

Desse forma, é importante que a relação de todos os itens cedidos pela CONTRATADA e aplicáveis ao insumo desta aquisição, sejam discriminados como fornecimento gratuito pela CONTRATADA na proposta comercial da empresa ou documento válido, quanto ao seu efetivo fornecimento, manutenção, substituição, conferência, emissão de relatórios, dentre outras ações alocadas à aquisição do objeto pretendido, a saber: conjunto para análise, extração de RNA viral de fluidos corporais, colunas de centrifugação, tubos de coleta, soluções tampão, RNA carreador.

Ante o exposto, solicitamos que nos encaminhe o quanto antes, uma nova proposta comercial adequada ao que foi solicitado.”

- A alteração de simples nomenclatura – de comodato para cessão de equipamentos sem ônus - não pode ser considerada substancial (na prática, não causa qualquer alteração na característica da contratação, seja na forma ou no custo – no caso nenhum - em que os equipamentos seriam enviados aos LACENs) de modo afetar a competitividade do Chamamento Público e muito menos favorecer a Thermo Fisher¹⁴.

15. Evidente, portanto, que: (i) A Thermo Fisher jamais requereu qualquer alteração no Projeto Básico do Chamamento Público; (ii) não houve qualquer alteração substancial no Projeto Básico sem a devida publicação no Diário Oficial da União; e, (iii) tampouco, houve apresentação de 3 propostas diferentes por parte da Thermo Fisher, conforme alegado no Pedido de Reconsideração ACTMED.

ii. Ausência de qualquer tentativa por parte da Thermo Fisher de influenciar contratações por parte do Ministério da Saúde

16. Na Nota Técnica nº 25/2020-DINTEG/MS¹⁵, alega-se que a Thermo Fisher teria apresentado “sugestões de detalhamento do objeto, envolvendo aspectos técnicos e cronogramas, que foram juntados ao processo e algumas das “sugestões”, o que não corresponde aos fatos ocorridos, conforme demonstra a supracitada comunicação enviada à CGLAB em 29/05/2020 (**Doc. 5**).

17. Referido documento visou colaborar com as necessidades urgentes de testagem de COVID-19 pelo País, apresentando potenciais cenários definidos com base na experiência da Thermo Fisher globalmente,

¹⁴ Tais fatos foram reconhecidos pelo Parecer Jurídico nº 00949/2020 CONJUR-MS/CGU/AGU e pelo Despacho nº 252/2020/COLMER/CGIES/DLOG/SE/MS (SEI nº 0016278917 - Documento nº 8 do Processo Administrativo): “Por orientação da CONJUR, nota-se que houve apenas a retirada do termo “comodato”, sendo mantida a necessidade da empresa ceder sem ônus os equipamentos.”

¹⁵ SEI nº 0017191436 (Documento nº 43 do Processo Administrativo)

com resultados muito positivos ao combate ao COVID-19 em países como por exemplo Estados Unidos e Reino Unido, bem como a capacidade da empresa em suprimento de equipamento, consumíveis e soluções para enfrentamento da pandemia. Trata-se de documento **institucional, enviado oficialmente pela Thermo Fisher a e-mails também oficiais do Ministério da Saúde** e que não inclui qualquer tipo de sugestão de definição de escopo básico, proposta comercial ou qualquer tentativa de influência indevida.

18. Não se pode confundir uma análise de potenciais cenários para testagem de combate à COVID-19 com “*sugestões de detalhamento do objeto, envolvendo aspectos técnicos e cronogramas*”. Aliás, a simples leitura do parágrafo a seguir incluído no documento em questão demonstra que a referência feita na Nota Técnica nº 25/2020-DINTEG/MS a “sugestões” (aspas do original) induz a potenciais interpretações absolutamente descabidas:

“O presente documento pretende apresentar a percepção da Thermo Fisher sobre os cenários possíveis e são meras sugestões com base no conhecimento de mercado da empresa. Por isso, 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”.

19. Vale ainda ressaltar o óbvio fato de que se houvesse qualquer tipo de direcionamento do Processo de Dispensa à Thermo Fisher, como indevidamente alegado pela ACTMED, o escopo do Chamamento Público: (i) simplesmente não incluiria os itens *acessórios e consumíveis* que a Thermo Fisher declaradamente não incluiu em sua proposta; e (ii) teria seus parâmetros técnicos direcionados a produtos da empresa, impedindo outras de se habilitarem e classificarem (incluindo a ACTMED).

iii. Ausência de notificação da Thermo Fisher para entrega antecipada

20. A Nota Técnica nº 25/2020-DINTEG/MS afirma que:

“As verificações iniciais indicam que a empresa contratada, além de ter sido habilitada para fornecer o objeto em desacordo com instrumento convocatório, tomou a iniciativa de forma a agilizar a execução do objeto contratado, mediante a notificação extrajudicial para antecipar a entrega. Não é razoável que a empresa contratada, quando da elaboração de sua proposta, tenha apresentado uma informação de que teria disponibilidade para entregar os insumos em 30, 60 e 90 dias após a assinatura do contrato e os equipamentos em 30 e 60 dias, mas, contrariando essa informação, fez uso de uma notificação extrajudicial para antecipar a entrega da segunda parcela dos insumos e equipamentos. Como o contrato foi assinado em 21 de agosto de 2020, as entregas da primeira parcela (insumos e equipamentos) deveriam ocorrer até 21 de setembro e a segunda até 21 de outubro de 2020, não justificando a contratada proceder à notificação para a entrega antes do vencimento do prazo de entrega da primeira parcela.” (grifou-se)

21. Nesse ponto, é fundamental esclarecer que a Thermo Fisher em momento algum apresentou notificação visando *antecipar* prazos de entrega estabelecidos e programados.

22. Inicialmente, a própria referência realizada pela DINTEG é clara em demonstrar que a primeira parcela do Contrato deveria ser entregue **até** 21/09/2020. O uso do vocábulo “até” no Contrato, demonstra o interesse evidente em que as entregas dos testes de extração ocorressem o mais rápido possível. Pelo raciocínio exposto acima, porém, qualquer entrega que não ocorresse precisamente na data de 21/09/2020, configuraria uma antecipação indevida das entregas.

23. O Ministério da Saúde inicialmente manteve postura constante de buscar que o procedimento de entrega dos testes de extração ocorresse de forma mais célere possível¹⁶. Por exemplo, em 04/09/2020 a Thermo Fisher recebeu o seguinte e-mail do Ministério da Saúde questionando a possibilidade de alteração de procedimentos logísticos para que se possa agilizar a entrega de 240.000 testes de extração (**Doc. 6**):

*“Prezados,
 A fim de dar celeridade no envio dos testes aos LACEN, gostaria de verificar a possibilidade de realizarmos a primeira entrega de forma descentralizada, ou seja, sem passar pelo CD/Guarulhos.
 Na tabela abaixo há o quantitativo de testes dos 10 LACEN que estão recebendo os primeiros equipamentos e inclui o LACEN/BA para essa entrega.
 Fico no aguardo para alinharmos os tramites dessa entrega.”*

24. A única antecipação de entrega realizada foi de 336.000 testes de extração, nos dias 9 e 10/09/2020, tendo ocorrido a pedido do Ministério da Saúde – conforme reconhecido expressamente pela Nota Técnica nº 95/2020-CGLAB/DAEVS/SVS/MS¹⁷ e pelo Relatório Mensal de Entrega do Contrato¹⁸.

25. Em relação à alegação da DINTEG, a realidade é que as datas de entrega da primeira parcela foram definidas tecnicamente para os dias 16 e 17/09/2020 entre Thermo Fisher e o Ministério da Saúde, após

¹⁶ O que não poderia ser diferente, considerando a emergência da situação e a importância da testagem da população no combate à pandemia de COVID-19

¹⁷ “Para reduzir os impactos do desabastecimento do objeto da contratação, a Coordenação Geral de Laboratórios de Saúde Pública (CGLAB), solicitou a entrega antecipada, de forma descentralizada, de 336.000 extrações aos LACEN que receberam os equipamentos na primeira etapa de instalação.

Para cada LACEN que recebeu o equipamento foram enviados 24.000 testes. Além disso, foram enviados mais 72.000 testes para o LACEN/BA e 24.000 para o LACEN/PR, pois os mesmos possuem equipamento de extração compatíveis com os testes adquiridos, totalizando 336.000 testes de extração de RNA entregues.” (SEI nº 0016961721 - Documento nº 32 do Processo Administrativo)

¹⁸ “O valor total do presente Termo de Contrato é de R\$ 133.200.000,00 (Cento e trinta e três milhões e duzentos mil reais). Entretanto, a pedido do Ministério da Saúde, com objetivo de agilizar os diagnósticos no LACENs, foi entregue diretamente aos LACENs, 336.000 reações, como parte da 1ª parcela de 3.000.000 extrações, de forma descentralizada, conforme OFÍCIO Nº 203/2020/CGLAB/DAEVS/SVS/MS (SEI 0017090731) e Nota fiscal Nº 35405 (SEI 0017096757), no valor de R\$ 4.467.960,00 (Quatro milhões quatrocentos e sessenta e sete mil e novecentos e sessenta reais)” (SEI nº 0017237339 - Documento nº 45 do Processo Administrativo)

discussões entre as partes e visita técnica ao Centro de Distribuição de Guarulhos, ocorrida em 04/09/2020 (**Doc. 7**)¹⁹.

26. Ocorre que, o Ministério da Saúde subitamente deixou de responder à Thermo Fisher acerca do agendamento da referida entrega, o que levou os produtos a permanecerem armazenados na empresa transportadora, inclusive uma boa parte de tais produtos já carregados em caminhões para a entrega então acordada. Diante desse silêncio, não houve alternativa senão enviar ofícios ao Ministério da Saúde sobre a questão²⁰, incluindo a citada Notificação Extrajudicial.

27. Ressalte-se que, no momento do envio de tais ofícios, a Thermo Fisher não tinha qualquer conhecimento (pois não recebeu qualquer tipo de comunicação) de que o Ministério da Saúde havia determinado a suspensão da entrega da primeira parcela, conforme demonstra Despacho da DLOG/SE/MS de 18/09/2020: *“Informamos ainda que a entrega da primeira parcela prescrita no contrato em análise está suspensa até que seja decidido pela continuidade ou não do feito”*²¹.

28. Ou seja: (i) a Thermo Fisher buscou apenas o cumprimento do prazo de entrega acordado com o Ministério da Saúde e não sua antecipação; (ii) a entrega programada em conjunto com o Ministério da Saúde nos dias 16 e 17/09/2020 não constituía qualquer tipo de “entrega antecipada”; e (iii) o envio dos mencionados ofícios foi absolutamente necessário diante do total silêncio do Ministério da Saúde - que, inclusive, havia determinado a suspensão da entrega sem prestar qualquer informação à Thermo Fisher (gerando custos e prejuízos que poderiam ter sido reduzidos).

II. Ausência de vícios insanáveis no Processo de Dispensa

29. Apresentados os necessários esclarecimentos acima, passa-se a demonstrar que os elementos constantes do Processo Administrativo não demonstram a ocorrência de quaisquer vícios jurídicos insanáveis no Processo de Dispensa e no Contrato.

30. Alega-se, ao longo do Processo Administrativo, que a proposta apresentada pela Thermo Fisher no âmbito do Chamamento Público não poderia ser aceita por não estar totalmente adequada ao Projeto Básico. É necessário repisar que a Thermo Fisher, a todo momento, agiu com a máxima transparência ao informar que, de fato, sua proposta não contemplava o Projeto Básico em sua inteireza, conforme citado acima.

¹⁹ Comunicação enviada pelo Thermo Fisher ao Ministério da Saúde (**Doc. 8**), demonstra que as partes conjuntamente definiram pela entrega dos itens da primeira parcela nos dias 16 e 17/09/2020

²⁰ **Docs. 9 e 10** e (SEI nº 0016863205 - Documento nº 27 do Processo Administrativo)

²¹ SEI nº 0016778374 (Documento nº 17 do Processo nº 25000.120375/2020-78)

31. A proposta da Thermo Fisher deixou de incluir apenas itens *acessórios e consumíveis*, entendidos como aqueles que: (i) não são necessários no *workflow* de processos de extração de testes de COVID-19; (ii) não correspondem a produtos que devem ser incluídos no conjunto daqueles que necessariamente devem ser fornecidos em conjunto com os kits de extração de testes para que estes funcionem; e, portanto, (iii) poderiam, e deveriam ser objeto de contratação em separado (até mesmo em homenagem ao princípio da seleção da proposta mais vantajosa pela Administração Pública).

32. Vale mencionar o que afirma o Parecer Técnico CGLAB 24/2020-CGLAB/DAEVS/SVS/MS:

“A alegação de que a empresa vencedora teria apresentado proposta que não atende o escopo da contratação diz respeito aos insumos consumíveis (tubos, pipetas, ponteiras, etc.). Quanto a esse quesito, é importante esclarecer que os itens consumíveis são adquiridos e disponibilizados pelos próprios Lacen’s, de forma que a sua exclusão na formulação da proposta não causa nenhum impacto econômico à contratação, tampouco à execução dos testes.”

33. Ainda, a proposta da Thermo Fisher foi clara também ao afirmar que caberia ao Ministério da Saúde decidir pela conveniência e oportunidade da contratação, diante do fato de que o Projeto Básico representava **pesquisa de preço visando a futura contratação por dispensa de licitação**, conforme detalhado a seguir no item II.a:

“A Thermo Fisher entende que os itens mencionados acima são acessórios e residuais ao objeto principal do Chamamento Público, de forma que não são essenciais à realização das extrações, e ainda, os itens oferecidos pela Thermo Fisher nesta proposta são capazes de realizar o processo de extração conforme Anexo I. Desta forma, e visando o atendimento da necessidade de testagem - esta sim, de relevância central -, a presente proposta não contempla o fornecimento tão-somente dos referidos itens por parte da Thermo Fisher.

Assim, e considerando tratar-se de potencial contratação por dispensa de licitação, nos termos do art. 4º da Lei nº 13.979/2020, cabe a esse Ministério da Saúde avaliar se a presente proposta atende a suas necessidades antes de decidir por sua aprovação ou rejeição.”

a. Chamamento Público como pesquisa de preços – inaplicabilidade de regras de procedimentos licitatórios em sentido estrito

34. O Parecer Jurídico nº 00949/2020 CONJUR-MS/CGU/AGU afirma que a aceitação da proposta apresentada pela Thermo Fisher sem atender plenamente a todo o conteúdo do Projeto Básico violaria os

princípios aplicáveis à Administração Pública de seleção objetiva da proposta e vinculação ao instrumento convocatório, determinados nos arts. 44²² e 45²³ da Lei nº 8.666/1993 (“**Lei de Licitações**”).

35. A contratação sob análise, porém, se deu em decorrência procedimento de dispensa de licitação previsto no art. 4º²⁴ da Lei nº 13.979/2020, que regula “*aquisições ou contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública*” representada pela pandemia de COVID-19.

36. Não há que se falar, portanto, na aplicação dos exatos mesmos parâmetros e procedimentos determinados para os procedimentos licitatório, caso contrário, o instituto da dispensa seria ineficaz e inútil. A legislação aplicável não determina qualquer obrigação de condução de chamamentos públicos, ou outros processos competitivos, para que se realize contratações por dispensa de licitação.

37. As contratações por dispensa de licitação nos casos regidos pela Lei nº 13.979/2020 independem da realização de qualquer procedimento competitivo ou chamamento público²⁵.

38. Ao tratar da possibilidade de apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado, o art. 4º-E da Lei nº 13.979/2020²⁶ (mencionado no Parecer Jurídico nº 00949/2020 CONJUR-MS/CGU/AGU) faz referência a requisitos constantes da chamada “fase interna” dos procedimentos de contratação pública, como demonstra a leitura de seu parágrafo 1º:

“§ 1º O termo de referência simplificado ou o projeto básico simplificado referidos no caput deste artigo conterá:

I – declaração do objeto;

II – fundamentação simplificada da contratação;

III – descrição resumida da solução apresentada;

²² “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. (...)”

²³ “Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.”

²⁴ “Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei.”

²⁵ Inclusive, em linha com o objetivo de viabilizar contratações emergenciais relevantes, a Lei nº 13.979/2020 admite uma série de exceções impensáveis em procedimentos de contratação pública no geral, como as possibilidades de: (i) Dispensa da inclusão de estimativa de preços no termo de referência simplificado ou no projeto básico simplificado (art. 4º-E, § 2º); (ii) Contratação por valores superiores aos da estimativa de preços obtida (art. 4º-E, § 3º); (iii) Dispensa de apresentação de documentação de regularidade fiscal do contratado, bem como de outros requisitos de habilitação (art. 4º-E, § 3º); e, até mesmo, (iv) Contratação de empresa que se encontre sob a aplicação de sanção de impedimento ou de suspensão de contratar com o poder público.

²⁶ “Nas aquisições ou contratações de bens, serviços e insumos necessários ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, será admitida a apresentação de termo de referência simplificado ou de projeto básico simplificado.”

IV – requisitos da contratação;

V – critérios de medição e de pagamento;

VI – estimativa de preços obtida por meio de, no mínimo, 1 (um) dos seguintes parâmetros:

a) Portal de Compras do Governo Federal;

b) pesquisa publicada em mídia especializada;

c) sites especializados ou de domínio amplo;

d) contratações similares de outros entes públicos; ou

e) pesquisa realizada com os potenciais fornecedores;

VII – adequação orçamentária.” (grifou-se)

39. O Chamamento Público teve precisamente o condão de servir única e exclusivamente como “*pesquisa realizada com os potenciais fornecedores*” para a obtenção da estimativa de preços necessária à contratação. Trata-se, portanto, de pesquisa de preços (conforme expressamente reconhecido pela Nota Técnica nº 205/2020/COLMER/CGIES/DLOG/SE).

40. A contratação ocorrida posteriormente a tal pesquisa de preços deve seguir o procedimento típico de dispensa de licitação. O fato de que o Chamamento Público representa tão-somente uma pesquisa de preços é, ainda, reforçado pela ausência de informações/parâmetros que deveriam ter sido incluídos caso se tratasse de documento cumprindo às vezes de edital em procedimento licitatório no sentido estrito, conforme determinado pelo art. 40 da Lei de Licitações²⁷ e outras normas aplicáveis, em especial:

²⁷ “Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

III - sanções para o caso de inadimplemento;

IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;

V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;

VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

XII - (Vetado).

XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

XIV - condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

- Não foi disponibilizada minuta de contrato – documento necessário inclusive para que licitantes possam apresentar pedidos de esclarecimentos/impugnações. Na verdade, o Chamamento Público incluiu, como único documento, o Projeto Básico simplificado, nos termos da Lei nº 13.979/2020;
- A necessidade de prestação de garantia contratual, e seus parâmetros, só foi informada à Thermo Fisher no momento do recebimento do Contrato para assinatura; e
- O Chamamento Público não estabeleceu mecanismo para pedidos de esclarecimentos/impugnações, bem como regras sobre recursos das partes.

41. Em resumo: os arts. 44 e 45 da Lei de Licitações, não são aplicáveis diretamente ao caso em tela, pois regulam procedimentos licitatórios em sentido estrito, ao passo que o Chamamento Público representa tão-somente pesquisa de preços para o cumprimento de requisito necessário da fase interna de uma futura contratação por dispensa de licitação, nos termos do art. 4 da Lei nº 13.979/2020.

42. Assim, no caso em tela, não existiria impossibilidade ou proibição de contratação pelo Ministério da Saúde de empresa que tenha apresentado proposta contendo quaisquer tipos de divergências em relação ao Projeto Básico, incluindo: (i) não ter oferecido todos os itens listados em tal documento (como a Thermo Fisher); ou, até mesmo. (ii) divergências técnicas em relação ao escopo definido no Projeto Básico.

43. A definição acerca de quais empresas foram “classificadas” e “não classificadas” no âmbito do Chamamento Público depende exclusivamente da adequabilidade das propostas recebidas às necessidades do Ministério da Saúde, bem como a termos e condições aceitáveis para o ente²⁸. Nesse sentido, os autos do Processo Administrativo contém exaustivas justificativas técnicas para a aceitação da proposta

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

§ 1o O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraído-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados.

§ 2o Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.”

²⁸ Além, é claro, do cumprimento dos requisitos de habilitação necessários à contratação.

apresentada pela Thermo Fisher demonstrando sua adequação às necessidades desse Ministério da Saúde²⁹.

b. Ausência de comprovação de violação ao princípio da seleção objetiva das propostas

44. No Parecer Jurídico nº 00949/2020 CONJUR-MS/CGU/AGU alega-se acerca da desclassificação de outras empresas promovida pelo Ministério da Saúde no âmbito do Chamamento Público:

“Por outro lado, uma vez que as manifestações da CGLAB que culminaram com a desclassificação da primeira e terceira colocadas não constam na instrução processual até aqui produzida, embora este consultivo não detenha competência técnica para tanto, não se pode afirmar se as justificativas apresentadas por aquela área técnica são suficientes e condizentes com os princípios básicos que devem nortear a conduta administrativa, consoante exposto no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, anteriormente mencionados”.

45. Porém, ao contrário do que se alega em alguns documentos ao longo do Processo Administrativo, as razões de desclassificação de outras empresas (B3B, CMW, Blau e Qiagen) foram devidamente registradas. A Nota Técnica nº 205/2020/COLMER/CGIES/DLOG/SE detalha:

- Que a empresa B3B foi desclassificada *“em virtude da forma de pagamento solicitada pela empresa, que propôs a liquidação de 30% do montante contratual em 05 dias após a assinatura do contrato (038), ou seja, pagamento antecipado à entrega”*³⁰;
- Que a desclassificação da empresa CMW ocorreu *“conforme fundamentação exposta no Despacho (059)”*; e
- Que a desclassificação das empresas Blau e Qiagen também foram realizadas com base em documento elaborado pelo Ministério da Saúde: *“Desta feita, a CGLAB também retirou as propostas das empresas Qiagen e Blau do rol de empresas classificadas (063)”*;

46. Basta a simples análise das citações acima, contendo referências a números de documentos, para se constatar que houve fundamentação para as desclassificações determinadas pelo Ministério da Saúde.

²⁹ Incluídos, por exemplo, nos seguintes documentos: (i) Parecer Técnico CGLAB 24/2020-CGLAB/DAEVS/SVS/MS; (ii) Nota Técnica nº 95/2020-CGLAB/DAEVS/SVS/MS; e (iii) Despacho CGLAB de 24/09/2020 (SEI nº 0016846974 - Documento nº 23 do Processo nº 25000.120375/2020-78).

³⁰ Trata-se, portanto, de desclassificação determinada diante da impossibilidade jurídica de cumprimento dos termos da proposta, já que não há justificativa de que a aquisição se enquadraria nas estreitas hipóteses em que a legislação autoriza a Administração Pública a realizar pagamento antecipado.

47. O fato de os documentos contendo as fundamentações para a desclassificação de empresas não terem sido fornecidos à Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde para elaboração de sua análise não equivalem a qualquer demonstração: (i) de que tais fundamentações não existam; e, muito menos, (ii) que tenham sido realizadas de forma inadequada, gerando qualquer tipo de vício no Processo de Dispensa. Caso houvesse suspeita de existência de vício, bastaria envio de simples ofício à área técnica requerendo acesso a tais fundamentações para que fossem avaliadas.

48. Vícios insanáveis devem ser verificados, demonstrados e analisados tecnicamente – não podem ser simplesmente presumidos. Não se trata, portanto, de impossibilidade de se “*afirmar se as justificativas apresentadas por aquela área técnica são suficientes e condizentes com os princípios básicos que devem nortear a conduta administrativa*”, mas de ausência de qualquer análise que aponte a efetiva existência de vícios insanáveis relacionados à desclassificação de empresas no âmbito do Chamamento Público.

49. Sem a referida análise, não é possível sequer alegar que não se poderia ter classificado tecnicamente a Thermo Fisher e desclassificado outras empresas³¹, pois não há efetiva comparação acerca dos fundamentos de tais classificação e desclassificações.

50. Assim, não há elementos mínimos para se alegar a existência de potenciais vícios insanáveis no Chamamento Público/Processo de Dispensa relativos a desclassificações de empresas sem devida fundamentação técnica ou mesmo à violação ao princípio do julgamento objetivo das propostas.

c. Ausência de fundamentação adequada para a rescisão contratual – violação à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

51. Além da inexistência de demonstração de quaisquer “*vícios insanáveis*” ao longo do Processo Administrativo também não se encontra o cumprimento das determinações do Decreto-Lei nº 4.657/1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (“**LINDB**”).

i. Ausência de demonstração da necessidade e adequação de potencial anulação do Processo de Dispensa

³¹ Como parece indicar a Nota Técnica nº 25/2020-DINTEG/MS:

“Quanto à isonomia, releva acrescentar que pelo menos três empresas que apresentaram propostas com valores próximos àquele da THERMOFISHER foram desclassificadas por descumprir cláusulas do Projeto Básico.

Da mesma forma, o argumento de que a Medida Provisória nº 967/2020, origem do recurso para financiar a contratação em questão, expirou em 15 de setembro de 2020, demonstra que houve tempo hábil para a regularização da situação, mas a falta de ação ao ter sido levado ao conhecimento dos envolvidos os problemas, deu causa à perda do crédito orçamentário disponibilizado para custear a presente aquisição.”

52. Não há efetiva motivação da potencial anulação do Processo de Dispensa que demonstre “a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”, conforme determinado pelo parágrafo único do art. 20 da LINDB.

53. Ocorre que, as próprias análises jurídicas incluídas no Processo Administrativo alertam para a necessidade de observância das determinações da LINDB, como demonstra o Parecer Jurídico nº 00949/2020 CONJUR-MS/CGU/AGU³²:

“Em conformidade com a doutrina mais abalizada, a invalidação do ato ou contrato administrativo deverá ser orientada pelo “princípio do prejuízo”, vale dizer, aplica-se o princípio da proporcionalidade para a identificação da solução menos onerosa para os interesses fundamentais. Na ausência de verificação de prejuízo a esses interesses, não deve ocorrer a invalidação do ato. Portanto, as exceções devem subsumir-se aos ditames da proporcionalidade, (i) necessidade, (ii) adequação, e (iii) proporcionalidade em sentido estrito, conceitos extraídos da integralidade da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro - LINDB, com a redação incluída pela Lei nº 13.655, de 2018, expressos de forma categórica no parágrafo único do artigo 20:

(...)

Nesse sentir, a Administração Pública possui o dever de respeitar os efeitos que tenham atingido “terceiros de boa-fé”, mesmo depois da invalidação do ato ou contrato administrativo ilegal. Tal obrigação é expressa pelo art. 21 da LINDB (...)

Em razão disso, mesmo em caso de constatação de vício no processo licitatório, a nulidade do contrato não é medida automática. Hão de ser sopesadas as circunstâncias fáticas, em prol da manutenção do interesse público.” (grifos do original)

54. Ao contrário, as manifestações técnicas ao longo do Processo Administrativo reforçam a necessidade de cumprimento dos termos do Contrato, apesar de a análise de potenciais consequências

³² O parecer em questão também menciona manifestação anterior da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde (Parecer nº 00149/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU), no mesmo contexto de necessidade de enfrentamento à pandemia de COVID-19, em que se afirmou: “De fato, quando se trata de princípio, destaca-se a técnica da ponderação e do balanceamento, devendo ser analisado o caso concreto para que o intérprete dê o exato peso entre os eventuais princípios em colisão.

De acordo com Matheus Carvalho[4] ‘nenhum dos princípios inerentes à atuação administrativa deve ser considerado de forma absoluta, inclusive o princípio da legalidade, que deve admitir ponderação para garantia dos demais princípios e da busca pelo interesse da sociedade, amplamente considerada e dos cidadãos, analisados individualmente’.

Sendo assim, o autor entende que, em algumas situações, devem ser mantidos todos os efeitos produzidos por ato, **ainda que seja ato que sofra de nulidade insanável**, sendo que, em outros casos, para o jurista, **o próprio ato deve ser mantido no ordenamento jurídico a despeito de sua ilegalidade, como forma de proteção ao cidadão e a outros princípios constitucionais aplicáveis ao caso,”**

Na mesma linha, o Parecer nº 01026/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU (SEI nº 001738329 - Documento nº 46 do Processo Administrativo), apesar de indevidamente afirmar que “a anulação do contrato administrativo é ato juridicamente possível” reforça que:

“(…) porém a decisão pela sua anulação ou não exorbita da análise estritamente jurídica, por demandar, primeiramente, análise de natureza técnico-administrativa, a fim de que seja realizado um juízo a respeito da proporcionalidade da medida, considerando-se a gravidade das irregularidades, a possível existência de alternativas e as consequências práticas da decisão, inclusive no que diz respeito ao risco jurídico de condenação da União no ressarcimento de prejuízos, caso a contratada venha comprovar efetivo prejuízo pela perda de produtos já adquiridos, para dar cumprimento à avença, além de outros custos, conforme declarado na carta anexada aos autos (SEI 0016863205).”

[Referida carta corresponde à supracitada Notificação Extrajudicial enviada pela Thermo Fisher diante do silêncio do Ministério da Saúde acerca do recebimento dos kits de extração cuja entrega foi programada].

focadas principalmente, nos riscos de eventual judicialização decorrentes da decisão de se anular ou não o Processo de Dispensa³³.

55. Ainda que tais potenciais riscos de judicialização existam, é evidente que é fundamental se considerar as efetivas consequências da anulação do Processo de Dispensa sobre a sociedade como um todo. Mesmo que houvesse vícios insanáveis (o que não há), os impactos de potenciais disputas judiciais são quase irrelevantes se comparados às potenciais consequências da anulação do Contrato – em especial considerando o impacto e sofrimento que pode ser evitado a cada dia, com a aplicação dos testes aos cidadãos com suspeita de COVID-19.

56. Além disso, diversas manifestações ao longo do Processo Administrativo reforçam a necessidade de análise técnica sobre a existência ou não dos alegados vícios insanáveis, como por exemplo o Parecer Jurídico nº 00949/2020 CONJUR-MS/CGU/AGU, cuja primeira conclusão foi:

“Diante de todo o exposto, tendo em vista a questão do ponto de vista jurídico, responde-se à consulta formulada nos termos do parecer supra, constatando-se que esta Consultoria Jurídica não tem condições técnicas de auferir se houve a prática de ato eivado de nulidade, isso porque os atos potencialmente nulos praticados relacionam-se com questões técnicas.”

57. No entanto, as conclusões da área técnica lançadas ao longo do Processo Administrativo, que demonstram a regularidade do Processo de Dispensa e a necessidade de execução do Contrato, parecem ter sido simplesmente ignoradas nas manifestações a favor da potencial anulação que ora se discute.

ii. Ausência de indicação expressa das potenciais consequências de eventual anulação do Processo de Dispensa

58. Igualmente, ao longo do Processo Administrativo não restou demonstrado o cumprimento das determinações constantes do art. 21 da LINDB. O Ofício recebido pela Thermo Fisher para apresentação desta Defesa acerca da potencial anulação do Contrato (como consequência da anulação do Processo de Dispensa) não cumpre os requisitos de:

- “indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas”³⁴;

³³ Como exemplo, o Parecer Jurídico nº 00949/2020 CONJUR-MS/CGU/AGU afirma: “Além disto, há vulnerabilidade jurídica e exposição a futuras demandas judiciais tanto em caso de manutenção, quanto em caso de anulação do contrato administrativo celebrado, tendo em vista que em ambos os casos há atingimento do patrimônio jurídico de particulares, que podem acionar a justiça.”.

³⁴ Caput do art. 21 da LINDB.

- “indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos”³⁵; e
- Demonstrar “a necessidade e a adequação da medida imposta, consideradas as possíveis alternativas e observados os critérios de proporcionalidade e de razoabilidade” e, se for o caso, indicar “as condições para que a regularização ocorra de forma proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais”³⁶.

59. Não é possível sequer analisar quais seriam as potenciais consequências para a Thermo Fisher decorrentes de eventual anulação contratual, quanto mais poder apresentar argumentos e ponderações sobre o tema. Ressalte-se que o Despacho nº 04464/2020/CONJUR-MS/CGU/AGU³⁷ alertou sobre a necessidade de se cumprir as determinações mencionadas acima.

60. O não cumprimento das determinações dos arts. 20 e 21 da LINDB é suficiente, por si só, para que eventual anulação do Processo de Dispensa e do Contrato seja ilegal.

61. Além disso, eventual inclusão *a posteriori* dos elementos exigidos pelos referidos artigos sem que a Thermo Fisher possa se manifestar sobre eles configuraria inconstitucional violação ao núcleo central do devido processo legal substantivo, que é a proteção do princípio constitucional do direito à defesa.

III. Conclusão - Ilegalidade da anulação do Processo de Dispensa com base no art. 59 da Lei nº 8.666/1993

62. Diante dos esclarecimentos apresentados nesta Defesa resta evidente que, ao longo do Processo Administrativo, não se demonstrou efetivamente a existência de quaisquer vícios insanáveis ou outros tipos de nulidades que pudessem justificar a anulação do Processo de Dispensa e, por consequência, do Contrato com base no art. 59 da Lei nº 8.666/1993.

63. Assim, o encerramento precoce do Contrato somente poderia ocorrer por meio de rescisão amigável³⁸ ou por juízo de conveniência e oportunidade da Administração, ressalvado o direito da Thermo Fisher ao recebimento de todas as indenizações devidas determinadas pela legislação aplicável, a serem apuradas no momento devido.

³⁵ Parágrafo único do art. 21 da LINDB;

³⁶ Art. 4º do Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta os referidos dispositivos da LINDB.

³⁷ SEI nº 0017328362 (Documento Administrativo)

³⁸ Art. 79, II, da Lei nº 8.666/1993.

64. Ressalte-se, por fim, que em caso de rescisão antecipada do Contrato (ou mesmo de anulação, o que se admite apenas para fins argumentativos) é necessário que esse Ministério da Saúde leve em consideração as consequências práticas e jurídicas, para as partes envolvidas e, especialmente para a população que necessita de disponibilidade imediata à testagem para COVID-19.

65. Assim, e na linha dos posicionamentos da área técnica do Ministério da Saúde ao longo do Processo Administrativo³⁹, entende-se necessário que eventual rescisão/anulação contratual não gere efeitos que retroajam à 1ª entrega contratual de 3 milhões de kits de extração, sem prejuízo da apuração posterior de danos e indenizações devidas à Thermo Fisher. Somente nesta hipótese, os 10 equipamentos de extração cedidos pela Thermo Fisher poderiam permanecer instalados nos LACENs até o término da utilização dos referidos kits de extração.

São Paulo, 4 de Novembro de 2020.

DocuSigned by:

 FE253FF095D1435...

LIFE TECHNOLOGIES BRASIL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA BIOTECNOLOGIA LTDA

³⁹ Em especial:

- a Nota Técnica nº 95/2020-CGLAB/DAEVS/SVS/MS;
- o Despacho DLOG/SE/MS (SEI nº 0017068204 – Documento nº 34 do Processo Administrativo), em que se afirma: “Considerando a decisão da SVS/MS, no Despacho NUJUR/SVS (0017051118), corroborada pelo Despacho da SE/MS (0016984310), de que se faz necessário o recebimento da primeira parcela, correspondente a 3.000.000 (três milhões) de extrações, para continuidade do programa que contempla as ações de testagem para COVID-19;”;
- o Despacho SVS/NUJUR/SVS/MS (SEI nº 001051118 – Documento nº 34 do Processo nº 25000.120375/2020-78), em que se afirma: “Registre-se que o envio preliminar dos 336.000 testes de extração, atendeu apenas de forma emergencial a demanda dos laboratórios, tendo em vista que vários LACEN estavam com seus estoques zerados. Considerando o atual ritmo de testagem, alguns LACEN encontram-se com seus estoques em nível crítico, como é o caso de Minas Gerais, por exemplo. Repisa-se que a extração é uma etapa fundamental para obter alta eficiência nos protocolos que usam a reação em cadeia da polimerase (PCR). Portanto, pode-se concluir que a interrupção do fornecimento desses insumos à rede laboratorial, decorrente de eventual anulação do processo de aquisição, comprometeria a atividade dos LACEN, e, por conseguinte, o programa de testagem instituído pelo Ministério da Saúde (Programa Diagnosticar para Cuidar), visando o enfrentamento da pandemia decorrente da Covid-19. Pelo exposto, visando a ininterrupção de tais ações, faz-se necessário, ao menos, o recebimento da 1ª entrega prevista no cronograma contratual, correspondente a 3.000.000 (três milhões) de extrações, suficientes para a manutenção das atividades dos laboratórios, até que seja realizado novo processo de aquisição, caso seja necessário.”