

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 000.321/2018-4

Natureza: Representação (com pedido de medida cautelar).

Órgão/Entidade: Ministério da Saúde.

Representante: Afluir Negócios e Tecnologias em Informática Eireli-EPP (CNPJ 06.264.574/0001-53).

Interessados: Extreme Digital Consultoria e Representações Ltda. (CNPJ 14.139.773/0001-68) e Core Consultoria e Serviços Ltda. (CNPJ 05.490.544/0001-00).

Representação legal: José Luiz Bueno Barbosa (peça 1); Leonardo Estevam Maciel Campos Marinho (OAB-DF 23.119) e outros, representando Extreme Digital Consultoria e Representações Ltda. (peça 86); e Jonas Cecílio (OAB-DF 14.344) e outros, representando Core Consultoria e Serviços Ltda. (peça 29).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES NOS PREGÕES ELETRÔNICOS SRP 35/2017 E SRP 36/2017, DESTINADOS A SOLUÇÕES DE REGISTRO ELETRÔNICO DE SAÚDE (RES) COM O BARRAMENTO DE SERVIÇOS DE SAÚDE. UTILIZAÇÃO DO PADRÃO *OPENEHR*, ATENDIDO POR UM ÚNICO LICITANTE. CONVENIÊNCIA DA CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR, *INAUDITA ALTERA PARS*. AUTORIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS E OITIVAS. REFERENDO DO PLENÁRIO. AGRAVO. CONHECIMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. NOVAS OITIVAS E DILIGÊNCIAS. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVAS PARA ALGUMAS IRREGULARIDADES. DEFICIÊNCIAS NO PLANEJAMENTO DAS CONTRATAÇÕES E NAS PESQUISAS DE PREÇOS. CONSTATAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COMPETIÇÃO E ADJUDICAÇÃO DO OBJETO EM VALOR SUPERIOR AO ESTIMADO NO PE SRP 36/2017. RISCO DE SOBREPREGO E DE RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. REPRESENTAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DOS CERTAMES. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Adoto como relatório a instrução a seguir reproduzida (peça 91), elaboradas por auditor da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (Sefti), a qual recebeu anuência da direção daquela unidade técnica especializada (peça 92):

“INTRODUÇÃO

1. *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. *Conforme o respectivo Edital (peça 2, p. 1), o objeto do PE SRP 35/2017 consiste em Registro de Preços para a 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 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).

3. Por sua vez, o objeto do PE SRP 36/2017, conforme Edital (peça 3, p. 1), consiste em Registro de Preços para eventual contratação de solução de **software** com garantia de suporte e atualização tecnológica pelo período de 12 meses, 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 2073/GM/MS, de 31/8/2011.

4. O certame relativo ao PE SRP 35/2017 encontra-se homologado para a empresa Extreme Digital Consultoria e Representações Ltda., pelo melhor lance de R\$ 299,98, com valor negociado a R\$ 299,50 e a quantidade de 47.000 UST, totalizando R\$ 14.076.500,00, conforme Termo de Homologação, de 7/12/2017 (peça 4, p. 1).

5. Por outro lado, o certame relativo ao PE SRP 36/2017 encontra-se homologado para a empresa Core Consultoria e Serviços Ltda., pelo melhor lance de R\$ 91.342.179,00 e com valor total negociado a R\$ 84.300.000,00. Referido valor negociado decorre do melhor lance de R\$ 69.382.179,00, com valor negociado a R\$ 69.300.000,00 e a quantidade de 1 (um) licenciamento para o item 1 – **Software**, do Grupo 1, e do melhor lance de R\$ 1.830.000,00 com valor negociado a R\$ 1.250.000,00 e a quantidade de 12 meses, totalizando R\$ 15.000.000,00, para o item 2 - Informática - Suporte Técnico (**Software/Equipamentos**), do Grupo 1, conforme Termo de Homologação, de 7/12/2017 (peça 5, p. 1-2).

6. Registra-se ainda que os respectivos contratos, 85/2017 e 86/2017, foram assinados em 19/12/2017, conforme os extratos publicados na página 99, da Seção 3, do DOU, de 28/12/2017 (peça 6).

7. Ressalta-se por fim que, conforme consta da peça 7 do presente processo, o Gabinete do Ministro-Relator foi comunicado a respeito do presente processo, em cumprimento ao item 21, inciso I, do Anexo I da Portaria-Segecex 12/2016.

HISTÓRICO

8. Com base nos elementos apresentados pela representante (peça 1), em instrução de 13/1/2018 (peça 13), a Unidade Técnica propôs a suspensão cautelar dos PE SRP 35/2017 e 36/2017, a suspensão da execução dos Contratos 86/2017 e 85/2017, decorrentes dos respectivos pregões, bem como suspensão imediata de todos os pagamentos às empresas contratadas no âmbito dos contratos citados, até que esta Corte se pronunciasse sobre o mérito das questões abordadas no presente processo. Também se propôs realização de oitiva e diligência junto ao MS, bem como a manifestação das empresas vencedoras dos referidos certames.

9. O Ministro-Presidente desta Corte de Contas, atuando no presente 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, deferiu a proposta de adoção de medida cautelar relativa ao MS, e das oitivas e diligências, na forma proposta pela Unidade Técnica (peça 15).

10. Posteriormente, o Ministro-Relator manifestou-se pela adoção da decisão do Ministro-Presidente, conforme Relatório e Voto às peças 22 e 21, que foram submetidos à apreciação do Plenário e aprovados por meio do Acórdão 31/2018-TCU-Plenário (peça 20).

11. Em seguida, o Ministro de Estado da Saúde substituto apresentou, em caráter preliminar, por meio do Aviso 25/2018/GM-MS, informações e evidências visando demonstrar serem insubsistentes os elementos que orientaram a decisão de suspender, em sede de medida cautelar, os PE SRP 35/2017 e 36/2017, bem como a execução dos contratos 85/2017 e 86/2017, decorrentes dos referidos certames licitatórios, esclarecendo, ainda, que, dentro do prazo estipulado pelo TCU, seria apresentada a manifestação completa, acompanhada de toda a documentação comprobatória visando

demonstrar, no mérito, a improcedência das alegações constantes da presente representação (peça 25).

12. *Logo após, conforme teor do Memorando 5/2018 – Presidência, de 23/1/2018 (peça 26), o Ministro-Presidente do TCU comunicou que recebeu, em audiência de 23/1/2018, o então Ministro de Estado da Saúde, Sr. Ricardo Barros, acompanhado de assessores e técnicos daquela pasta, ocasião em que os representantes entregaram em mãos o Aviso 48/GM/MS (peça 27), com informações referentes ao presente feito, requerendo que o Aviso 25/2018/GM-MS (peça 25) fosse recebido e processado como Agravo por esta Corte de Contas.*

13. *O memorando informa ainda que o referido Aviso foi recebido pela Presidência e encaminhado ao Gabinete do Relator, Ministro Augusto Nardes para análise, por meio do Memorando 3/2018 - Presidência (Documento TCU 88.689.763-6) dando-se ciência do assunto ao Relator.*

14. *Os autos foram então encaminhados pelo Ministro-Presidente a esta Sefti (peça 26) para análise e emissão de parecer técnico sobre o agravo, que assim procedeu em instrução à p. 36, no sentido de manter as medidas cautelares e reencaminhou os autos ao Gabinete do Ministro-Presidente, conforme o despacho do Secretário desta Unidade (peça 38).*

15. *Posteriormente, por intermédio do Ofício 180/2018/AECI/MS (peça 40, p.1), o Ministério da Saúde remeteu cópia do Despacho s/n CGAM/DATASUS/SE/MS (SEI 2289250), de 26/1/2018 (peça 40, p.2), contendo as informações prestadas pela Coordenação Geral de Análise e Manutenção, do Departamento de Informática do SUS - DATASUS, conforme Despacho s/n DATASUS/SE/MS-2302534 (peça 40, p. 3).*

16. *Isso posto, conforme o Memorando 6 da Presidência deste Tribunal (peça 42), o Ministro-Presidente informou que recebeu o então Ministro da Saúde, Sr. Ricardo Barros, acompanhado de assessores e que, na oportunidade, foram entregues e-mails que comprovariam a concessão prévia de acesso a auditores da Sefti aos processos do Ministério da Saúde para contratação de sistemas de Registro Eletrônico de Saúde e que foram disponibilizados documentos referentes aos preços praticados no exterior para os sistemas.*

17. *Ainda segundo o referido Memorando, os e-mails disponibilizados informariam que o acesso aos elementos da contratação, inclusive o Estudo Técnico Preliminar da contratação solicitado em audiência e diligência, ocorreu na forma de concessão para auditores do TCU de acesso eletrônico aos respectivos processos.*

18. *Assevera, por fim, que a Sefti também não teve a oportunidade de avaliar os documentos referentes aos preços desses sistemas praticados no exterior, posto que somente após a análise da Unidade Técnica aqueles documentos foram apresentados, motivo pelo qual devolveu os autos solicitando análise conclusiva em prazo razoável.*

19. *Foram ainda juntados ao processo, documento sem número com notas refutando aspectos da instrução do agravo elaborado pela unidade técnica (peça 43, p.1); e-mail com as informações de concessão de acesso aos processos da contratação (peça 43, p.2); tabela com o número dos processos administrativos relativos aos PE SRP 35 e 36/2017 para acesso via SEI (peça 44); e informações sobre pesquisas de preço internacionais (peça 45).*

20. *Em 6/2/2017, o Ministério da Saúde encaminhou por e-mail à caixa postal institucional desta Sefti, a Nota Técnica 7/2018-CGAM/DATASUS/SE/MS, de 5/2/2018, e outros expedientes, em resposta ao Ofício 0003/2018-TCU/Sefti, de 16/1/2018 (Peça 16).*

21. *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.*

22. *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)

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

24. 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).

25. Em 17/3/2018, para avaliar eventuais impactos na medida cautelar até então vigente em razão dos documentos apresentados pelo Ministério por meio da peça 69, a Sefti emitiu novo parecer técnico concluindo, mais uma vez, que não havia motivos para suspensão da medida cautelar (peças 70 e 71).

26. Em 21/3/2018, por meio do Acórdão 605/2018-TCU-Plenário (peça 72), esta Corte de Contas negou provimento ao agravo, ante as razões expostas pelo Relator, que acolheu as conclusões advindas dos pareceres da Sefti em seu voto (peça 73).

27. A presente instrução visa à análise de mérito da questão, a partir do exame das informações prestadas em resposta à oitiva e diligência realizadas pelo TCU ao Ministério da Saúde (peça 16), à empresa Extreme Digital Consultoria e Representações Ltda. (peça 17) e à empresa Core Consultoria e Serviços Ltda. (peça 18).

EXAME TÉCNICO

Informações apresentadas pelo Ministério da Saúde.

28. Em resposta à oitiva promovida por esta Secretaria, por meio do Ofício 3/2018-TCU/Sefti (peça 16), datado de 16/1/2018, o Ministério da Saúde apresentou as informações e/ou esclarecimentos constantes das peças 25, 27, 28, 40, 43, 44, 45, 48, 66 e 69, sendo que o conteúdo das três últimas foi encaminhado com atraso em relação ao prazo estipulado.

29. A documentação foi remetida ao TCU em partes, tendo sido recebida como agravo (peça 26 a 28), sendo que a documentação constante da peça 25 foi objeto de parecer da Sefti às peças 36 a 38, a das peças 43, 44, 45 e 58 foi objeto de parecer da Sefti às peças 62 a 64 e, a da peça 69, objeto de parecer da Sefti às peças 70 e 71, todos no sentido da manutenção da medida cautelar em vigor (peça 36, p. 8, peça 62, p. 8 e peça 70, p. 6).

30. Por meio do Acórdão 605/2018-TCU-Plenário (peça 72), esta Corte de Contas negou provimento ao agravo, ante as razões expostas pelo Relator, que acolheu as conclusões advindas dos pareceres da Sefti em seu voto (peça 73).

31. Apresenta-se, a seguir, as alegações do MS. Conforme pareceres da Sefti (peças 36, 62 e 70), em síntese, o órgão aduz:

31.1. em relação à anulação do pregão PE SRP 33/2016, que (peça 36, p. 2-3):

31.1.1. a anulação do Pregão PE SRP 33/2016 foi decorrente da constatação, a partir de denúncia, de divergência entre o Termo de Referência e o Edital, passível de gerar restrições à competitividade do certame, visto que o Edital previu, como requisito de habilitação, a comprovação de prestação de serviços usando a terminologia SNOMED-CT, enquanto não constava do Termo de Referência qualquer exigência neste sentido (peça 25, p. 8).

31.1.2. a disponibilização e utilização da referida terminologia dependiam de adesão da República Federativa do Brasil à Organização Internacional de Desenvolvimento de Padrões em Terminologias da Saúde (IHTSDO) e os procedimentos para adesão do Brasil à referida organização ainda não haviam sido concluídos, portanto, não caberia exigir dos licitantes tal comprovação (peça 25, p. 8).

31.1.3. outros elementos trazidos na referida denúncia foram objeto de apuração em sindicância investigativa (Processo 25000.202713/2016-11), que recomendou a anulação da licitação e indicou aspectos passíveis de aperfeiçoamento, como a limitação do quantitativo de licenças de **software** por paciente no item 1, e a ausência de previsão de manutenção e suporte técnico do sistema, e decidiu pela instauração de procedimento disciplinar, ainda em curso (peça 25, p. 8).

31.2. *em relação ao suposto sobrepreço no PE SRP 36/2017, que (peça 36, p. 3. Peça 62, p. 4-7. Peça 70, p. 2):*

31.2.1. *quanto ao valor unitário por licença praticado no certame realizado em 2016, nota-se que o valor por registro ficou definido em R\$ 0,68. Por seu turno, quando se examina o valor unitário por licença no certame realizado em 2017, que previa licenças ilimitadas, considerando uma população estimada pelo IBGE, em 18/1/2018, de 208.522.091, o valor por registro será de R\$ 0,40, portanto 59% do valor definido no certame de 2016, podendo esse valor ser ainda menor, na medida que se espera um aumento contínuo da população brasileira, tratando-se, portanto, de serviços descritos diversamente, visando atendimento de escopo que foi ampliado, não cabendo, portanto, comparar linearmente requisitos diversos, que, após cotação de mercado, redundaram na apuração de valores igualmente diversos daqueles obtidos em 2016 (peça 36, p. 3).*

31.2.2. *o pagamento integral pela solução somente ocorrerá quando a base de dados estiver povoada com 120 milhões de licenças, tendo em vista o Cronograma Físico-Financeiro de Pagamentos, previsto no Termo de Referência do Edital SRP 36/2017 (peça 62, p. 4).*

31.2.3. *a solução contratada não tem precedentes, o que dificulta a análise preliminar da adequabilidade dos preços contratados, que é feita, sobretudo, em face de séries históricas ou contratações similares (peça 62, p. 5).*

31.2.4. *a modalidade de licenciamento prevista no Pregão 33/2016 (cancelado) estipulava uma métrica, por número de indivíduos que previa um tipo de licenciamento, que no momento em que o número de cidadãos registrados atingisse o limite, o MS deveria adquirir mais licenças do **software**, fato que, potencialmente, ensejaria a realização de novo processo licitatório, com todos os riscos envolvidos nesse tipo de ação (peça 62, p. 6).*

31.2.5. *os fabricantes e fornecedores de solução trabalhavam com descontos progressivos em relação ao volume de licenças contratadas. Com a modalidade de licenciamento ilimitado, previsto no Edital 36/2017, todo o desconto seria aplicado de uma só vez, de modo a realizar todo o potencial comercial do negócio em uma única venda, diferentemente do Pregão 33/2016 (peça 62, p. 6).*

31.2.6. *deveria se considerar na análise comparativa de preços entre o Pregão 33/2016 e o 36/2017 a variação cambial, uma vez que os produtos fornecidos têm custo em Euros e que houve majoração entre os valores da moeda entre nov/2016 e nov/2017, significando uma correção direta de 6,71% no valor praticado em 2016 (peça 62, p. 6).*

31.2.7. *em relação à competitividade do certame, ainda que tenha havido apenas um único lance, o MS ressaltou que a empresa vencedora ofereceu desconto significativo no primeiro lance para o item 1 (licenças), com objetivo de atender à limitação imposta pelo pregoeiro de contratação pelo valor máximo estimado para o pregão. Desse modo, segundo o MS, houve uma redução total de 28,2% entre a proposta originalmente ofertada e o valor final de preço homologado no pregão, demonstrando que apesar de não haver muitos lances, a economia com a realização da licitação em modalidade pregão foi atingida, preservando a condição de contratação por valores inferiores ao valor estimado pela administração (peça 62, p. 7).*

31.2.8. *aquisições semelhantes ocorridas em outros países demonstram a adequação dos preços praticados no Brasil com relação àqueles do mercado internacional (peça 70, p. 2)*

31.3. *em relação ao suposto sobrepreço no PE SRP 35/2017, que (peça 36, p. 3. Peça 62, p. 4-7. Peça 70, p. 2):*

31.3.1. *no que tange ao Pregão 35/2017, a alegação de sobrepreço não merece prosperar. Primeiro, pela total diferença nas metodologias utilizadas para mensurar os custos, permitindo que o valor por UST do Pregão 33/2016 chegasse a R\$ 302,99, enquanto o valor contratado no Pregão 35/2017, o qual não pode sofrer qualquer acréscimo, resulta em redução de até 50% (R\$ 149,75 por UST em determinados casos). Segundo, porque as estimativas de serviços tiveram por base o histórico de demandas dos projetos, o que explicaria a variação da projeção de quantidade total de USTs em ambos os casos. E, por último, por se tratar de uma contratação por demanda e sem consumo mínimo, ou seja, somente demandas necessárias seriam executadas, haveria contemporização com danos à*

Administração (peça 62, p. 7).

31.4. em relação aos indícios de direcionamento do objeto e de conluio, que (peça 36, p. 3-4. Peça 70, p. 2):

31.4.1. a representação é contraditória, visto que afirma ter havido direcionamento do certame para a empresa Core Consulting, entretanto, a vencedora do Pregão PE 35/2017, em cujo edital figura a exigência de habilitação correspondente ao padrão **OpenEHR**, foi a empresa Extreme Digital (peça 36, p. 3)

31.4.2. a escolha do **OpenEHR**, que é um modelo aberto, foi resultado de diversos estudos, realizados desde 2009, publicados e disseminados desde 2011 à indústria de **software** brasileira, por intermédio, sobretudo, da Portaria GM/MS 2073/2011, e concretizados pela execução da política de e-Saúde pelo MS, estudos que estão sintetizados na Nota Técnica 12, Processo SEI 25000.417713/2017-96 - Anexo 3, peça 25, p. 23-38 (peça 36, p. 4).

31.4.3. existem vários outros exemplos de sistemas baseados em **OpenEHR** em operação e desenvolvimento no Brasil, de conhecimento do MS, inclusive dois sistemas de Prontuário Eletrônico do Paciente (PEP) já foram habilitados para interoperação com o modelo **OpenEHR**, entre eles, Prontuário Eletrônico do Cidadão (PEC) e-SUS AB desenvolvido pelo MS (peça 36, p. 4).

31.4.4. o MS realizou consulta pública em 2015 (Processo de Consulta Pública 2, 2015, publicado no DOU de 28/08/2015, Seção 3), com objetivo de validar as especificações técnicas pretendidas para a plataforma de registro eletrônico ora licenciada, e que possui um diagnóstico realizado em 2017, sob sua demanda, pela Sociedade Brasileira de Informática em Saúde (SBIS), onde são relatadas cinco soluções de empresas com desenvolvimentos de RES **OpenEHR** ativos no Brasil - Anexo 4, peça 25, p. 39-42 (peça 36, p. 4).

31.4.5. ao contrário do afirmado na representação em comento, as estatísticas da Fundação **OpenEHR** (<http://www.openehr.org/ckm/>) indicam 196 especialistas ativos na Fundação **OpenEHR** no Brasil (peça 36, p. 4).

31.4.6. por se tratar de um padrão aberto, a certificação pela Fundação **OpenEHR** não pode ser considerada como condição, exigência ou comprovação de habilitação e que, portanto, a exigência disposta no edital do Pregão PE 35/2017 refere-se à comprovação da prestação de serviços com o emprego do referido modelo. Ademais, em resposta a questionamento do MS, a Fundação **OpenEHR** afirmou não manter nenhum tipo de controle acerca de empresas que fazem desenvolvimento de soluções baseadas em **OpenEHR** (peça 36, p. 4).

31.4.7. conforme pode ser observado nas Atas (Anexo 5, peça 25, p. 43-66), houve competitividade durante os certames licitatórios. No certame 33/2016 participaram seis empresas no item 1 (licenciamento de **software**) e nove empresas no item 2 (serviços). Do mesmo modo, no certame 35/2017, cinco empresas acorreram à licitação, ao passo que no Pregão 36/2017 houve a participação de três empresas. Ressalta, ademais, que, durante as etapas regulamentares dos pregões 35/2017 e 36/2017, não houve qualquer questionamento ou solicitação de impugnação das licitações com os argumentos semelhantes aos levantados pela representante. Nesta oportunidade, não houve também qualquer manifestação que motivasse a alteração dos requisitos apresentados no PE SRP 36/2017 (peça 36, p. 4).

31.4.8. os elementos norteadores oficiais e publicados da estratégia de Saúde Digital no Brasil, que sustentaram a realização do licenciamento ilimitado pretendido no pregão 36/2017, evidenciam a ausência de conluio entre as empresas e direcionamento do certame (peça 62, p. 7).

31.4.9. quanto ao PE SRP 35/2017, 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, o MS 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 70, p. 2).

31.4.10. 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, o MS 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 70, p. 2).

Análise das informações apresentadas pelo Ministério da Saúde.

32. No que tange à anulação do pregão PE SRP 33/2016 (parágrafo 31.1), de fato as alegações trazidas pelo MS são corroboradas pelas informações constantes dos autos.

33. Nesse sentido, consta dos itens não digitalizáveis da peça 66, denúncia apontando, dentre outros fatores, a possível restrição à competitividade daquele pregão em função da exigência de atestado de capacidade técnica em serviços utilizando o padrão SNOMED-CT (peça 89, p. 1-11).

34. Por outro lado, a partir de outros itens não digitalizáveis dentre aqueles mencionados, verificou-se que a estimativa de preços efetuada no PE SRP 33/2016 guardou fragilidade, visto que não apresentava juízo crítico acerca dos valores levantados, sendo baseada apenas na média de cotações obtidas de poucas empresas e em uma descrição genérica dos serviços cotados (peça 89, p. 12-122), embora a jurisprudência do TCU seja no sentido de que a pesquisa de preços deve ser ampla e basear-se em cesta de preços aceitáveis (Acórdãos 2.637/2015, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, 2.373/2016, da relatoria do Ministro-Substituto Augusto Sherman, 1.175/2017, da relatoria do Ministro Aroldo Cedraz e 376/2018, da relatoria da Ministra Ana Arraes, todos do Plenário desta Corte).

35. Sobre tal ponto, cumpre mencionar, inclusive, que há despacho da Coordenação de Administração Orçamentária e Financeira do MS solicitando manifestação da área técnica daquele Ministério quanto ao atendimento na pesquisa de mercado ao Acórdão 1.108/2007-TCU-Plenário, justamente em razão da necessidade de se apresentar juízo crítico acerca dos valores levantados (peça 89, p. 122-123), não tendo sido encontrada nos autos, entretanto, a referida manifestação solicitada à área técnica, reforçando a evidência de que o referido juízo crítico não foi realizado.

36. No que tange ao suposto sobrepreço nos PE SRP 35/2017 e 36/2017 (parágrafos 31.2 e 31.3), não merecem prosperar as alegações do MS.

37. No PE SRP 35/2017, a pesquisa efetuada pelo MS baseou-se exclusivamente em cotações junto a fornecedores, não constando dos autos quais foram as 24 empresas diferentes para as quais o MS enviou e-mail solicitando cotação de preços, tampouco os produtos que elas representam. Não há, também, evidências de que o Ministério tenha pesquisado outras fontes – como, por exemplo, outras contratações públicas ou atas de registro de preços (peça 70, p. 2).

38. No PE SRP 36/2017, também não constam dos autos quais foram as 45 empresas diferentes para as quais o MS enviou e-mail solicitando cotação de preços e os produtos que elas representam, bem como quais produtos de mercado (a não ser o **software Think!EHR**, desenvolvido pela empresa Marandi) seriam capazes de atender aos requisitos estipulados pela unidade jurisdicionada, além de inexistir evidências de que o MS tenha pesquisado outras fontes, como, por exemplo, outras contratações públicas ou atas de registro de preços (peça 70, p. 3).

39. Ainda, embora o MS tenha alegado a adequação dos preços praticados nos pregões quando comparados com aqueles do mercado internacional, verificou-se que a comparação efetuada pela unidade jurisdicionada foi realizada apenas após a realização dos certames, não tendo 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 (peça 70, p. 6).

40. Assim, a situação encontrada para os dois certames revela deficiência na pesquisa de preços realizada pelo MS, o que afronta a jurisprudência do TCU no sentido de que a pesquisa de preços deve ser ampla e basear-se em cesta de preços aceitáveis (Acórdãos 2.637/2015, 2.373/2016, 1.175/2017 e 376/2018, todos do Plenário desta Corte).

41. Além disso, especificamente no caso do PE SRP 36/2017, verificou-se que não houve

competição no certame (ocorreu apenas um lance, ofertado por uma única empresa, e em valor consideravelmente superior à estimativa da Administração): o valor do lance foi R\$ 91.342.179,00 e o valor estimado pelo MS foi R\$ 83.600.705,90 (peça 55), mais de R\$ 7 milhões menor. Registre-se ainda que um dos motivos alegados pelo MS para revogação do pregão anterior (33/2016) foi a baixa competitividade (peça 36, p. 7-8), em que pese ele ter contado com requisitos mais restritivos na visão do MS, e apresentado nível de competição melhor que o PE SRP 36/2017.

42. Ainda, a adjudicação do objeto se deu em valor superior ao estimado, afrontando, assim, o item 9.2 do edital (peça 70, p. 3-5).

43. Outrossim, em comparação ao Pregão 33/2016, verificou-se no PE SRP 36/2017 uma diferença a maior de 36%, considerando parâmetro semelhante de precificação (59.903.706 vidas) – peça 36, p. 5. Além disso, os preços deste certame, em comparação ao anterior, só se tornarão mais vantajosos para a Administração a partir de uma quantidade de 124.091.440 vidas (peça 36, p. 5). Tendo em vista que o pagamento de manutenção já se iniciará sobre um valor de contrato majorado em relação ao pregão anterior, ocorre um risco adicional, porquanto o atingimento do citado número de vidas depende da implantação de outros projetos e do crescimento significativo da base de dados, o que não se pode atestar que acontecerá com segurança, em curto espaço de tempo, considerando os elementos trazidos pelo MS (peça 36, p. 5-6).

44. Por fim, em relação aos indícios de direcionamento do objeto e de conluio, (parágrafo 31.4), merecem prosperar apenas parcialmente as alegações do MS.

45. De fato, entende-se que as informações não são suficientes para confirmar a existência de conluio.

46. Além disso, de fato, a escolha pelo modelo de referência **OpenEHR** no Registro Eletrônico em Saúde guarda amparo no item 4.1 do Anexo à Portaria 2.073, de 31 de agosto de 2011, que regulamenta o uso de padrões de interoperabilidade e informação em saúde para Sistemas de Informação em Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, nos níveis Municipal, Distrital, Estadual e Federal, e para os sistemas privados e do setor de saúde suplementar.

47. Entretanto, a exigência do item 17.1.3 do termo de referência do PE SRP 35/2017 (peça 2, p. 47) impondo que o licitante tenha prestado serviços utilizando exatamente o mesmo modelo de referência a ser utilizado no objeto, sem a devida justificativa do motivo de não serem aceitos outros modelos de referência ou tecnologias que eventualmente guardem similaridade com aquele, possivelmente restringe a competição e afronta o art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993, bem como a jurisprudência desta Corte (Acórdãos 134/2017, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, 1.742/2016, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, 1.585/2015, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, dentre outros).

48. Ainda, restou constatada a fragilidade da pesquisa de preços em ambos os certames e a possibilidade de sobrepreço no PE SRP 36/2017, em virtude da mencionada fragilidade da pesquisa de preços, da ausência de competição no certame e da adjudicação por valor acima do previsto (parágrafos 37 a 43).

Informações apresentadas pela empresa Extreme Digital Consultoria e Representações Ltda.

49. Em resposta à oitiva promovida por esta Secretaria, por meio do Ofício 4/2018-TCU/Sefti (peça 17), datado de 16/1/2018, a empresa Extreme Digital Consultoria e Representações Ltda. (EDS) apresentou, com ligeiro atraso, as informações e/ou esclarecimentos constantes da peça 61.

50. Em síntese, a empresa traz as seguintes alegações:

50.1. houve ampla concorrência no certame, destacando-se que o PE 33/2016 contou com treze licitantes diferentes para os dois itens, o PE 35/2017, cinco licitantes e, o PE 36/2017, três licitantes (peça 61, p. 6-8).

50.2. a equipe de auditoria do TCU foi levada a se contradizer, já que a representante invoca o TCU a investigar indícios de direcionamento em ambos os certames (PE SRP 35/2017 e PE SRP 36/2017), mas, no momento seguinte, leva a crer que apenas o PE SRP 36/2017, que não contou com a participação da EDS, possuiria indícios de direcionamento (peça 61, p. 9).

- 50.3. *o objeto do PE SRP 35/2017 não é comum, inexistindo uma gama enorme de fornecedores aptos a executar o objeto pretendido pela Administração, o que não pode ser interpretado como direcionamento ou que não existe competitividade entre as empresas do ramo (peça 61, p. 10).*
- 50.4. *a contratação decorrente do PE SRP 35/2017 representou uma economia efetiva de R\$ 646.250,00 (seiscentos e quarenta e seis mil e duzentos e cinquenta reais) ao erário (peça 61, p. 11).*
- 50.5. *no que diz respeito à confrontação de preços do PE SRP 33/2017 e dos PEs SRP 35/2017 e 36/2017, as condições, quantidades e abrangências são distintas entre os certames, além de se tratar de procedimentos apartados, em momentos distintos e totalmente autônomos, não havendo qualquer conexão entre eles, não sendo possível alegar que um certame que prevê a limitação de atendimento a uma gama determinada de pacientes pode ser comparado com outro, cuja previsão é feita por demanda, de forma ilimitada (peça 61, p. 11-12).*
- 50.6. *com base no exame da ata do PE SRP 33/2016, bem como de impugnações ou pedidos de esclarecimentos relativos a tal certame, comprova-se que a representante não se insurgiu em momento algum, o que evidencia tratar-se na presente representação de uma tentativa de procrastinar o processo licitatório (peça 61, p. 13).*
- 50.7. *a revogação do certame PE SRP 33/2016 é uma medida discricionária, havendo alterações significativas nos novos certames em relação ao anterior, tanto em questões técnicas, quanto na fiscalização, modelo de precificação e acompanhamento da execução dos contratos (peça 61, p. 14).*
- 50.8. *não houve veto à participação de outras empresas, considerando que não houve manifestação de impugnação ao edital, que as cinco participantes do PE SRP 35/2017 se declararam habilitadas ao cadastrarem suas propostas e que todas ofereceram lances durante o certame (peça 61, p. 14).*
- 50.9. *a definição do padrão **OpenEHR** não decorre da incapacidade da representante ou de qualquer outra empresa, mas sim de previsão legal expressa há mais de seis anos, qual seja, a Portaria 2.073, de 31 de agosto de 2011, que regulamenta o uso de padrões de interoperabilidade e informação em saúde para Sistemas de Informação em Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, nos níveis Municipal, Distrital, Estadual e Federal, e para os sistemas privados e do setor de saúde suplementar (peça 61, p. 15).*
- 50.10. *no que tange à urgência para concessão da medida cautelar suspensiva, não se poderia fundamentá-la pelo fato de se tratar de registro de preços, porquanto o edital não admite adesão à ata decorrente da licitação (peça 61, p. 16).*
- 50.11. *a alegação de conluio não traz qualquer comprovação. Além disso, o próprio edital exigiu declaração de que a proposta foi elaborada de forma independente como condição para participação no certame. Ademais, durante aproximados sete minutos de duração da etapa de encerramento aleatório, dezesseis lances foram enviados por quatro empresas ofertantes de proposta (peça 61, p. 17).*
- 50.12. *no que diz respeito às alegações de sobrepreço, destaca que a EDS ofertou R\$ 262,49 em seu melhor lance no pregão 33/2016, e não R\$ 264,99 conforme informado pela representante. Além disso, é preciso considerar que o valor do ponto de função varia em função de condições distintas e cenários distintos, que necessitam de especializações distintas, com custos unitário distintos e, nesse sentido, a título de exemplo, o pregão 9/2015, realizado pelo Comando do Exército, obteve pontos de função com valores de até 131% de diferença entre os itens que compõem o certame. Ainda a título de exemplo, no pregão 9/2017 realizado pelo Ministério da Educação (MEC), o valor final da UST foi de R\$ 269,90, menos de 10% de diferença em relação ao valor da UST no PE SRP 35/2017 promovido pelo MS, embora o objeto do certame promovido pelo MEC possua complexidade técnica inferior, bem como requisitos de execução contratual mais simples (peça 61, p. 18-20).*
- 50.13. *o PE SRP 35/2017 previu um contrato sob demanda, sem estabelecimento de consumação mínima, fato que contribui para afastar a tese de dano ao erário, ante à acusação de sobrepreço (peça*

61, p. 20).

50.14. *não é possível comparar o pregão eletrônico 33/2016 (item 2) com o PE SRP 35/2017, em razão das diferenças nas fórmulas de cálculo para a estimativa de cada ordem de serviço e da UST, da inexistência, no PE 33/2016, de descontos por atividade já desempenhadas anteriormente ou previamente documentada (o que impacta o valor unitário por UST), bem como da mudança no catálogo de serviços, que, no pregão 33/2016, estabelecia a complexidade de cada atividade e um limite de consumo por item, ao passo que no novo certame o catálogo de serviços possui uma estimativa objetiva de USTs, por atividade e complexidade, além de ter corrigido a falta de clareza quanto aos prazos para executar determinados serviços (peça 61, p. 21-23).*

50.15. *não há de se falar em direcionamento no certame, já que é falsa a tese da representante no sentido de que somente duas empresas estariam aptas a cumprir as exigências técnicas e por uma única fabricante, considerando que o item 1 do pregão 33/2016 foi vencido pela empresa Arrow e o PE SRP 36/2017, que o substituiu, foi vencido pela empresa Core. Já o item 2 do pregão 33/2016 foi vencido pela empresa Core e o PE SRP 35/2017, que o substituiu, foi vencido pela empresa EDS. Além disso, treze empresas diferentes se declararam aptas a executar as atividades objeto dos certames em questão. Isso sem contar que os próprios auditores do TCU concluírem que a representante não conseguiu sequer demonstrar o que pretende caracterizar (peça 61, p. 23-26).*

50.16. *o contrato objeto do PE SRP 35/2015 já foi assinado e, inclusive, uma ordem de serviço já foi emitida, de modo que a EDS já incorreu em despesas para alocação e contratação de infraestrutura, materiais, recursos especializados e profissionais necessários à execução do objeto do contrato, não havendo opção senão manter a estrutura necessária para continuidade da prestação dos serviços tão logo haja uma decisão final quanto à revogação da medida cautelar e consequente liberação da execução contratual (peça 61, p. 26-28).*

Análise das informações apresentadas pela empresa Extreme Digital Consultoria e Representações Ltda.

51. *As alegações trazidas pela empresa merecem prosperar apenas parcialmente.*

52. *De fato, não foi possível concluir pela existência de conluio nos certames objeto de representação (parágrafo 45), corroborando com o alegado nos parágrafos 50.11 e 50.8.*

53. *Além disso, a escolha pelo padrão **OpenEHR** realmente decorre de previsão normativa, não ensejando, portanto, irregularidade (parágrafo 46), o que corrobora com a alegação do parágrafo 50.9.*

54. *Por outro lado, destaca-se que, ao contrário do asseverado pela empresa no parágrafo 50.1, não é possível afirmar que houve ampla concorrência nos certames, inclusive constatou-se ausência de competitividade no PE SRP 36/2017 (parágrafo 41).*

55. *Além disso, não houve contradição por parte da unidade técnica (parágrafo 50.2), porquanto a suspensão dos certames se deu não pelos indícios de direcionamento, mas por conta dos indícios de sobrepreço (peça 13, p. 4-5).*

56. *Também não há de se falar em economicidade no PE SRP 35/2017 (parágrafo 50.4), considerando a fragilidade constatada na pesquisa de preços (parágrafo 40).*

57. *Inclusive não é possível afastar o indício de sobrepreço no PE SRP 35/2017 somente pela mera comparação com preços e condições do pregão anterior, cujos preços de referência também não foram corretamente estabelecidos, uma vez que estimados por meio de simples média de cotações obtidas junto a fornecedores (parágrafo 34), o que contraria a jurisprudência desta Corte e vai de encontro às alegações dos parágrafos 50.4 e 50.12.*

58. *Cumpra destacar, ainda, que os Pregões SRP 35/2017 e 36/2017 são sim comparáveis, guardadas suas peculiaridades (requisitos e quantidades para precificação), com o PE SRP 33/2016, na medida em que possuem objeto similar e consistem, em boa parte, no desdobramento deste último certame, contrariando, assim, as alegações dos parágrafos 50.5, 50.7 e 50.14.*

59. *Também não prospera a alegação do parágrafo 50.6, na medida em que a atuação desta Corte em sede de representação não depende da insurgência do representante perante o órgão*

licitante. Além disso, a ausência de tal insurgência não evidencia, sem outros elementos, que o representante possui o intuito de procrastinar a licitação contestada.

60. Destaca-se que nem o fato de o edital não permitir a adesão à ata decorrente da licitação, tampouco a previsão, no PE SRP 35/2017, de um contrato sob demanda, sem consumação mínima, evitam a possibilidade de sobrepreço no certame e de dano ao erário em decorrência da execução contratual, de modo que as alegações do parágrafos 50.10 e 50.13 não procedem e, assim, não afastam a conclusão quanto à presença dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* que ensejaram a suspensão das contratações.

61. Com relação às alegações dos parágrafos 50.3 e 50.15, embora não seja possível asseverar que tenha havido algum tipo de direcionamento, persistem indícios nesse sentido em ambos os certames, em razão das falhas nas pesquisas de preços (parágrafos 40), da possibilidade de restrição de competitividade do PE SRP 35/2017 (parágrafos 47) e da ausência de competitividade no PE SRP 36/2017 (parágrafos 41).

62. Por último, no que tange à alegação do parágrafo 50.16, o fato de o contrato já ter sido assinado e de uma ordem de serviço já ter sido emitida não impede o juízo desta Corte quanto à legalidade da aquisição sob análise, ou quanto a outros parâmetros de controle, embora seja informação a ser considerada na formulação das propostas de encaminhamento e na decisão a ser proferida.

Informações apresentadas pela empresa Core Consultoria e Serviços Ltda.

63. Em resposta à oitiva promovida por esta Secretaria, por meio do Ofício 5/2018-TCU/Sefti (peça 18), datado de 16/1/2018, a empresa Core Consultoria e Serviços Ltda. apresentou, tempestivamente, as informações e/ou esclarecimentos constantes da peça 57.

64. Em síntese, a empresa traz as seguintes alegações:

64.1. a solução licenciada objeto do contrato 85/2017 já está instalada e disponível na infraestrutura do Ministério da Saúde, com todos os testes de funcionalidades e a transição para o ambiente de produção já concluídos (peça 57, p. 2).

64.2. a empresa representante não participou dos processos licitatórios sobre os quais faz afirmações deturpadas e discrepantes, além de não ter expertise técnica e possuir diversos títulos protestados em seu nome (peça 57, p. 3).

64.3. a decisão de Estado pela obrigatoriedade do **OpenEHR** foi resultado de diversos estudos, iniciados em 2009, cujas decisões e conclusões foram incorporadas na Portaria 2073/2011 do MS, não sendo razoável supor que todos esses esforços tenham sido conduzidos e direcionados por influência de uma única empresa ou padrão com o objetivo de lograr-se vencedores de aquisições de licenças de **software** ou de serviços em 2017 (peça 57, p. 13).

64.4. não há de se falar que a escolha do **OpenEHR** como padrão a ser utilizado pelo governo brasileiro foi desacertada, em razão de haver diversas referências internacionais que se utilizam da mesma solução (peça 57, p. 13).

64.5. não houve direcionamento do certame, considerando que (peça 57, p. 16-20):

64.5.1. a própria instrução preliminar afirma que não restou devidamente esclarecido pela representante a razão do possível direcionamento do Pregão 36/2017 (peça 13, p. 5) e que a argumentação da empresa Afluir é contraditória ao, inicialmente, afirmar que a solução **OpenEHR** oferecida pela empresa Marand não possuía nenhum cliente no Brasil e, posteriormente, reconhecer que já existem duas implementações de soluções do RES utilizando o padrão **OpenEHR** da mesma fornecedora (peça 57, p. 16).

64.5.2. a representante tenta desmerecer o padrão definido pelo governo brasileiro, alegando que existiam no mercado outras soluções adequadas, como a da empresa MV Sistemas, presente em mais de mil e duzentos hospitais em todo território nacional, quando o certame, com efeito, previu no item 9.6.1, 'a' do edital, prova de conceito para demonstrar a aderência da solução ofertada com os padrões estabelecidos pela Portaria 2.073/2011, de modo que, embora a empresa MV Sistemas tenha ofertado o menor preço, não conseguiu demonstrar as funcionalidades exigidas na prova de conceito

(não tendo sequer logrado êxito em instalar o **software** para demonstrar sua capacidade técnica) e, por isso, foi desclassificada (peça 57, 17-18).

64.5.3. a representante tenta induzir o TCU ao erro apresentando a falsa ideia de que existiriam apenas oito profissionais especialistas no modelo **OpenEHR** no país, quando, na verdade, existem cento e noventa e seis brasileiros registrados no **Clinical Knowledge Manager (CKM)**, ferramenta de autoria, governança e distribuição dos modelos clínicos baseados naquele modelo, conforme estatística da Fundação **OpenEHR** – <http://www.openehr.org/ckm/> -, sem contar que há diversas linhas de pesquisa ativas sobre o tema em várias universidades do país e do exterior, lideradas por especialistas brasileiros no tema, sendo que diversas teses e dissertações já foram publicadas sobre o assunto, fazendo o Brasil um dos líderes de publicações e referência desse padrão no mundo (peça 57, p. 18-19).

64.5.4. as alegações de que a empresa Core seria única do Brasil em parceria com a Oracle é infundada, até porque a própria empresa Extreme Digital (vencedora do pregão eletrônico 35/2017) também apresentou tal comprovação (peça 57, p. 19).

64.6. não houve sobrepreço, considerando que (peça 57, p. 20-27):

64.6.1. o cancelamento do pregão eletrônico 33/2016 é justificável, porque os pregões eletrônicos 35/2017 e 36/2017 obtiveram maior refinamento para a escolha de uma nova métrica de contratação mais adequada à realidade brasileira, tendo a representante simplesmente ignorado a atualização da métrica. Com a métrica utilizada no certame anterior, assim que o número de cidadãos registrados atingisse o limite, o órgão contratante deveria realizar nova contratação para adquirir novas licenças, o que demandaria um lapso temporal em prejuízo à continuidade da prestação dos serviços públicos (peça 57, p. 20-22).

64.6.2. a alteração da estratégia de contratação resultou numa economia de R\$ 65.300.000,00 (peça 57, p. 22-27).

64.7. não houve conluio, considerando que a empresa Core ficou em segundo lugar após acirrada disputa de preços com a primeira colocada durante o fechamento iminente do pregão (peça 57, p. 27-28).

64.8. a empresa Core já realizou a instalação do produto licitado pelo Ministério da Saúde, devendo ser eventualmente ressarcida pelo serviço já prestado em caso de rescisão contratual pelo órgão (peça 57, p. 30-33).

64.9. é necessário a revogação imediata da medida cautelar, considerando a inexistência dos pressupostos do **fumus boni iuris**, em função da improcedência dos fatos apontados na representação, bem como do **periculum in mora**, porquanto o cronograma de desembolso previsto na avença transfere o risco do empreendimento à empresa, que será remunerada à medida em que for implementando as licenças contratadas (peça 57, p. 28-30).

Análise das informações apresentadas pela empresa Core Consultoria e Serviços Ltda.

65. As alegações trazidas pela empresa merecem prosperar apenas parcialmente.

66. De fato, não foi possível concluir pela existência de conluio nos certames objeto de representação (parágrafo 45), corroborando, em certa medida, com o alegado no parágrafo 64.7.

67. Além disso, a escolha pelo padrão **OpenEHR** realmente decorre de previsão normativa, não ensejando, portanto, irregularidade (parágrafo 46) e não caracteriza, **de per si**, direcionamento, o que corrobora, em certa medida, com as alegações dos parágrafos 64.3, 64.4, 64.5.1, 64.5.2, 64.5.3 e 64.5.4.

68. Por outro lado, não prospera a alegação do parágrafo 64.2, na medida em que a atuação desta Corte em sede de representação não depende da participação da representante no certame contestado, do nível de sua expertise técnica ou da quantidade de títulos protestados em seu nome.

69. Além disso, não há de se falar em economicidade na aquisição (parágrafo 64.6.2), considerando a fragilidade na pesquisa de preços, a adjudicação acima do valor estimado e na ausência de competição no PE SRP 36/2017 (parágrafos 37 a 43). Além disso, a mudança de métricas e quantidades nos pregões 33/2016 e 36/2017, consoante alegado no parágrafo 62.6.1, não ataca e,

portanto, não desconstitui o indício de sobrepreço deste último certame em comparação com aquele, conforme análise constante do parágrafo 43.

70. Destaca-se que o fato de a empresa ser remunerada à medida em que for implementando as licenças contratadas também não desconstitui a possibilidade de sobrepreço e de dano ao erário em decorrência da execução contratual, de modo que a alegação do parágrafo 64.9 não procede e, assim, não afasta a conclusão quanto à presença dos requisitos do **fumus boni iuris** e do **periculum in mora** que ensejaram a suspensão das contratações.

71. Por último, no que tange à alegação dos parágrafos 64.1 e 64.8, o fato de a solução já ter sido instalada e encontrar-se disponível ao MS não impede o juízo desta Corte quanto à legalidade da aquisição sob análise, ou quanto a outros parâmetros de controle, embora sejam informações a serem consideradas na formulação das propostas de encaminhamento e na decisão a ser proferida.

Análise adicional – estudo técnico preliminar do PE SRP 36/2017

72. A partir do exame do estudo técnico preliminar (ETP) do PE SRP 36/2017 (peça 90), constatou-se a ausência de levantamento das soluções de mercado que atenderiam aos requisitos da contratação, conforme exigido pelo art. 12 da IN MP/SLTI 4/2014.

73. Nesse sentido, no capítulo que expõe informações sobre o levantamento das soluções disponíveis no mercado, o ETP limita-se a asseverar que ‘as características funcionais e tecnológicas previstas para os itens deste estudo não são encontradas nas soluções disponíveis no mercado’ (peça 90, p. 11).

74. Ora, como o PE SRP 36/2017 não trata de contratação de desenvolvimento de um sistema totalmente novo, pressupõe-se que uma ou mais soluções já disponíveis no mercado seriam capazes de atender aos requisitos de contratação – inclusive o **software Think!EHR**, desenvolvido pela empresa Marandi, foi a solução utilizada na proposta da empresa vencedora da licitação.

75. Assim, ao contrário do asseverado no ETP, há pelo menos uma solução disponível no mercado com características funcionais e tecnológicas compatíveis com o objeto do PE SRP 36/2017. Confrontando a afirmação do MS de que ‘não há soluções disponíveis no mercado’, como admitir que a solução **Think!EHR** atendeu plenamente aos requisitos? Mais grave ainda é saber que, da mesma forma que a referida solução não foi mapeada no ETP, outras soluções podem não ter sido mapeadas, o que demonstra a fragilidade dos estudos.

76. O levantamento das soluções disponíveis no mercado é etapa crucial do planejamento da contratação, justamente para que se tenha conhecimento acerca de quais ferramentas existentes são capazes de atender aos requisitos do objeto a ser contratado, bem como de quais são os principais **players** mundiais de soluções **OpenEHR**, tornando possível o conhecimento dos modelos de licenciamento e dos preços praticados.

77. Diante do exposto, a não realização do referido levantamento, além de afrontar o art. 12 da IN MP/SLTI 4/2014, acaba por revelar mais uma fragilidade no planejamento da contratação.

PEDIDO DE INGRESSO COMO INTERESSADO

78. Em 8/8/2018, a empresa Extreme Digital Consultoria e Representações Ltda. solicitou o ingresso no processo como assistente litisconsorte ou terceira interessada (peça 88).

79. No âmbito do TCU, o pedido de ingresso nos autos como parte interessada é regulado pelo art. 146 do Regimento Interno/TCU. Consoante tal regulamentação, cabe ao interessado demonstrar em seu pedido, de forma clara e objetiva, razão legítima para intervir no processo.

80. Além disso, a jurisprudência do TCU exige que seja evidenciada a possibilidade de lesão a direito subjetivo próprio em decorrência da deliberação a ser adotada – Acórdãos 6.348/2017-Segunda Câmara (Relator: Ministro Aroldo Cedraz), 1.251/2017-Plenário (Relator: Ministro Vital do Rêgo), 1.642/2016-Plenário (Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues), dentre outros.

81. Considerando que a peticionária possui contrato celebrado com o MS, objeto da presente representação, sendo possível que a decisão desta Corte afete direito subjetivo seu, entende-se que deve ser deferido o seu pedido para ingressar como parte interessada, em atenção ao art. 146, § 2º, do RI/TCU.

CONCLUSÃO

82. *As alegações dos ouvidos foram capazes de afastar apenas parcialmente os indícios de irregularidades objeto da representação.*
83. *Entendeu-se que as informações constantes dos autos não são suficientes para confirmar a existência de conluio – parágrafo 45.*
84. *Verificou-se que não é possível falar em direcionamento na escolha pelo modelo de referência **OpenEHR** no Registro Eletrônico em Saúde, visto que aquele guarda amparo no item 4.1 do Anexo à Portaria MS 2.073/2011, que regulamenta o uso de padrões de interoperabilidade e informação em saúde para Sistemas de Informação em Saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde, nos níveis Municipal, Distrital, Estadual e Federal, e para os sistemas privados e do setor de saúde suplementar – parágrafo 46.*
85. *Constatou-se, para os dois certames, deficiência nas pesquisas de preços realizadas pelo MS, o que afronta a jurisprudência do TCU no sentido de que a pesquisa de preços deve ser ampla e basear-se em cesta de preços aceitáveis (Acórdãos 2.637/2015, 2.373/2016, 1.175/2017 e 376/2018, todos do Plenário desta Corte), abrindo margem para possível sobrepreço em ambas as contratações – parágrafo 40.*
86. *Especificamente no caso do PE SRP 36/2017, verificou-se que não houve competição no certame, cumprindo destacar que um dos motivos da revogação do pregão anterior foi a baixa competitividade – parágrafo 41.*
87. *Verificou-se, ainda, que a adjudicação do objeto do PE SRP 36/2017 se deu em valor superior ao estimado e em afronta ao edital – parágrafo 42.*
88. *Além disso, em comparação ao Pregão 33/2016, verificou-se no PE SRP 36/2017 uma diferença a maior de 36%, considerando parâmetro semelhante de precificação. Mais que isso, os preços deste certame, em comparação ao anterior, só se tornarão vantajosos para a Administração a partir de uma quantidade alta de vidas. Tendo em vista que o pagamento de manutenção já se iniciará sobre um valor de contrato majorado em relação ao pregão anterior, ocorre um risco adicional, porquanto o atingimento da elevada quantidade de vidas depende da implantação de outros projetos e do crescimento significativo da base de dados, o que não se pode atestar que acontecerá com segurança, em curto espaço de tempo, considerando os elementos trazidos pelo MS – parágrafo 43.*
89. *Por fim, verificou-se que não foi realizado o adequado levantamento das soluções disponíveis no mercado no ETP do PE SRP 36/2017, conforme exigido pelo art. 12 da IN MP/SLTI 4/2014 – parágrafos 72 a 77.*
90. *As quatro constatações anteriores potencializam o risco de sobrepreço especialmente no PE SRP 36/2017.*
91. *Em razão de tudo o que foi constatado e das alegações de execução parcial das contratações (parágrafos 50.16, 64.1 e 64.8), propõe-se assinar prazo ao MS para que proceda à anulação de ambos os certames, o que enseja, assim, a anulação das contratações deles decorrentes, a devolução da parcela do objeto recebida pelo MS aos contratados e o ressarcimento, por parte destes, aos cofres do Tesouro Nacional, pelos pagamentos eventualmente recebidos.*
92. *Destaca-se que, além das constatações mencionadas, verificou-se que a exigência do item 17.1.3 do termo de referência do PE SRP 35/2017 (peça 2, p. 47) impondo que o licitante tenha prestado serviços utilizando exatamente o mesmo modelo de referência a ser utilizado no objeto, sem a devida justificativa do motivo de não serem aceitos outros modelos de referência ou tecnologias que eventualmente guardem alguma similaridade com aquele, possivelmente restringe a competição e afronta o art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993, bem como a jurisprudência desta Corte (Acórdãos 134/2017-TCU-Plenário, 1.742/2016-Plenário, 1.585-TCU-Plenário, dentre outros) – parágrafo 47.*
93. *Sobre essa última constatação, entende-se pertinente dar ciência ao Ministério da Saúde. O mesmo será proposto para a constatação da ausência de levantamento adequado das soluções disponíveis no mercado no ETP do PE SRP 36/2017, conforme exigido pelo art. 12 da IN MP/SLTI 4/2014.*

94. *Por fim, entende-se que deve ser deferido o pedido de habilitação como interessada nos autos por parte da empresa Extreme Digital – parágrafos 78 a 81.*

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

95. *Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:*

95.1. *conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 103, § 1º, da Resolução – TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;*

95.2. *com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c artigo 45 da Lei 8.443/992, assinar prazo de quinze dias para que o Ministério da Saúde, no que tange ao Pregão Eletrônico para Registro de Preços 35/2017 adote as medidas abaixo, necessárias ao exato cumprimento da lei:*

95.2.1. *anulação do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 35/2017, na forma do art. 49, caput da Lei 8.666/1993, bem como à declaração de nulidade do contrato administrativo dele decorrente, em razão do disposto no art. 49, § 2º e na forma do art. 59, todos daquela mesma Lei, devendo ser devolvida a parcela do objeto recebida e ressarcidos os pagamentos eventualmente recebidos pelos contratados aos cofres do Tesouro Nacional;*

95.3. *com fundamento no artigo 71, inciso IX, da Constituição Federal, c/c artigo 45 da Lei 8.443/992, assinar prazo de quinze dias para que o Ministério da Saúde, no que tange ao Pregão Eletrônico para Registro de Preços 36/2017 adote as medidas abaixo, necessárias ao exato cumprimento da lei:*

95.3.1. *anulação do Pregão Eletrônico para Registro de Preços 36/2017, na forma do art. 49, caput da Lei 8.666/1993, bem como à declaração de nulidade do contrato administrativo dele decorrente, em razão do disposto no art. 49, § 2º e na forma do art. 59, todos daquela mesma Lei, devendo ser devolvida a parcela do objeto recebida e ressarcidos os pagamentos eventualmente recebidos pelos contratados aos cofres do Tesouro Nacional;*

95.4. *dar ciência ao Ministério da Saúde sobre as seguintes impropriedades:*

95.4.1. *a exigência do item 17.1.3 do termo de referência do PE SRP 35/2017 (peça 2, p. 47) impondo que o licitante tenha prestado serviços utilizando exatamente o mesmo modelo de referência a ser utilizado no objeto, sem a devida justificativa do motivo de não serem aceitos outros modelos de referência ou tecnologias que eventualmente guardem similaridade com aquele, possivelmente restringe a competição e afronta o art. 30, inciso II, da Lei 8.666/1993, bem como a jurisprudência desta Corte (Acórdãos 134/2017, da relatoria do Ministro Benjamin Zymler, 1.742/2016, da relatoria do Ministro Bruno Dantas, 1.585/2015, da relatoria do Ministro-Substituto André de Carvalho, dentre outros);*

95.4.2. *a ausência de levantamento adequado das soluções disponíveis no mercado no estudo técnico preliminar do PE SRP 36/2017 afronta o disposto no art. 12 da IN MP/SLTI 4/2014.*

95.5. *dar ciência do acórdão que vier a ser proferido ao Ministério da Saúde, ao representante e às empresas Extreme Digital Consultoria e Representações Ltda. e Core Consultoria e Serviços Ltda., destacando que o relatório e o voto que fundamentam a deliberação ora encaminhada podem ser acessados por meio do endereço eletrônico www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso tenham interesse, o Tribunal pode encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos para V. Sas.; e*

95.6. *arquivar o presente processo.”*

É o relatório.