Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

II – ACÓRDÃO

Processo	-	TC/008903/2020
Representante	-	Sanofi Medley Farmacêutica Ltda.
Representada	-	Secretaria Municipal da Saúde
Objeto	-	Representação interposta em face do edital de Pregão Eletrônico 238/2020/SMS, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de anticoagulantes e corticosteroide

3.224ª Sessão Ordinária

REPRESENTAÇÃO. EDITAL. PREGÃO. SMS. Registro de preços. Fornecimento de anticoagulantes e corticosteroide. 1. O procedimento licitatório, além de dever observar os princípios a que está submetida a Administração Pública, em prol da proteção dos interesses de toda a coletividade deve guardar estrita vinculação para com o edital que o publicitou, sob pena de ilegalidade. Art. 3º, Lei 8.666/93. 1. Perda parcial do objeto. CONHECIDA. PREJUDICADA. IMPROCEDENTE em relação ao item 2.1. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro Substituto LUIZ FERNANDO DE C. PRUDENTE DO AMARAL. Nesta sessão, a Doutora Gabriela Garbelini de Oliveira proferiu sustentação oral, nos termos do artigo 164 do Regimento Interno desta Corte, representando a empresa Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em conhecer da representação, uma vez preenchidos os requisitos para sua admissibilidade, declarando-a prejudicada com relação aos subitens 2.2 e 2.3, pela perda superveniente do objeto.

ACORDAM, à unanimidade, no mérito, com amparo nas conclusões da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria-Geral, em julgá-la improcedente quanto ao subitem 2.1, na medida em que as alegações fáticas da representante colidem com as premissas editalícias do Pregão Eletrônico 238/2020/SMS.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, cumpridas as formalidades legais, destacando a instituída no artigo 58 do Regimento Interno desta Corte, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros MAURÍCIO FARIA – Revisor, ROBERTO BRAGUIM e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de julho de 2022.

JOÃO ANTONIO – Presidente
LUIZ FERNANDO DE C. PRUDENTE DO AMARAL – Conselheiro Substituto Relator

/hc

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO SUBSTITUTO LUIZ FERNANDO DE C. PRUDENTE DO AMARAL – RELATOR

Processo:TC/008903/2020
Objeto: Representação interposta em face do edital de Pregão Eletrônico 238/2020/SMS, cujo objeto é o registro de preços para o fornecimento de anticoagulantes e corticosteroide
Interessadas: Sanofi Medley Farmacêutica Ltda. e Secretaria Municipal da Saúde
Relator: Conselheiro Substituto Luiz Fernando C. Prudente do Amaral
Competência: Pleno

RELATÓRIO

Trata-se da Representação em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 238/2020/SMS, apresentada pela empresa Sanofi Medley Farmacêutica Ltda. (Peça 01), apontando irregularidade em sua desclassificação no certame pelo não atendimento aos itens 10.2.4.2, 10.2.3.5 e 10.3.1, no qual apresentou o melhor preço para os itens 1, 3 e 5 (Processo SEI nº 6018.2020/0032605-8).

De acordo com o Relatório Preliminar da Subsecretaria de Fiscalização e Controle (peça 35), diante das irregularidades apontadas pela Representante, foram analisados os seguintes pontos:

> *"2.1. Irregularidade na desclassificação da representante pelo não atendimento aos itens 10.2.4.2, 10.2.3.5 e 10.3.1 do edital (...);*
>
> *"2.2. Diferenças nas indicações terapêuticas dos medicamentos com princípio ativo enoxaparina sódica (...);*
>
> *2.3. Possibilidade de perdas financeiras ao Município".*

Em relação ao item 2.1, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle concluiu pela improcedência deste ponto da Representação, sob os seguintes argumentos:

> *"A Representante, no Recurso apresentado no processo licitatório, questiona em relação ao item 10.2.3.5 do Edital 'Atestado(s) de capacidade técnica, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado que comprove(m) a aptidão para o desempenho de atividade pertinente ao objeto da licitação' (fl. 1, Peça 5):*
>
> *'Se a própria municipalidade de São Paulo – compradora neste pregão – continua adquirindo os medicamentos da Sanofi sem nada que desabone a compra, qual a razão de ser de desclassificar a ora recorrente, por ausência de apresentação de um atestado de capacidade técnica para o fornecimento do medicamento que já é fornecido ao ente Municipal? Ainda mais quando o medicamento é fabricado e comercializado pela própria Sanofi?'.*
>
> *Verifica-se que tal questionamento é improcedente, pois não há no Edital a opção de não apresentação de atestado de capacidade técnica para fornecedores de medicamentos para a PMSP.*
>
> *Quanto ao item 10.2.4.2 do Edital, que dispõe sobre a necessidade de* apresentação *de 'Prova de inscrição nos cadastros estadual e municipal de contribuintes, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto licitado', no Recurso, apresentado no processo licitatório, a Representante alega (fl. 1, Peça 5):*
>
> *'Tal prova foi devidamente apresentada a esse D. órgão, senão veja: a INSCRIÇÃO MUNICIPAL da Sanofi está identificada e provada na certidão negativa de tributos mobiliários apresentado a este D. Órgão. Referida certidão, emitida pela municipalidade de Suzano/SP – local da sede da Sanofi – expressamente indica tal dado, dentre outros. Em resumo, identifica: Nome (Sanofi*

Medley Farmacêutica Ltda.); CNPJ (10.588.595/0010-92); Inscrição Municipal (000000000049428); e, endereço (Rua Conde Domingos Papaiz 413 – Jardim Natal, Suzano-SP).

Já a INSCRIÇÃO ESTADUAL da Sanofi está identificada e provada no mesmo documento apresentado como prova de regularidade para com a Fazenda Estadual. A certidão emitida pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo declara expressamente o número da Inscrição Estadual da Sanofi'.

No entanto, é improcedente o alegado, pois o edital não dispõe que as inscrições estadual e municipal podem ser provadas pelas certidões de regularidade fiscal estadual e municipal.

Por fim, quanto ao item 10.3.1 do Edital; que dispõe sobre a necessidade de apresentação de 'Declaração firmada por seu representante legal ou procurador, sob as penas da lei, do não cadastramento e de que nada deve à Fazenda do Município de São Paulo, relativamente aos tributos mobiliários, caso o licitante não esteja cadastrado como contribuinte no Município de São Paulo, conforme modelo padrão – Anexo IV'; no Recurso, apresentado no processo licitatório, a Representante alega (fl. 1, Peça 5):

'A exigência da declaração em questão como documento de habilitação da ora recorrente é ILEGAL. Não encontra guarida nos artigos 27 ao 31 da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, apenas como exemplo, é o inteiro teor da Súmula nº 17 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: "Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei". De tal sorte, desclassificar a ora recorrente pela ausência deste documento é ilegal.

Outrossim, mesmo que tal exigência estivesse respaldada pela legalidade – o que se admite apenas para fins de argumentação – fato é que a declaração em questão não se aplica para a Sanofi. O motivo é simples: Sanofi possui cadastrado como contribuinte no município de São Paulo'.

O representado nesse aspecto também se revela improcedente, pois a Representante apresentou a certidão de tributo mobiliário do município de Suzano (Peça 34), e não do município de São Paulo. Considerando que a empresa informa que possui cadastro como contribuinte no município de São Paulo, caberia a apresentação da prova de regularidade com a Fazenda Municipal, relativa aos tributos relacionados com o objeto licitado, em conformidade com o item 10.2.4.5 do Edital, de forma que a declaração disposta no item 10.3.1 foi exigida devido à sua ausência na documentação de habilitação.

Do exposto, improcedente o representado, uma vez que houve efetivo descumprimento aos itens 10.2.3.5, 10.2.4.2 e 10.2.4.5/10.3.1 do Edital.".

Quanto aos apontamentos relacionados ao subitem 2.2, a Auditoria assim opinou:

"A Representante alega que existem diferenças terapêuticas entre os medicamentos que possuem a enoxaparina sódica como princípio ativo, de forma que apenas os medicamentos Clexane® (produto Sanofi) e Heparinox® de fato poderiam concorrer entre si. De acordo com o cotejamento trazido pela Representante, o medicamento Versa® não atenderia a todos os requisitos, por não ser indicado para tratamento de infarto agudo do miocárdio com elevação do segmento ST, o que demandaria outros medicamentos e prescrições médicas para suprir todas as enfermidades.

Em consulta às propostas anexadas ao Sistema Comprasnet, confirma-se, como informado pela Representante, que a empresa Cristália, vencedora dos itens 3 e 4 (40 mg) fornece o medicamento Heparinox® e a empresa SP Hospitalar, vencedora dos itens 1 e 2 (20 mg) e 5 e 6 (60 mg) fornece o medicamento Versa®.

Considerando que a manifestação da Origem às peças 25 e 26 não aborda este ponto suscitado pela Representante no que se refere às indicações terapêuticas dos medicamentos oferecidos, sugerimos que a Origem seja instada a apresentar esclarecimentos sobre esse ponto previamente à análise conclusiva desta auditoria".

Na sequência, ao tratar do subitem 2.3, alusivo, segundo os apontamentos da Representante, à possibilidade de perdas financeiras ao Município, a Auditoria opinou:

"Conforme aduzido pela representante, há diferença de R$ 6.341.175,00, entre o preço anual estimado por ela ofertado na sessão do PE 238/2020, em relação aos preços adjudicados para os mesmos itens (1, 3 e 5), com diferença de 59,3% em relação ao item 1 e de 37,8% no total dos três itens:

Quadro 3 – Diferença entre os valores adjudicados e o melhor lance da Representante (R$)

Item		Empresa Homologada	Valor negociado	Lance Sanofi	Diferença	Δ%
1	Enoxaparina sódica 20 mg	SP Hospitalar Ltda.	4.584.600,00	2.878.110,00	1.706.490,00	59,3%
3	Enoxaparina sódica 40 mg	Cristália Prod. Químicos Farmac. Ltda.	11.536.425,00	8.500.050,00	3.036.375,00	35,7%
5	Enoxaparina sódica 60 mg	SP Hospitalar Ltda.	6.989.220,00	5.390.910,00	1.598.310,00	29,6%
Total			**23.110.245,00**	**16.769.070,00**	**6.341.175,00**	**37,8%**

Fonte: Ata da Licitação (fls. 61/79, Peça 26) e Termo de Homologação (fls. 105/108, Peça 26).

Foram alcançados os seguintes resultados na licitação:

Quadro 4 – Valores alcançados na sessão (R$)

Item		Empresa Homologada	Valor estimado (A)	Melhor lance da vencedora (B)	Valor negociado (C)	Melhor lance em relação ao valor estimado (B/A)	Valor negociado em relação ao melhor lance da vencedora (C/B)	Valor negociado em relação ao valor estimado (C/A)
1	Enoxaparina sódica 20 mg	SP Hospitalar Ltda.	4.595.755,86	4.849.488,00	4.584.600,00	105,5%	94,5%	99,8%
2		SP Hospitalar Ltda.	1.531.918,62	1.974.774,00	1.528.200,00	128,9%	77,4%	99,8%
3	Enoxaparina sódica 40 mg	Cristália Prod. Químicos Farmac. Ltda.	11.550.268,71	11.963.700,00	11.536.425,00	103,6%	96,4%	99,9%
4		Cristália Prod. Químicos Farmac. Ltda.	3.850.089,57	3.987.900,00	3.845.475,00	103,6%	96,4%	99,9%
5	Enoxaparina sódica 60 mg	SP Hospitalar Ltda.	6.993.527,31	7.856.100,00	6.989.220,00	112,3%	89,0%	99,9%
6		SP Hospitalar Ltda.	2.331.175,77	6.220.767,00	2.329.740,00	266,9%	37,5%	99,9%
7	Dexametasona 1 mg/g	Prati, Donaduzzi & Cia Ltda.	2.895.400,02	1.519.166,16	1.519.166,16	52,5%	100,0%	52,5%
8		Prati, Donaduzzi & Cia Ltda.	965.104,98	506.373,84	506.373,84	52,5%	100,0%	52,5%

Fonte: Ata da Licitação (fls. 61/79, Peça 26) e Termo de Homologação (fls. 105/108, Peça 26).

Conforme apresentado no quadro acima, os seis itens referentes à enoxaparina sódica foram negociados para alcançar os preços estimados para os itens na pesquisa de preços realizada pela SMS em valores correspondentes a 99,8% ou 99,9% dos estimados para os itens.

Verifica-se, porém, a ocorrência de diferenças que evidenciam possível fragilidade nos valores alcançados. Além das diferenças já citadas em relação aos lances da empresa Sanofi, verifica-se, por exemplo, que o melhor lance dos itens 7 e 8 correspondeu a 52,5% do valor estimado e que o valor negociado para o item 6 correspondeu a 37,5% do melhor lance ofertado pela mesma empresa para o item. Dessa forma, existe possível risco de que os valores negociados dos itens 1 a 6 com base nas médias obtidas na pesquisa de preços não reflitam os melhores preços que poderiam ser obtidos na contratação.

Dispõe o item 8.6 do Edital (fl. 14, Peça 4):

8.6. O critério de aceitabilidade dos preços ofertados será o de compatibilidade com os preços praticados no mercado, coerentes com a execução do objeto ora licitado, aferido mediante a pesquisa de preços que instrui o processo administrativo pertinente a esta licitação, a qual poderá, a critério do Pregoeiro, ser atualizada por ocasião do julgamento das propostas, de modo a evidenciar a economicidade da contratação, nos termos do § 2º, do art. 4º do Decreto Municipal nº 44.279/2003. (grifo nosso).

Considerando que o edital prevê a possibilidade de atualização da pesquisa de preços, a critério do pregoeiro, por ocasião do julgamento das propostas, de modo a evidenciar a economicidade da contratação e que, apesar das diferenças observadas em relação aos lances desclassificados, os valores foram negociados para alcançar a pesquisa realizada no processo administrativo, há necessidade de justificativa da Origem nesse aspecto.

Do exposto, em que pese não se aplicar o argumento utilizado pela representante quanto à

possibilidade de aceitação da sua proposta ou a comparação com as atas de registro de preços vigentes, é procedente o representado quanto ao potencial de perdas financeiras ao município nos valores alcançados, demandando justificativas da Origem nesse aspecto.

3. CONCLUSÃO

À luz das análises efetuadas, concluímos pela parcial procedência da representação:

• Procedente o item 2.3;

• Improcedente o item 2.1.

Quanto ao item 2.2, sugerimos que a Origem seja instada a apresentar esclarecimentos acerca do ponto suscitado pela Representante, acerca de diferenças terapêuticas dos medicamentos oferecidos, para análise conclusiva do aspecto representado por esta auditoria".

Em 28 de julho de 2020, o então Conselheiro Relator[1] determinou, *ad cautelam,* a suspensão *sine die* do Pregão Eletrônico 238/2020-SMS, até que fossem apuradas as alegações da empresa representante.

Na sequência, diante da manifestação prévia da Origem (peça 49), a Subsecretaria de Fiscalização e Controle apresentou o seu relatório conclusivo (peça 53):

"2.1. Irregularidade na desclassificação da representante pelo não atendimento aos itens 10.2.4.2, 10.2.3.5 e 10.3.1 do edital

(...) A Representante, no Recurso apresentado no processo licitatório, questiona em relação ao item 10.2.3.5 do Edital "Atestado(s) de capacidade técnica, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado que comprove(m) a aptidão para o desempenho de atividade pertinente ao objeto da licitação." (fl. 1, Peça 5):

Se a própria municipalidade de São Paulo – compradora neste pregão – continua adquirindo os medicamentos da Sanofi sem nada que desabone a compra, qual a razão de ser de desclassificar a ora recorrente, por ausência de apresentação de um atestado de capacidade técnica para o fornecimento do medicamento que já é fornecido ao ente Municipal? Ainda mais quando o medicamento é fabricado e comercializado pela própria Sanofi?

Verifica-se que tal questionamento é improcedente, pois não há no Edital a opção de não apresentação de atestado de capacidade técnica para fornecedores de medicamentos para a PMSP.

Quanto ao item 10.2.4.2 do Edital, que dispõe sobre a necessidade de apresentação de "Prova de inscrição nos cadastros estadual e municipal de contribuintes, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto licitado", no Recurso, apresentado no processo licitatório, a Representante alega (fl. 1, Peça 5):

Tal prova foi devidamente apresentada a esse D. órgão, senão veja:

A INSCRIÇÃO MUNICIPAL da Sanofi está identificada e provada na certidão negativa de tributos mobiliários apresentado a este D. Órgão. Referida certidão, emitida pela municipalidade de Suzano/SP – local da sede da Sanofi – expressamente indica tal dado, dentre outros. Em resumo, identifica: Nome (Sanofi Medley Farmacêutica Ltda.); CNPJ (10.588.595/0010-92); Inscrição Municipal (000000000049428); e, endereço (Rua Conde Domingos Papaiz 413 – Jardim Natal, Suzano-SP).

Já a INSCRIÇÃO ESTADUAL da Sanofi está identificada e provada no mesmo documento apresentado como prova de regularidade para com a Fazenda Estadual. A certidão emitida pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo declara expressamente o número da Inscrição Estadual da Sanofi.

No entanto, é improcedente o alegado, pois o edital não dispõe que as inscrições estadual e

[1] Edson Simões.

municipal podem ser provadas pelas certidões de regularidade fiscal estadual e municipal.

Por fim, quanto ao item 10.3.1 do Edital; que dispõe sobre a necessidade de apresentação de 'Declaração firmada por seu representante legal ou procurador, sob as penas da lei, do não cadastramento e de que nada deve à Fazenda do Município de São Paulo, relativamente aos tributos mobiliários, caso o licitante não esteja cadastrado como contribuinte no Município de São Paulo, conforme modelo padrão – Anexo IV"; no Recurso, apresentado no processo licitatório, a Representante alega (fl. 1, Peça 5):

A exigência da declaração em questão como documento de habilitação da ora recorrente é ILEGAL. Não encontra guarida nos artigos 27 ao 31 da Lei n.º 8.666/93. Nesse sentido, apenas como exemplo, é o inteiro teor da Súmula nº 17 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo: "Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei". De tal sorte, desclassificar a ora recorrente pela ausência deste documento é ilegal.

Outrossim, mesmo que tal exigência estivesse respaldada pela legalidade – o que se admite apenas para fins de argumentação – fato é que a declaração em questão não se aplica para a Sanofi. O motivo é simples: Sanofi possui cadastrado como contribuinte no município de São Paulo.

O representado nesse aspecto também se revela improcedente, pois a Representante apresentou a certidão de tributo mobiliário do município de Suzano (Peça 34), e não do município de São Paulo. Considerando que a empresa informa que possui cadastro como contribuinte no município de São Paulo, caberia a apresentação da prova de regularidade com a Fazenda Municipal, relativa aos tributos relacionados com o objeto licitado, em conformidade com o item 10.2.4.5 do Edital, de forma que a declaração disposta no item 10.3.1 foi exigida devido à sua ausência na documentação de habilitação O acostado à Peça 42, pela empresa representante, pondera mais uma vez sobre sua inabilitação, sem, contudo, apresentar qualquer fato novo com condão de afastar a conclusão alcançada.

Destacamos que o Mandado de Segurança impetrado pela Representante com os mesmos questionamentos foi indeferido pelo Judiciário1, conforme processo 1038362-94.2020.8.26.0053 que tramita no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Do exposto, improcedente o representado, uma vez que houve efetivo descumprimento aos itens 10.2.3.5, 10.2.4.2 e 10.2.4.5/10.3.1 do Edital. (...)

2.2. Diferenças nas indicações terapêuticas dos medicamentos com princípio ativo enoxaparina sódica

(...) A Representante alega que existem diferenças terapêuticas entre os medicamentos que possuem a enoxaparina sódica como princípio ativo, de forma que apenas os medicamentos Clexane® (produto Sanofi) e Heparinox® de fato poderiam concorrer entre si. De acordo com o cotejamento trazido pela Representante, o medicamento Versa® não atenderia a todos os requisitos, por não ser indicado para tratamento de infarto agudo do miocárdio com elevação do segmento ST, o que demandaria outros medicamentos e prescrições médicas para suprir todas as enfermidades.

Em consulta às propostas anexadas ao Sistema Comprasnet, confirma-se, como informado pela Representante, que a empresa Cristália, vencedora dos itens 3 e 4 (40 mg) fornece o medicamento Heparinox® e a empresa SP Hospitalar, vencedora dos itens 1 e 2 (20 mg) e 5 e 6 (60 mg) fornece o medicamento Versa®.

Considerando que a manifestação da Origem às Peças 25 e 26 não aborda este ponto suscitado pela Representante, no que se refere às indicações terapêuticas dos medicamentos oferecidos, foi sugerido que a Origem se manifestasse quanto ao questionamento.

À Peça 49, fls. 105 e 106, a SMS apresentou as alegações em sede de manifestação prévia. Em síntese, concorda com o impugnado e aduz que os medicamentos que não atendem às especificações clínicas serão considerados 'fracassados' no certame.

Contudo, cotejamos os autos do Processo SEI 6018.2020/0032605-8 e não identificamos, até o

momento, a formalização do ato que considera fracassados os lotes de itens que não atendem as especificações técnicas.

Do exposto, a alegação da Representante nesse aspecto é procedente, no entanto as informações trazidas pela Origem demonstram a perda de objeto do representado neste ponto, desde que a Origem formalize nos autos do processo administrativo do certame o ato que declara que os lotes foram considerados fracassados no Pregão.

2.3. Possibilidade de perdas financeiras ao Município

(...) Conforme aduzido pela representante, há diferença de R$ 6.341.175,00, entre o preço anual estimado por ela ofertado na sessão do PE 238/2020, em relação aos preços adjudicados para os mesmos itens (1, 3 e 5), com diferença de 59,3% em relação ao item 1 e de 37,8% no total dos três itens:

Quadro 3 – Diferença entre os valores adjudicados e o melhor lance da Representante (R$)

Item		Empresa Homologada	Valor negociado	Lance Sanofi	Diferença	Δ%
1	Enoxaparina sódica 20 mg	SP Hospitalar Ltda.	4.584.600,00	2.878.110,00	1.706.490,00	59,3%
3	Enoxaparina sódica 40 mg	Cristália Prod. Químicos Farmac. Ltda.	11.536.425,00	8.500.050,00	3.036.375,00	35,7%
5	Enoxaparina sódica 60 mg	SP Hospitalar Ltda.	6.989.220,00	5.390.910,00	1.598.310,00	29,6%
Total			**23.110.245,00**	**16.769.070,00**	**6.341.175,00**	**37,8%**

Fonte: Ata da Licitação (fls. 61/79, Peça 26) e Termo de Homologação (fls. 105/108, Peça 26).

Foram alcançados os seguintes resultados na licitação:

Quadro 4 – Valores alcançados na sessão (R$)

Item		Empresa Homologada	Valor estimado (A)	Melhor lance da vencedora (B)	Valor negociado (C)	Melhor lance em relação ao valor estimado (B/A)	Valor negociado em relação ao melhor lance da vencedora (C/B)	Valor negociado em relação ao valor estimado (C/A)
1	Enoxaparina sódica 20 mg	SP Hospitalar Ltda.	4.595.755,86	4.849.488,00	4.584.600,00	105,5%	94,5%	99,8%
2		SP Hospitalar Ltda.	1.531.918,62	1.974.774,00	1.528.200,00	128,9%	77,4%	99,8%
3	Enoxaparina sódica 40 mg	Cristália Prod. Químicos Farmac. Ltda.	11.550.268,71	11.963.700,00	11.536.425,00	103,6%	96,4%	99,9%
4		Cristália Prod. Químicos Farmac. Ltda.	3.850.089,57	3.987.900,00	3.845.475,00	103,6%	96,4%	99,9%
5	Enoxaparina sódica 60 mg	SP Hospitalar Ltda.	6.993.527,31	7.856.100,00	6.989.220,00	112,3%	89,0%	99,9%
6		SP Hospitalar Ltda.	2.331.175,77	6.220.767,00	2.329.740,00	266,9%	37,5%	99,9%
7	Dexametasona 1 mg/g	Prati, Donaduzzi & Cia Ltda.	2.895.400,02	1.519.166,16	1.519.166,16	52,5%	100,0%	52,5%
8		Prati, Donaduzzi & Cia Ltda.	965.104,98	506.373,84	506.373,84	52,5%	100,0%	52,5%

Fonte: Ata da Licitação (fls. 61/79, Peça 26) e Termo de Homologação (fls. 105/108, Peça 26).

Conforme apresentado no quadro acima, os seis itens referentes à enoxaparina sódica foram negociados para alcançar os preços estimados para os itens na pesquisa de preços realizada pela SMS em valores correspondentes a 99,8% ou 99,9% dos estimados para os itens.

Verifica-se, porém, a ocorrência de diferenças que evidenciam possível fragilidade nos valores alcançados. Além das diferenças já citadas em relação aos lances da empresa Sanofi, verifica-se, por exemplo, que o melhor lance dos itens 7 e 8 correspondeu a 52,5% do valor estimado e que o valor negociado para o item 6 correspondeu a 37,5% do melhor lance ofertado pela mesma empresa para o item. Dessa forma, existe possível risco de que os valores negociados dos itens 1 a 6 com base nas médias obtidas na pesquisa de preços não reflitam os melhores preços que poderiam ser obtidos na contratação.

Dispõe o item 8.6 do Edital (fl. 14, Peça 4):

8.6. O critério de aceitabilidade dos preços ofertados será o de compatibilidade com os preços

praticados no mercado, coerentes com a execução do objeto ora licitado, aferido mediante a pesquisa de preços que instrui o processo administrativo pertinente a esta licitação, a qual poderá, a critério do Pregoeiro, ser atualizada por ocasião do julgamento das propostas, de modo a evidenciar a economicidade da contratação, nos termos do § 2º, do art. 4º do Decreto Municipal nº 44.279/2003. (grifo nosso)

Assim, o edital prevê a possibilidade de atualização da pesquisa de preços, a critério do pregoeiro, por ocasião do julgamento das propostas, de modo a evidenciar a economicidade da contratação. No entanto, apesar das diferenças observadas em relação aos lances desclassificados, os valores foram negociados para alcançar a pesquisa realizada no processo administrativo.

Em síntese, a manifestação prévia da Origem aduz que os valores homologados estão abaixo da Tabela CMED e dentro da média da pesquisa de mercado. Ademais, informa que os itens 1/2 e 5/6 serão fracassados, permanecendo a homologação dos itens 3/4 à empresa vencedora (Peça 49, fls. 106/107). Por outro lado, não houve posicionamento da SMS sobre o fato da atualização da pesquisa de preços, conforme previsto no edital.

Dessa forma, conforme demonstrado no Quadro 4, os valores homologados para os itens 3/4 tendem a não refletir os melhores preços que poderiam ser obtidos na referida contratação, denotando o que já foi evidenciado pela auditoria, os preços foram negociados para alcançar a pesquisa realizada no processo administrativo.

Do exposto, em que pese não se aplicar o argumento utilizado pela representante quanto à possibilidade de aceitação da sua proposta ou a comparação com as atas de registro de preços vigentes, é procedente o representado quanto ao potencial de perdas financeiras ao Município nos valores alcançados referentes aos itens 3/4.

3. CONCLUSÃO

À luz das análises efetuadas, em sede de Relatório Conclusivo, concluímos pela parcial procedência da representação:

- *Improcedente o item 2.1"*
- *Procedentes os itens 2.2 e 2.3.*

Em relação ao item 2.2, cabe registrar que as informações ora apresentadas pela Origem acarretarão na perda de objeto do ponto representado, desde que se formalize nos autos do processo administrativo do certame o ato que declara que os lotes foram considerados fracassados no Pregão".

Instada a se manifestar, a Assessoria Jurídica de Controle Externo (peça 55) acompanhou a Especializada quanto à improcedência da Representação com relação ao apontado pela Representante no subitem "2.1 Irregularidade na desclassificação da representante pelo não atendimento aos itens 10.2.4.2, 10.2.3.5 e 10.3.1 do edital".

Quanto ao subitem 2.2, cujos apontamentos da Representante aludem a "diferenças nas indicações terapêuticas dos medicamentos com princípio ativo enoxaparina sódica", a Jurídica acenou em consonância com os argumentos da Coordenadoria, de que advirá a perda superveniente deste ponto específico do objeto da Representação desde que a Secretaria de Saúde:

"(...) formalize, nos autos do processo administrativo correspondente, o ato que declara que os lotes pertinentes foram considerados fracassados no PE nº 238/2020, quanto aos medicamentos que não atendem às especificações clínicas, consoante o que informado em sede de manifestação prévia (Peça 49, pp. 105 e 106)".

Finalmente, quanto ao subitem 2.3, qual seja, "possibilidade de perdas financeiras ao Município", a Assessoria Jurídica opinou desta forma:

"há possibilidade de perda superveniente, em parte, deste ponto específico da Representação, tendo em vista o que noticiado no Item 2.2, acima, se declarado fracassado alguns dos itens do Termo de Referência, quanto aos medicamentos que não atendem às especificações clínicas.

(...) Ante o exposto, opino pela admissibilidade da Representação e, quanto ao mérito, ressalvado o momento procedimental, no sentido da parcial procedência da Representação, a saber: Item 2.1 – improcedência; Item 2.2 – apesar de procedente, há possibilidade de perda superveniente do objeto, se levada a efeito a providência então noticiada pela SMS em sede de manifestação prévia; Item 2.3 – apesar de procedente, há possibilidade de perda superveniente do objeto, em parte, quanto aos itens já adjudicados, porém declarados fracassados, isto se levada a efeito a providência noticiada pela SMS, em sede de manifestação prévia (Item 2.2, acima)".

Admitida como terceira interessada pelo então Conselheiro Relator (peça 72), a empresa Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda., vencedora dos itens 3 e 4 no Edital de Pregão Eletrônico nº 238/2020/SMS (40 mg do medicamento Enoxaparina sódica), apresentou manifestação (peças 79/81 e 91/93).

Instada a manifestar-se, a SFC (peça 96) reiterou suas conclusões anteriores (peça 53) quanto aos itens 2.1, 2.2 e 2.3, mas, em acréscimo, sugeriu que a Secretaria Municipal de Saúde atualizasse a pesquisa de preços, conforme apontado anteriormente nas peças 35 e 53.

Diante de novas manifestações da Representante (peça 104), a SFC (peça 118) tornou a ratificar suas conclusões, nestes termos:

Diante do exposto, ratificamos a conclusão alcançada pela Auditoria no Relatório Conclusivo (peça 53), pela ***procedência*** *dos itens* ***2.2*** *e* ***2.3*** *e pela* ***improcedência*** *do item* ***2.1****.*

Em relação ao item 2.3, reiteramos a sugestão à peça 96, para que a SMS seja instada a atualizar a pesquisa de preços, mencionada nos Relatórios Preliminar e Conclusivo da Auditoria (peças 35 e 53)".

O Plenário, na 3.123ª Sessão Ordinária, datada de 16-12-2020, referendou a proposta do então Conselheiro Relator de retomada do Pregão Eletrônico nº 238/2020 (peça 130), contanto que a Origem formalizasse nos autos do processo administrativo:

"o ato que declara que os lotes dos medicamentos que não atendem às especificações clínicas foram considerados fracassados no Pregão".

Após novas manifestações da Secretaria Municipal de Saúde, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle (peça 152) opinou nestes termos:

"Da análise da documentação acrescida e da consulta ao processo SEI nº 6018.2020/0032605-8, concluímos que a Origem atendeu à condicionante para prosseguimento da licitação determinada na 3.123ª Sessão Ordinária, realizada em 16.12.20 (Peça 130), formalizando nos autos do processo administrativo o ato que declara que os lotes dos medicamentos que não atendem às especificações clínicas foram considerados fracassados no Pregão".

Na mesma linha de análise da Auditoria, diante do atendimento das condicionantes em Plenário de 16-12-2020 pela Origem, a Jurídica (peça 154) opinou, em síntese, pela improcedência quanto ao subitem 2.1; pela perda superveniente do objeto da Representação quanto ao Item 2.2 e pela superação do Item 2.3.

Na oportunidade de apresentar manifestação, assim opinou a Procuradoria da Fazenda Municipal (peça 158):

"A Fazenda (...) permite requerer a improcedência da presente representação no que tange ao item 2.1 e a perda do seu objeto em relação aos itens 2.2 e 2.3, na esteira do judicioso posicionamento da Jurídica dessa E. Corte".

Por derradeiro, a Secretaria-Geral, com alicerce no que foi trazido aos autos, manifestou-se nestes termos:

"opino pelo conhecimento da Representação com relação aos itens 2.1 e 2.3 e no mérito pela improcedência. Com relação ao item 2.2 opino pelo não conhecimento da Representação, diante da perda superveniente do objeto.

É o Relatório.

VOTO

Conforme relatado, trata-se de Representação em face do Edital do Pregão Eletrônico nº 238/2020/SMS, formulada pela empresa Sanofi Medley Farmacêutica Ltda. (Peça 01), apontando irregularidade em sua desclassificação no certame pelo não atendimento aos itens 10.2.4.2, 10.2.3.5 e 10.3.1, sustentando ter apresentado o melhor preço para os itens 1, 3 e 5 (Processo SEI nº 6018.2020/0032605-8).

Os Órgãos Técnicos concluíram, inicialmente, pela parcial procedência da Representação.

Quanto **subitem 2.1** (numeração da Subsecretaria de Fiscalização e Controle), a Representante, ao questionar **o subitem 10.2.3.5** do Edital, que prevê o fornecimento de atestado de capacidade técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado que comprove a aptidão para o desempenho de atividade pertinente ao objeto da licitação, sustenta que não haveria razão de ser desclassificada do certame devido à "ausência de apresentação de um atestado de capacidade técnica para o fornecimento do medicamento" pelo fato de já fabricar, fornecê-lo ao Ente Municipal e ter vencido pregão anterior.

Ocorre que, como destacado pelos Órgãos Técnicos, o Edital não dispõe sobre a possibilidade dos fornecedores de medicamentos para a Prefeitura do Município de São Paulo deixarem de apresentar atestado de capacidade técnica, tampouco que a adjudicação em pregão anterior assegura dispensa do aludido atestado em novo procedimento licitatório.

Imperioso ressaltar, nesse contexto, o que dispõe o art. 41 da Lei nº 8.666/1993 nos seguintes termos: *a "Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".*

Por sua vez, ao questionar o subitem **10.2.4.2** do Edital, adstrito à necessidade de apresentar "Prova de inscrição nos cadastros estadual e municipal de contribuintes, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto licitado", sustenta a Representante que, de sua parte, tal exigência, no âmbito municipal, teria sido cumprida por ter apresentado certidão negativa de tributos mobiliários emitida pelo Município de Suzano/SP, ao passo que a inscrição estadual está provada ante a certidão emitida pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, em que consta o correspondente número de

inscrição.

No entanto, como bem destacaram os Órgãos Técnicos de E. Tribunal de Contas, **o Edital não prevê** que tais inscrições, em sede municipal e estadual, possam ser provadas pelas certidões de regularidade fiscal estadual e municipal.

O subitem **10.3.1** do Edital alude à necessidade de se apresentar declaração, firmada por representante legal ou procurador, de que o licitante nada deve **à Fazenda do Município de São Paulo**, **na hipótese de o Interessado não ser cadastrado como contribuinte no Município de São Paulo**. Quanto a este ponto do Edital, a Representante alega que essa exigência é ilegal e que não se aplicaria à Sanofi por possuir cadastro como contribuinte no Município de São Paulo.

Frise-se que a própria Representante apresentou certidão de tributo mobiliário do Município de Suzano (peça 34), e não de São Paulo. Ao afirmar em sede de Recurso, apresentado no processo licitatório, que, por outro lado, possui cadastro como contribuinte no Município de São Paulo, caberia a apresentação da referida prova de regularidade com a Fazenda Municipal de São Paulo, justamente em conformidade com o que exige o subitem 10.2.4.5 do Edital.

Neste sentido:

> "Decerto, o procedimento licitatório, além de dever observar os princípios a que está submetida a Administração Pública, em prol da proteção dos interesses de toda a coletividade (art. 37, caput, da CF/88), deve guardar estrita vinculação para com o edital que o publicizou, sob pena de ilegalidade, conforme se infere do disposto no art. 3º, da Lei nº 8.666/93:
>
> > Art. 3 o 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.
>
> A respeito desta característica, colhe-se o seguinte excerto do magistério de MARIA SYLVIA ZANELLA DPIETRO: "(...) o edital é a lei da licitação e consequência, a lei do contrato. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente. (...), No Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório." (Ag Instr nº 2058167-44.2021.8.26.0000 – 4ª Câmara de Direito Público TJ/SP – Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti – j. 03/12/2021)

Conforme exposto, uma vez que a Representante não atendeu às exigências contidas nos referidos subitens do Edital, improcedente o aludido ponto da Representação.

No que se refere aos apontamentos da Representante sobre "diferenças nas indicações terapêuticas dos medicamentos com princípio ativo enoxaparina sódica" **(subitem 2.2**, conforme numeração da SFC), diante do atendimento das condicionantes em Plenário de

16-12-2020 pela Origem, que declarou que os lotes dos medicamentos que não atendem às especificações clínicas foram considerados fracassados no Pregão, houve a perda superveniente do objeto quanto a este ponto da Representação.

Finalmente, quanto à alegação da Representante de perdas financeiras ao Município (**subitem 2.3**, conforme numeração da SFC), em que pese o apontamento de procedência pelos Órgãos Técnicos, saliente-se a perda superveniente do objeto deste ponto da Representação, uma vez que a Origem declarou que os lotes dos medicamentos que não atendem às especificações clínicas foram considerados fracassados no Pregão e a pesquisa de preços não se mostrou irregular, nem se constatou superfaturamento ou prejuízo ao Erário. Além disso, os preços homologados estão abaixo da Tabela CMED (Câmara de Regulação do Mercado de Medicamentos) e na média da pesquisa de mercado.

Ante o exposto, **CONHEÇO** da Representação, uma vez preenchidos os requisitos para sua admissibilidade.

No mérito, com amparo nas conclusões da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria-Geral, que adoto como razões de decidir, **JULGO-A IMPROCEDENTE** quanto ao subitem 2.1, na medida em que as alegações fáticas da Representante colidem com as premissas editalícias do Pregão Eletrônico nº 238/2020, e **PREJUDICADA** com relação aos subitens 2.2 e 2.3 pela perda superveniente do objeto

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 20 de julho de 2022.

LUIZ FERNANDO C. PRUDENTE DO AMARAL
Conselheiro Substituto