

TC 000.321/2018-4**Tipo:** Representação (com pedido de medida cautelar)**Unidade jurisdicionada:** Ministério da Saúde**Representante:** Afluir Negócios e Tecnologias em Informática Eirelli - EPP, CNPJ 06.264.574/0001-53**Advogado ou Procurador:** Augusto Rolim da Silva Neto (OAB/DF 16.854/E), Eduardo Han (OAB/DF 11.714), Isadora França Neves (OAB/DF 54.478), Jonas Cecílio (OAB/DF 14.344)**Interessado em sustentação oral:** não há.**Proposta:** preliminar (parecer)

INTRODUÇÃO

Cuidam os autos de representação (peça 1) a respeito de possíveis irregularidades ocorridas no Ministério da Saúde (MS), relacionadas a indícios de sobrepreço e direcionamento para soluções de Registro Eletrônico de Saúde (RES) utilizando o padrão OpenEHR, nos editais dos Pregões Eletrônicos para Registro de Preços (PE SRP) 35/2017 e PE SRP 36/2017.

2. Considerando o lapso temporal entre a concessão de medida cautelar (15/1/2018) e também a solicitação do gabinete do Ministro-Relator no sentido de uma análise prioritária por esta Unidade Técnica, registra-se que histórico pormenorizado do processo pode ser obtido nas instruções precedentes, constantes às peças 13, 36 e 62 destes autos.

3. Em 15/1/2018, o Ministro-Presidente atuando neste processo com fundamento no art. 28, inciso XVI, do Regimento Interno do TCU, tendo em vista o afastamento por motivo regulamentar do relator, Ministro Augusto Nardes (peça 15), determinou cautelarmente que não houvesse prosseguimento das contratações relativas ao PE SRP 35/2017 e ao PE SRP 36/2017, bem como dos contratos deles decorrentes.

4. Em 18/1/2018, o Ministro de Estado da Saúde substituto apresentou, em caráter preliminar, informações e supostas evidências (peça 25) visando a demonstrar serem insubsistentes os elementos que orientaram a decisão de suspender, em sede de medida cautelar os pregões.

5. Em 23/1/2018, o Ministro-Presidente comunicou (peça 26), que recebeu em audiência o Ministro de Estado da Saúde, acompanhado de assessores, ocasião em que entregou em mãos o Aviso 48/GM/MS, de 23/1/2018 (peça 27), com informações referentes ao feito, requerendo que a peça 25 fosse recebida e processada como agravo por esta Corte de Contas.

6. Em 26/1/2018 a Sefti emitiu parecer técnico (peças 36-38) acerca da documentação apresentada bem como informando que entendia não haver motivos para suspensão da medida cautelar em vigor.

7. Em 31/1/2018, após a juntada de outros documentos pelo Ministério, os autos retornaram à Sefti para novo pronunciamento técnico acerca dos documentos recebidos e de um eventual impacto na medida cautelar em vigor.

8. Em 9/2/2018 a Sefti emitiu novo parecer técnico (peças 62-64) acerca dos novos documentos apresentados, concluindo que não havia motivos para suspensão da medida cautelar.

9. Em 28/2/2018, foi apreciada no Plenário deste Tribunal a Questão de Ordem 1/2018, mediante a qual ficou deliberado que:

Com base nos artigos 11, da Lei 8.443/1992, 28, inciso XVI, 157, caput, e §4º, do Regimento Interno/TCU, compete ao relator do processo relatar agravo interposto contra decisão monocrática do Presidente proferida durante o recesso, com fundamento no artigo 28, inciso XVI, do Regimento Interno/TCU. (Plenário do TCU, Sessão Ordinária de 28/2/2018, Ata número 6)

10. Diante dessa decisão, o Ministro-Presidente enviou os autos ao Gabinete do Ministro Augusto Nardes para continuidade dos trabalhos.

11. Em 12/3/2018 o Chefe de Gabinete do Ministro-Relator enviou os autos a esta Sefti para análise de nova documentação, originária do MS, que fora então entregue por aquele gabinete em 9/3/2018 no Serviço de Administração da Sefti (peças 68-69).

12. Tendo em vista a situação apresentada resumidamente acima, esta instrução abordará os eventuais impactos dos documentos apresentados pelo Ministério por meio da peça 69 na medida cautelar vigente.

EXAME TÉCNICO

13. Registra-se inicialmente que, conforme mencionado, no parágrafo 5, há um agravo interposto pelo MS sobre o qual esta Corte ainda não se manifestou. Tendo isso em vista, conforme discutido com o gabinete do Relator, a presente instrução visa a avaliar se os elementos acostados em 9/3/2018 pelo MS têm o condão de afastar a medida cautelar.

14. Conforme afirmado pelo MS, a peça 69 teria como objetivo contestar os fundamentos do suposto direcionamento do objeto para uma única empresa bem como demonstrar a regularidade do certame quanto aos valores praticados.

Argumentos do MS

15. Quanto ao PE SRP 35/2017, o MS informou que o certame poderia ser atendido, no mínimo, por cinco empresas, as quais apresentaram cotações de preços. Além disso, a pesquisa de mercado teria sido feita por meio de correio eletrônico enviado a 44 destinatários, representando 24 empresas. Por fim, informou ainda que, com base nas cotações de quatro das cinco empresas, foi elaborada a planilha de estimativa de preços. A ata da sessão pública da licitação registra a participação de cinco licitantes (peça 69, p. 3).

16. Quanto ao PE SRP 36/2017, o MS informou que o certame também poderia ser atendido, no mínimo, por cinco empresas, as quais apresentaram cotações de preços. Além disso, a pesquisa de mercado teria sido feita por meio de correio eletrônico enviado aos representantes de mais de 45 empresas. Por fim, informou ainda que, com base nas cotações das cinco empresas, foi elaborada a planilha de estimativa de preços. A ata da sessão pública da licitação registra a participação de três licitantes (peça 69, p. 3-4).

17. Além disso, o MS apresentou informações relativas a aquisições semelhantes ocorridas em outros países, com intuito de demonstrar a adequação dos preços praticados no Brasil com relação àqueles do mercado internacional.

Análise relativa ao PE SRP 35/2017

18. O MS informou que enviou e-mail para 24 empresas diferentes. Contudo, não constam dos autos quais são essas 24 empresas, tampouco quais são os produtos que elas representam. Nada obstante, não constam dos autos evidências de que o MS tenha pesquisado outras fontes, como, por exemplo, outras contratações públicas ou atas de registro de preços.

19. Cumpre observar ainda que a jurisprudência do TCU é firme no sentido de que a pesquisa

de preços deve ser ampla, e basear-se em “cesta de preços aceitáveis”, ie, Acórdão 2.637/2015-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, Acórdão 2.373/2016-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Augusto Sherman, Acórdão 1.175/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz, Acórdão 376/2018-TCU-Plenário, da relatoria da Ministra Ana Arraes. Neste sentido, a pesquisa efetuada pelo MS, ao basear-se exclusivamente em cotações junto a fornecedores, sem as devidas justificativas, foi deficiente.

Análise relativa ao PE SRP 36/2017

20. O MS informou que enviou e-mail para mais de 45 empresas diferentes. Contudo, também não constam dos autos quais são essas 45 empresas, tampouco quais são os produtos que elas representam. A propósito, não constam dos autos quais produtos de mercado (a não ser o software *Think!EHR*, desenvolvido pela empresa Marandi) seriam capazes de atender aos requisitos estipulados pelo MS. Além disso, não constam dos autos evidências de que o MS tenha pesquisado outras fontes, como, por exemplo, outras contratações públicas ou atas de registro de preços.

21. O mencionado no parágrafo 19 acerca da deficiência da pesquisa de preços igualmente se aplica ao PE SRP 36/2017. Acrescente-se a isso que é pouco crível que mais de 45 empresas, **com potencial de fornecer a solução**, tenham sido consultadas, tendo em vista que o objeto do pregão era consideravelmente específico.

22. O MS também afirmou que três empresas participaram do certame, o qual teria sido competitivo. Contudo, as evidências juntadas aos autos demonstram o contrário:

22.1. a sessão de lances teve início às 14:30:24 (peça 11, p. 5);

22.2. mesmo com três licitantes em tese participando da sessão de lances, apenas a vencedora ofertou um único lance, para o item 1, às 15:03:39 (peça 11, p. 2). Para o item 2 não foi apresentado um lance sequer;

22.3. a fase aleatória durou cerca de sete minutos (15:21:51 a 15:28:00) sem que nenhuma licitante apresentasse lance (peça 11);

22.4. com a finalização da fase aleatória, a menor proposta era de R\$ 91.342.179,00, portanto, R\$ 7.741.473,10 maior que os R\$ 83.600.705,90 estimados (peça 54, p. 62);

22.5. diante da impossibilidade de contratação acima do valor estimado (item 9.2 do edital – peça 3, p. 6), o pregoeiro indagou se a empresa poderia negociar o valor ofertado (peça 11, p. 6-7); e

22.6. após negociação, o valor final para os dois itens ficou em R\$ 84.300.000,00 (R\$ 699.294,10 ainda acima do valor estimado).

23. Conforme demonstrado, não há que se falar em competição em uma licitação na qual ocorreu apenas um lance, ofertado por uma única empresa, e em valor consideravelmente superior à estimativa da Administração. Como elemento adicional, a Figura 1 mostra, graficamente, como foi a sessão de lances do pregão.

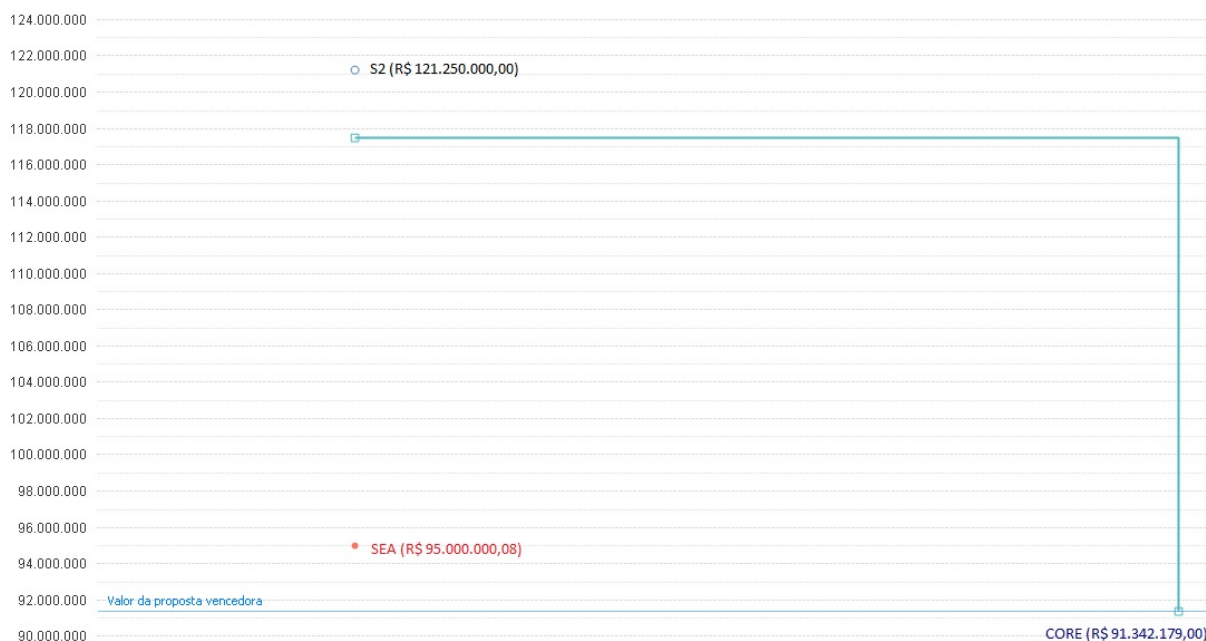


Figura 1 - Propostas e lances da sessão de lances do PE SRP 36/2017 do MS

24. Não bastasse isso, conforme restou demonstrado na instrução anterior, o valor adjudicado para o PE SRP 36/2017 foi superior ao valor estimado (peça 62, p. 5-6):

37. Não bastassem essas falhas apontadas, por ocasião da análise do processo disponibilizado, verificou-se que houve violação ao Edital na adjudicação realizada. Conforme, será demonstrado nos próximos parágrafos desta instrução, o PE SRP 36/2017 foi adjudicado a preço superior ao estimado, fato que contraria disposição expressa do item 9.2 do edital (peça 3, p. 6):

9.2. Será desclassificada a proposta ou o lance vencedor com valor superior ao estimado ou que apresentar preço manifestamente inexequível. (destacou-se)

38.A conclusão de que a habilitação foi indevida está baseada nos documentos 0423142, 0452280, 0697800, 0697845, 0697908, 0698049, 0698072 e 0699265, todos extraídos do Processo SEI-MS 25000.424050/2017-66 e juntados, respectivamente, como peças 49 a 56 destes autos:

38.1.Em 31/8/2017 o Sr. Coordenador-Geral de Análise e Manutenção entendeu que seriam necessárias novas cotações de preços junto ao mercado (peça 49).

38.2.Em 5/9/2017 a Sra. Coordenadora-Geral de Análise Jurídica de Licitações, Contratos e Instrumentos Congêneres, referenciando o despacho anterior, solicitou nova cotação junto aos fornecedores em potencial (peça 50).

38.3.Em 19/9/2017 foram enviados e-mails a diversos destinatários solicitando nova cotação de preços (peça 51).

38.4.Em 27/9/2017 foram juntadas ao processo SEI-MS as respostas enviadas por quatro empresas, as quais já haviam respondido ao primeiro chamamento do Ministério (peça 52).

38.5.No mesmo dia 27/9/2017, foi juntado ao processo SEI-MS a consolidação das novas cotações, que viria a se traduzir na nova pesquisa de preços (peça 53). Observa-se que, enquanto o valor inicialmente orçado era de R\$ 84.397.951,77, a nova estimativa passou a ser de R\$ 83.600.705,90.

38.6.Em 28/9/2017, o Sr. Coordenador-Geral de Análise e Manutenção expediu despacho no qual informa quais são os novos documentos SEI-MS a serem considerados válidos para fins de continuidade da contratação, entre eles a pesquisa de preços com valor de R\$ 83.600.705,90 (peça 55). A partir desse momento, com a ratificação do despacho pelo Sr. Subsecretário de Assuntos Administrativos (peça 56), o processo continuou no seu curso. O Quadro 1 resume a situação dos valores:

Item	Valor estimado (peça 54, p. 62)	Valor adjudicado (peça 5)	Diferença
------	---------------------------------	---------------------------	-----------

I	69.191.007,50	69.300.000,00	108.992,50
II	14.409.698,40	15.000.000,00	590.301,60
Totais	83.600.705,90	84.300.000,00	699.294,10

Quadro 1 Demonstrativo da adjudicação acima do valor estimado

38.7. Diante desses fatos, tendo em vista expressa cláusula constante do edital e reproduzida no parágrafo 37, entende-se que a continuidade do certame seria irregular.

Análise relativa aos preços praticados no exterior

25. Acerca da suposta adequação dos preços praticados nos pregões quando comparados com aqueles do mercado internacional, cumpre destacar que o MS apresentou documentos enviados pelo própria fabricante da solução vencedora, no caso a Marandi, fabricante do software *Think!EHR* (peça 69, p. 210-212). Na resposta constam preços que teriam sido praticados em vendas da solução *Think!EHR* para a cidade de Moscou (Rússia), para a Eslovênia e para o Hospital Sírio Libanês.

26. A análise, não apenas de preços, mas também de soluções ao redor do mundo, deveria ter sido feita durante o planejamento da contratação, pela equipe de planejamento, nos termos do art. 12, inciso I, alínea “a”, da IN SLTI 4/2014. Note-se que não foi identificada nos documentos da contratação enviados pelo MS a referida análise. Em suma, o estudo realizado não informa quais soluções poderiam atender às necessidades daquele Ministério.

27. Para tentar suprir essa omissão no planejamento o MS alegou ter enviado e-mails para diversas empresas, sem, contudo, demonstrar que elas teriam, de fato, condições de atender à demanda do repositório eletrônico de saúde.

28. Outra ação do Ministério foi juntar as supostas comparações com preços internacionais. Além de serem pouco representativas, tanto em quantidade quanto em tamanho das contratações quando comparadas com o almejado pelo MS, os informes de preços praticados guardam o viés de se referirem, exclusivamente, à solução *Think!EHR*, fabricada pela Marandi.

29. Importa destacar, por fim, que não se está fazendo juízo de valor a respeito da adequação da solução. O que está sendo afirmado é que os estudos técnicos preliminares da contratação não demonstraram, objetivamente, quais soluções de mercado poderiam atender à demanda do MS. Sem que esteja demonstrado que o *Think!EHR* é a única solução viável, a comparação de preços restrita a essa solução não serve como referência.

Conexão entre os Pregões 35/2017 e 36/2017

30. O objeto do PE SRP 35/2017 é o seguinte:

contratação de **serviços especializados e continuados em soluções em arquitetura orientada a serviço (SOA) para implementação de repositório clínico de uma solução integrada para o Registro Eletrônico de Saúde com o Barramento de Serviços de Saúde**, pelo o período de 12 (doze) meses, na forma de serviços continuados, executados sob demanda e sem dedicação exclusiva de mão de obra, mensurados em Unidade de Serviço Técnico (UST), conforme especificações técnicas estabelecidas no TERMO DE REFERÊNCIA e seus Apêndices. (peça 2, p. 1 - destacou-se)

31. Por seu turno, o objeto do PE SRP 36/2017 é:

contratação de **fornecimento de software com serviços de suporte e atualização tecnológica, para implementação de repositório clínico de uma solução integrada para o Registro Eletrônico de Saúde com o Barramento de Serviços de Saúde** de acordo com os padrões tecnológicos de interoperabilidade, definidos pela Portaria nº 2073/GM/MS de 31 de agosto de 2011. A solução deverá, obrigatoriamente, funcionar em regime de redundância, ativo – ativo, com número de instâncias ilimitado. (peça 3, p. 1 - destacou-se)

32. Conforme pode ser observado, os dois certames visam a um objetivo comum, qual seja, “implementação de repositório clínico de uma solução integrada para o Registro Eletrônico de Saúde com o Barramento de Serviços de Saúde”. Tanto os certames estão relacionados, que em 2016 os dois objetos

foram licitados de forma conjunta, por meio do PE SRP 33/2016, o qual acabou sendo revogado, entre outros motivos, devido à ausência de competição, conforme afirmado pelo próprio Ministério.

33. Considerando a conexão entre os dois objetos, em que pese se tratem de duas contratações distintas, inclusive com fornecedores diferentes, a manutenção da medida cautelar deve ser aplicada aos dois certames. O eventual prosseguimento de um em detrimento de outro poderá trazer maiores prejuízos à Administração, resultantes de desperdício com retrabalhos futuros.

Conclusão

34. Restou demonstrado que as pesquisas de preços foram deficientes, notadamente por terem se baseado exclusivamente em cotações junto a fornecedores (parágrafos 18-21).

35. Também restou demonstrado que não houve competição na sessão pública relativa ao PE SRP 36/2017 (parágrafos 22-23).

36. No caso do PE SRP 36/2017, o valor adjudicado supera em aproximadamente R\$ 700 mil o valor estimado. Por força do item 9.2 do edital que rege o referido certame, a adjudicação foi irregular (parágrafo 24).

37. A comparação com preços internacionais efetuada pelo MS – frise-se, após a realização do certame, não tem o condão de retificar as falhas ocorridas no planejamento da contratação, o qual não avaliou soluções alternativas, delineando quais fabricantes estariam aptos a atender à demanda daquele Ministério (parágrafos 25-29).

38. Tendo em vista a conexão entre os objetos das duas pretensas aquisições, sem que as falhas do PE SRP 36/2017 sejam corrigidas, ainda que por meio de novo certame, não faz sentido a continuidade do PE SRP 35/2017, cuja documentação também não dá mostras de que contou com estudos técnicos preliminares adequados (parágrafos 30-33).

39. Dessa forma, entende-se necessária a manutenção da medida cautelar adotada pelo Ministro-Presidente, em substituição ao Ministro-Relator, e ratificada pelo Plenário, que determinou ao Ministério da Saúde a suspensão do PE SRP 35/2017 e do PE SRP 36/2017, a suspensão da execução dos Contratos 86/2017 e 85/2017, decorrentes dos respectivos pregões, e a suspensão de todos os pagamentos às empresas contratadas no âmbito dos Contratos 86/2017 e 85/2017.

40. Quanto aos demais elementos objetos da representação, tais como o cancelamento do PE SRP 33/2016, a adequabilidade dos preços estimados nos pregões, aos indícios de direcionamento do objeto e da falta de competitividade no certame, entre outras questões apontadas na representação, nas instruções precedentes e nesta instrução, entende-se necessário dar prosseguimento ao feito e continuidade às análises das informações e evidências apresentadas pelo MS para que seja possível o pronunciamento de mérito sobre o caso.

41. Submetem-se os autos ao gabinete do Ministro-Relator Augusto Nardes.

Sefti, em 16 de março de 2018.

(assinado eletronicamente)

Rui Ribeiro
AUFC – Mat. 8298-8
Diretor da Digov-3