

**SENHOR PREGOEIRO RESPONSÁVEL PELA LICITAÇÃO DO CONSÓRCIO
INTERMUNICIPAL DA REGIÃO NORDESTE DO (RS) – CIRENOR,**

**PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS – EDITAL N.º 007/2020
PROCESSO LICITATÓRIO N.º 024/2020**

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 não estão corretas as especificações técnicas do objeto licitado. Além disso, o edital do certame exige que o prazo de validade dos testes licitados seja de, no mínimo, 12 meses a contar da entrega. Essa exigência é irrelevante e restringe a ampla competitividade entre os licitantes. Ademais, o edital não menciona a exigência mínima dos níveis de sensibilidade e especificidade dos testes nem exige apresentação do Laudo INCQS (FIOCRUZ).

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.

As especificações técnicas constantes no Termo de Referência do Edital da

presente licitação para o objeto licitado são inadequadas, especialmente no que tange à **sensibilidade** e à **especificidade** esperada do objeto licitado. Considere-se a imagem a seguir:

Numero	Produto	quantidade	apresentação	Valor ref
01	Testes imunocromatograficos para detecção rápida e qualitativa de anticorpos IgG e IgM anti-covid-19	30.000	Caixas com 20 ou 25 unidades	12,98
02	Testes rápidos imunocromatograficos para detecção qualitativa especifica de antígenos de SARS-CoV2 em amostras de swab de nasofarigite.	20.000	Caixas com 20 ou 25 unidades.	56,00

A exigência de percentuais mínimos baixos e/ou a ausência de definição do nível de sensibilidade, 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 inadequado 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 imunocromatográfico para detecção rápida e qualitativa de anticorpos **IgG e IgM anti-covid-19**, confiável e de boa qualidade deve apresentar **sensibilidade mínima de 95%**. Já um teste rápido imunocromatográfico para detecção qualitativa especifica de **antígenos de SARS-CoV2 em amostras de swab de nasofaringe**, confiável e de boa qualidade deve apresentar **sensibilidade mínima de 93%**.

Tendo um nível baixo e/ou a ausência de definição do nível de

especificidade, um teste de COVID-19 pode gerar número elevado de casos de “falso positivo”, ou seja, apontará como infectadas as pessoas sadias. Isso levará à realização de despesas desnecessárias com tratamento médico de pessoas que dele não necessitam, com direcionamento inadequado dos escassos recursos financeiros públicos. Um teste imunocromatográfico para detecção rápida e qualitativa de anticorpos IgG e IgM anti-covid-19, confiável e de boa qualidade deve apresentar especificidade mínima de 94%. Já um teste rápido imunocromatográfico para detecção qualitativa específica de antígenos de SARS-CoV2 em amostras de swab de nasofaringe, confiável e de boa qualidade deve apresentar especificidade mínima de 99%.

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

O edital do certame não exige 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.

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

Quando o INCQS analisa lotes de produtos, 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.

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. Afora terem custos adequados, os produtos e os serviços contratados pelos entes públicos devem, necessariamente, ter boa qualidade e serem confiáveis.

Nem sempre os diversos órgãos da Administração Pública possuem seus próprios critérios e métodos de avaliação de produtos e de serviços. Isso decorre, em geral, da complexidade desses exames e da consequente necessidade de possuir estruturas físicas e bases de conhecimento para os levar a efeito. Diante de tal realidade, a melhor opção dos entes contratantes é basear-se em sistemas de avaliação e de certificação já estabelecidos e tradicionais.

A avaliação feita pelo Instituto Nacional de Controle de Qualidade em Saúde – INCQS, de confiabilidade reconhecida, faz parte de um desses sistemas e é muito utilizada como referência. Sem sombra de dúvida, exigir dos participantes deste certame apresentação de laudo emitido por aquele instituto relativamente aos produtos ofertados será muito benéfica ao ente promotor da competição. Assim sendo, tal exigência deve ser incluída no instrumento convocatório deste certame.

4. DO DIRECIONAMENTO DO CERTAME: EXIGÊNCIA DE PRAZO DE VALIDADE DE, NO MÍNIMO, DE 12 MESES A CONTAR DA ENTREGA.

O edital do certame exige que os produtos licitados tenham, no mínimo, 12 meses de prazo de validade a contar da entrega do produto. Dificilmente serão encontrados à venda testes do tipo dos ora licitados com o prazo de validade em questão, fator que, aliás, pouco diz sobre a qualidade de tais produtos. Em virtude disso, a cláusula em tela é fortemente direcionadora da disputa, requisito limitador do caráter competitivo do certame.

O Tribunal de Contas da União - TCU tem posição firme sobre a proibição de exigir condições capazes de comprometer e de restringir o caráter competitivo de processos licitatórios, em reforço ao que dispõe a legislação pertinente. Esse posicionamento foi expressado, por exemplo, no Acórdão n.º 2712/2008, cujo enunciado é o seguinte:

É vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam e restrinjam o seu caráter competitivo e estabeleçam qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto a ser contratado. (Acórdão TCU n.º 2712/2008 - Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman) [grifo nosso]

Note-se que o enunciado acima esclarece a proibição de uso de cláusulas estabelecedoras de “qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto a ser contratado”. A exigência de prazo de validade mínima dos produtos entregues de 12 meses a contar da entrega do produto, para os testes licitados não tem relevância nenhuma, devendo ser extirpada do edital.

Também, cabe ter presente que, conforme entende a Corte de Contas da União, eventual uso de cláusulas restritivas do caráter competitivo de certame deve ser fundamentado, com base em estudos técnicos que justifiquem tal necessidade. Quanto ao ponto, considere-se o seguinte enunciado:

Cláusulas com potencial de restringir o caráter competitivo do certame devem ser objeto de adequada fundamentação, baseada em estudos prévios à licitação que indiquem a obrigatoriedade de inclusão de tais regras para atender às necessidades específicas do órgão, sejam de ordem técnica ou econômica. (Acórdão TCU n.º 2441/2017 - Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz) [grifo nosso]

O instrumento convocatório e seus anexos não demonstram, de forma nenhuma, a existência de necessidade técnica de exigir que os testes licitados tenham o prazo de validade mínima de 12 meses a contar da entrega do produto.

Destarte, a exigência em tela, por ser ilícita deve ser retirada deste certame. Caso não seja esse o entendimento adotado por esse ente licitador, deve ser possibilitado ao licitante vencedor firmar Termo de Compromisso de Substituição dos produtos caso percam a validade antes de serem utilizados.

5. 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 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 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.

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.

6. 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 ressentido 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 007/2020. 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.

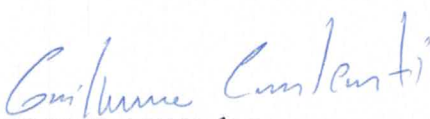
7. DOS PEDIDOS E DOS REQUERIMENTOS

Por todo o exposto, REQUER sejam revistas as exigências editalícias e alteradas para adequação às normas técnicas e legais vigentes e que seja definido o nível de exigência de sensibilidade dos testes licitados, devendo ela ser, no mínimo, de 95% para o teste imunocromatográfico para detecção rápida e qualitativa de anticorpos IgG e IgM anti-covid-19, devendo ela ser, no mínimo, de 93% para o teste rápido imunocromatográfico para detecção qualitativa específica de antígenos de SARS-CoV2 em amostras de swab de nasofaringe. Que seja definido o nível de exigência de especificidade dos testes licitados, devendo ela ser, no mínimo, de 94% para o teste imunocromatográfico para detecção rápida e qualitativa de anticorpos IgG e IgM anti-covid-19, devendo ela ser, no mínimo, de 99% para o teste rápido imunocromatográfico para detecção qualitativa específica de antígenos de SARS-CoV2 em amostras de swab de nasofaringe. Ademais, requer seja exigido pelo edital o laudo INCQS emitido pela FIOCRUZ dos testes licitados; também requer a retirada do instrumento convocatório da exigência de prazo mínimo de validade, 12 meses a contar da entrega do produto, ou, caso não seja esse o entendimento, que seja possibilitado firmar Termo de Compromisso de Substituição dos produtos que vencerem antes de serem utilizados.

ALTERNATIVAMENTE, não sendo atendidos os pedidos anteriores, pede que seja determinada a anulação da licitação do Pregão Eletrônico nº 007/2020.

Nesses termos, pede deferimento.

Porto Alegre (RS), 10 de dezembro de 2020.


DIAMOND ACESSÓRIOS LTDA
CNPJ n.º 11.059.063/0001-30

11.059.063/0001-30

DIAMOND ACESSORIOS LTDA

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