



Enap

Prevenção e detecção de Cartéis em Licitações

Módulo

2

Prevenção de Cartéis



Fundação Escola Nacional de Administração Pública

Presidente

Diogo Godinho Ramos Costa

Diretor de Educação Continuada

Paulo Marques

Coordenadora-Geral de Educação a Distância

Natália Teles da Mota Teixeira

Conteudista/s

Mônica Tiemy Fujimoto

Renata Souza da Silva

Curso produzido em Brasília 2019.



Enap, 2019

Enap Escola Nacional de Administração Pública

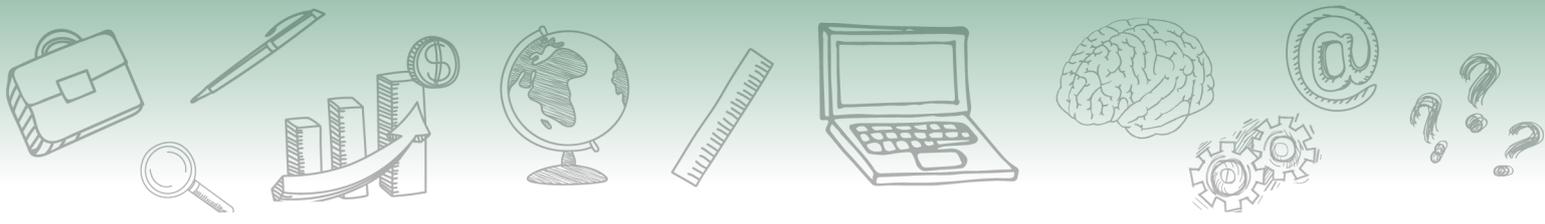
Diretoria de Educação Continuada

SAIS - Área 2-A - 70610-900 — Brasília, DF



Sumário

1. Por que os órgãos licitantes devem se preocupar com cartéis em licitações?	5
2. Especificidades de cartel em licitação	5
3. Fatores que facilitam a ocorrência de cartéis em licitações públicas	8
4. Principais estratégias adotadas pelos licitantes em casos de cartéis ..	11
5. Como prevenir cartéis em licitações?	22





Módulo 2 Prevenção de Cartéis

1. Por que os órgãos licitantes devem se preocupar com cartéis em licitações?

Para descobrir por que os órgãos licitantes devem se preocupar com cartéis em licitações, assista ao vídeo disponível no ambiente virtual de aprendizagem. Você pode copiar e colar no seu navegador este link: https://cdn.escolavirtual.gov.br//cursos/154_EVG/videos/modulo02video01.mp4.

2. Especificidades de cartel em licitação

O cartel em licitação consiste no acordo entre empresas licitantes com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública.

Essa conduta, ao alterar a situação normal e esperada de efetiva concorrência em processos licitatórios, impõe condições menos favoráveis para o Estado na contratação de bens e serviços, as quais podem traduzir-se, por exemplo, na prática de preços mais elevados, na oferta de produtos e serviços de qualidade inferior ou na incapacidade de aquisição da quantidade desejada.

O cartel em licitação prejudica os esforços da Administração Pública em empregar, de forma eficiente e eficaz, seus recursos com vistas a prover os bens e serviços necessários à população e promover o desenvolvimento do país, sendo, portanto, prejudicial a toda a sociedade.

Anualmente, a União, Estados, Municípios e Distrito Federal destinam um volume significativo de recursos para adquirir bens e serviços necessários para o desenvolvimento de suas atividades. São compras que permitem ao Estado cumprir suas funções primordiais nas áreas de saúde, educação, segurança pública, infraestrutura e tantas outras.

Para que o Estado empregue seus recursos de maneira apropriada, suas compras precisam ser feitas pelo melhor preço possível e sem favorecer qualquer empresa, respeitando-se elevados padrões de isonomia, qualidade e eficiência. Assim, é de fundamental importância que as licitações sejam transparentes e econômicas. Transparência e economicidade estão intimamente relacionadas à concorrência em uma licitação. Licitações com regras transparentes e amplamente conhecidas facilitam a participação de maior número de licitantes, e, se houver efetiva concorrência entre tais participantes, as contratações serão mais econômicas, em benefício do cidadão. Para o Estado, portanto, a efetiva competição entre as empresas nas licitações que promove é a verdadeira “alma do negócio”.



Os prejuízos causados pelos cartéis em licitação têm um impacto ainda mais significativo na sociedade do que as outras modalidades de cartéis, na medida em que, de acordo com a

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹, tal conduta retira recursos dos adquirentes e contribuintes, diminuem a confiança do público no processo competitivo e enfraquecem os benefícios de um mercado competitivo.

DESTAQUE

A gravidade dos cartéis em licitação: de acordo com a OCDE, em seus países membros, os contratos públicos constituem aproximadamente 15% do PIB e, em países não-membros, os números podem ser ainda maiores. No Brasil, em 2018, só o governo federal aplicou aproximadamente 47 bilhões de reais em licitações², valor que demonstra o impacto que cartéis em licitação podem causar no erário.

Na legislação brasileira, de forma similar ao que ocorre em outros países, temos diversos modelos de contratação, na tentativa de adequar a forma de contratação às diferentes situações enfrentadas, racionalizar as contratações e otimizar a alocação dos recursos públicos. Entre as principais modalidades utilizadas atualmente, podemos citar:

- Modalidades da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).
- Regime da Lei 10.520/2002 (Lei Geral do Pregão).
- Regime Diferenciado de Contratação (Lei 12.462/2011).
- Regime da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais).

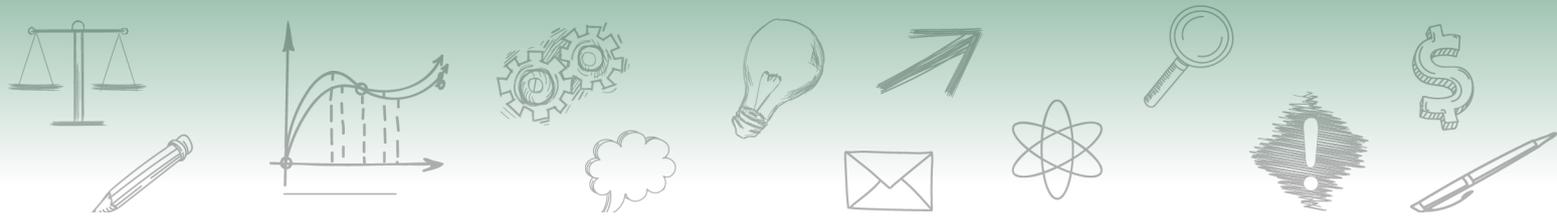
Cada um desses modelos apresenta benefícios e dificuldades específicas, não havendo um modelo ideal que impeça a ocorrência de todos os possíveis problemas enfrentados, seja do ponto de vista antitruste, seja de outros diversos problemas que afetam as contratações públicas. De todo modo, apesar de nenhuma modalidade de licitação ser imune à ocorrência de acordos entre concorrentes, cabe ao órgão licitante, com base nas melhores práticas, desenhar editais que, por um lado, estimulem a competitividade e participação do maior número possível de empresas e, por outro lado, dificultem a atuação de cartéis.

O cartel em licitação na Lei de Concorrência

De forma geral, um cartel consiste em qualquer acordo ou prática concertada entre concorrentes para, principalmente, fixar preços, estabelecer quotas ou restringir produção, dividir mercados de atuação e alinhar qualquer variável comercialmente sensível, tanto em concorrências públicas

¹ Ver documento elaborado pela OCDE, “Diretrizes para combater o conluio entre concorrentes em contratações públicas”, 2009.

² Dados coletados no site “Painel de compras do Governo Federal”. Link: <http://paineldecopras.planejamento.gov.br/>. Acesso em 15/02/2018.



como contratações privadas, sendo considerado universalmente a mais grave infração à ordem econômica³.

DESTAQUE

Ainda segundo a OCDE, os cartéis:

(...) causam danos a consumidores e negócios que adquirem seus produtos, por meio do aumento de preço ou da restrição da oferta. Como resultado, alguns adquirentes decidem não comprar o produto ao preço determinado pelo cartel ou compram-no em menor quantidade. Assim, os adquirentes pagam mais por aquela quantidade que realmente compram, o que possibilita, mesmo sem que saibam, a transferência de riquezas aos operadores do cartel. Além disso, os cartéis geram desperdício e ineficiência. Eles protegem seus membros da completa exposição às forças de mercado, reduzindo a pressão pelo controle de gastos e para inovação, o que acarreta a perda de competitividade de uma economia nacional⁴.

Conforme apontado anteriormente, entre as diversas formas de cartel, os cartéis em licitação são especialmente graves, uma vez que impedem ou prejudicam a aquisição pela Administração Pública de produtos e serviços pelo menor preço e da melhor qualidade, causando graves prejuízos ao erário e, conseqüentemente, aos consumidores e contribuintes.

Segundo a OCDE⁵, cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10% e 20%⁶, se comparado ao preço em um mercado competitivo, causando perdas anuais de centenas de bilhões de reais aos consumidores. Em termos de valores, alguns dos mais relevantes casos de colusão encontram-se precisamente em contratações públicas⁷. Exemplo disso no Brasil é o Cartel de Portas de Segurança Giratórias, no qual, de acordo com estudo do Departamento de Estudos Econômicos do Cade, a colusão gerou sobrepreço de 25%⁸.

3_ Vide jurisprudência do Cade, como: Nota Técnica nº 24/2015 da Superintendência-Geral que instaurou o Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51; Nota Técnica da Superintendência-Geral que instaurou o Processo Administrativo nº 08012.008821/2008-22, bem como o voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos no mesmo caso; Nota Técnica da extinta SDE no Processo Administrativo nº 08012.005255/2010-11. No mesmo sentido manifestou-se a OCDE. In verbis: “Cartéis são universalmente reconhecidos como a mais prejudicial de todas as condutas anticompetitivas. Ademais, eles não oferecem nenhum benefício social ou econômico legítimo que poderia justificar as perdas que acarretam.” Tradução livre de “Cartels are universally recognised as the most harmful of all types of anticompetitive conduct. Moreover, they offer no legitimate economic or social benefits that would justify the losses that they generate”(OCDE, 2002).

4_ Tradução livre de “Hard Core Cartels”, preparado pelo Fórum Conjunto de Comércio e Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE): 2003, p.2.

5_ OCDE. Fighting Hard Core Cartels: harm effective sanctions and leniency programs, 2002. Acessível em <http://www.oecd.org/competition/>.

6_ Apesar da dificuldade de mensurar o aumento dos preços e, mais genericamente, os danos produzidos, uma estimativa conservadora aponta para um aumento de 10% ao ano nos preços em razão da prática de cartel (WERDEN, 2009, p. 12). Já outros autores apontam para números mais alarmantes ao identificarem uma média de sobrepreço em mercados cartelizados que varia de 10% a 20%, podendo chegar a até 50% (ARAÚJO, CHEDE, 2012; CONNOR, BOLOTOVA, 2006). Segundo Connor, a média de sobrepreço para todos os tipos de cartel, considerando um período longo que vai de 1890 a 2013, é de 23% (CONNOR, 2014), contudo a depender do ano e tipo de cartel essa porcentagem é substancialmente maior, por exemplo, no período de 1990 a 1999, os cartéis internacionais apresentaram uma média de sobrepreço de 45,5%.

7_ MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. Bidding rings. The American Economic Review: vol. 82, nº 3, Junho de 1992, p. 579.

8_ Cf. parecer do DEE/Cade anexado ao voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51.



Sendo considerada uma conduta anticompetitiva da mais alta gravidade, a prática de cartel encontra-se prevista na Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011), em seu artigo 36, §3º, inciso I, alínea “d”:



Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

[...]

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;*
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;*
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;*
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.*

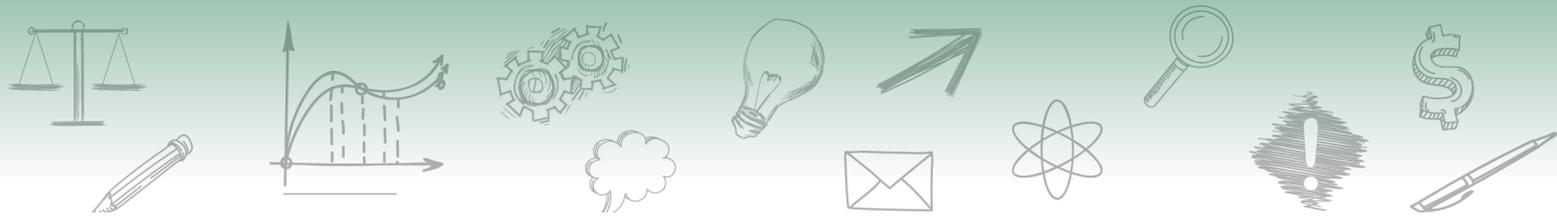


Assim, de acordo com a legislação, o cartel em licitação é um acordo entre concorrentes para combinar, manipular ou ajustar preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública.

3. Fatores que facilitam a ocorrência de cartéis em licitações públicas

Algumas especificidades do mercado de compras públicas, no Brasil e no mundo, trazem significativas implicações para a prevenção e o combate de cartéis em licitações públicas. Dentre os principais elementos estruturais do mercado de compras públicas que facilitam a formação de cartéis, bem como o monitoramento pelos membros⁹, destacam-se os seguintes:

⁹ Vide OCDE. Competition and Procurement. (2011); e OCDE. Guidelines For Fighting Bid Rigging in Public Procurement: helping governments to obtain best value for money, 2009. Ambos acessíveis em: <http://www.oecd.org/competition/>.



- **Necessidade das contratações e dificuldade de reação do Poder Público**

A dificuldade de a Administração Pública reagir a elevações significativas de preços – pois não é viável, em relação a diversos serviços e produtos, recusar e/ou adiar sua contratação –, faz com que a fixação de preços em patamares supra competitivos se torne, em diversos certames, uma estratégia viável e bem-sucedida, deixando o Estado à mercê das condições artificialmente fixadas entre os licitantes.

- **Transparência**

As informações relacionadas às licitações possuem caráter público, corolário do princípio constitucional da publicidade dos atos administrativos, bem como instrumento necessário ao controle social da Administração Pública. Contudo, isso também permite às empresas o acesso irrestrito a informações comerciais que, no mercado privado, representam dados comercialmente sensíveis. Nas licitações públicas, as empresas conhecem os preços praticados pelos concorrentes (propostas comerciais), as características técnicas e de qualidade dos produtos e serviços ofertados (regras editalícias e documentos de habilitação), os custos (planilhas de formação dos preços), as estratégias comerciais (histórico de participação em licitações), a carteira de contratos (documentos comprobatórios de experiência), entre outras informações. Nesse sentido, tal característica estrutural reduz o custo do monitoramento e punições a desvios por parte das empresas participantes do acordo anticompetitivo.

- **Interações frequentes entre licitantes**

Outro fator que facilita a colusão são os mercados em que os contatos entre os licitantes são frequentes e constantes. Seja porque comumente as mesmas empresas participam de grande parte das licitações daquele mercado, ou porque interagem no âmbito de associações e/ou eventos do setor, tais contatos facilitam a definição de uma estratégia comum, bem como o monitoramento e punição de desvios por integrantes do cartel. No quadro brasileiro, em que há descentralização das licitações (cada unidade gestora promove as licitações para suprir suas necessidades), a frequência dos contatos entre empresas de determinados setores pode ser bastante expressiva.

- **Número restrito de concorrentes**

A probabilidade de ocorrência de colusão em licitações públicas é tanto maior quanto menor o número de empresas que tem capacidade técnica e econômica para fornecer aquele bem ou serviço. Quanto menos agentes no mercado, mais fácil é o estabelecimento de um acordo entre eles.



- **Barreiras à entrada**

Caso as barreiras à entrada em um dado mercado sejam altas, isto é, se a entrada naquele mercado é custosa, difícil ou lenta, as empresas que nele atuam estão protegidas da pressão competitiva de potenciais novos entrantes, fator esse que facilita a formação e a manutenção de acordos colusivos, bem como permite aos seus integrantes abusar de seu poder coordenado. Em casos de compras públicas, a análise de barreiras à entrada passa ainda, por vezes, pela análise dos editais das licitações. Com efeito, os editais são documentos que estabelecem as regras que pautarão a interação entre as licitantes – aspectos relacionados a preço, quantidade, qualidade, tecnologia, prazos de execução, duração do contrato, entre outros – e buscam reproduzir, de maneira ad hoc, o ambiente competitivo que, em tese, vigeria no mercado privado. Tal reprodução, contudo, é imperfeita, uma vez que os editais trazem cláusulas que excluem do certame algumas potenciais competidoras – via exigências relacionadas à experiência prévia, acervo técnico, habilitação técnica, cumprimento de obrigações tributárias, entre outras – funcionando, portanto, à semelhança de barreiras à entrada.

- **Condições do mercado, estabilidade na demanda e frequência das compras públicas**

Mudanças significativas nas condições de demanda ou fornecimento tendem a desestabilizar possíveis acordos colusivos. Contudo, um fluxo constante e previsível de demanda por parte da Administração Pública aumenta o risco de colusão. Tal característica – aliada ao fato de as empresas terem acesso à duração dos contratos vigentes – tem como consequência a facilidade para realização dos acordos, de possíveis futuras compensações, e mesmo para manutenção dos acordos a longo prazo, vez que reduz o custo de monitoramento do cartel e facilita a punição de eventuais desviantes.

- **Cláusulas editalícias estáveis**

A necessidade periódica de contratação de serviços e aquisição de produtos relativos ao custeio da Administração Pública leva os responsáveis pelos órgãos licitantes a manterem as mesmas cláusulas editalícias ao longo do tempo, reproduzindo o conteúdo dos editais em diversas licitações consecutivas. Isso traz previsibilidade à interação entre os competidores e, portanto, relativa estabilidade aos termos que embasam o acordo colusivo.

- **Homogeneidade dos produtos e serviços, ausência de substitutos e baixa alteração tecnológica**

Quando os produtos ou serviços a serem adquiridos apresentam pouca ou nenhuma diferenciação, torna-se mais fácil chegar a um acordo, já que os cartelistas precisarão definir em conjunto apenas uma variável de fácil controle e mensuração: o preço. No caso das compras públicas, isso é particularmente observado, já que, em grande parte das licitações, não há diferenças significativas de qualidade e/ou



tecnologia nos produtos e serviços licitados, tratando-se de bens e serviços comuns. Além disso, quando há poucos substitutos para aquele produto, ou ainda, quando o produto não envolve grandes mudanças em termos de tecnologia, as empresas têm maior segurança do sucesso do seu acordo e garantia de que ele perdurará por um tempo maior.

Portanto, a homogeneidade dos produtos e serviços, ausência de substitutos e baixa alteração tecnológica; as condições do mercado, estabilidade na demanda e frequência das compras públicas; a manutenção de cláusulas editalícias; a transparência das informações relacionadas às licitações; o número restrito de empresas concorrentes; a existência de barreiras à entrada; a necessidade da administração em contratar serviços e produtos; e a interação frequente entre concorrentes no âmbito das licitações públicas são os principais elementos estruturais de compras públicas que facilitam a formação de cartéis, bem como seu monitoramento pelos seus integrantes.

4. Principais estratégias adotadas pelos licitantes em casos de cartéis

No vídeo disponível no ambiente virtual de aprendizagem, foram ilustradas as principais estratégias adotadas pelos participantes de cartéis para que você consiga identificar comportamentos suspeitos dos concorrentes que realizaram um acordo anticompetitivo. Você pode copiar e colar no seu navegador este link: https://cdn.escolavirtual.gov.br//cursos/154_EVG/videos/modulo02video02.mp4.

Cartéis em licitações

Os cartéis em licitações podem assumir formas variadas, combinando uma ou mais estratégias para a implementação de **acordo entre concorrentes**. As estratégias utilizadas pelos integrantes do cartel, especialmente no âmbito das licitações públicas, envolvem, regra geral, a **diminuição** da competição e a **divisão** de contratos entre empresas que, na verdade, deveriam competir entre si. Nesse sentido, o uso concomitante de estratégias comuns permite que tais agentes definam o **mercado**, por intermédio da divisão de carteiras de **contratos**, órgãos contratantes, áreas geográficas, faturamento, entre outros critérios, e para a distribuição dos lucros adicionais **resultantes da redução da pressão competitiva** possibilitada pelo acordo colusivo.

A lista a seguir apresenta e detalha os meios mais comuns pelos quais as empresas implementam cartéis em processos licitatórios:

- **Propostas Fictícias ou de Cobertura**

As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas ou simbólicas), são a forma mais comum de implementação



dos esquemas de conluio entre concorrentes. Elas são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes. Na prática dessa modalidade de acordo, indivíduos ou empresas combinam submeter propostas que envolvem, pelo menos, um dos seguintes comportamentos:

- 1 - Um dos concorrentes aceita apresentar uma proposta mais elevada do que a proposta do candidato escolhido para vencer o certame.
- 2 - Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita.
- 3 - Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas, sabendo de antemão que serão inaceitáveis para o comprador.

- **Supressão de propostas e retirada de propostas**

As estratégias de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas concordam em se abster de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido pelo cartel como vencedor do certame seja aceita.

Portanto, a empresa pode abster-se desde o início de participar do certame, ao que chamamos supressão de propostas, ou ainda decidir retirar sua proposta quando está concorrendo, a fim de que o concorrente participante do cartel seja bem-sucedido em seu lugar.

- **Propostas Rotativas ou Rodízio**

Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam de apresentar alternadamente a proposta vencedora, quer para os diferentes lotes de uma mesma licitação, quer para diferentes licitações, de modo que cada membro do cartel seja vencedor de uma “parte”. Trata-se, portanto, de uma forma de se implementar a divisão de mercado. A forma de implementação das propostas rotativas pode variar. A divisão pode se dar em valores iguais, mesmo número de lotes, ou ser, por exemplo proporcional ao tamanho, *market share* ou capacidade produtiva de cada empresa.

- **Divisão do Mercado**

A estratégia de divisão de mercado envolve a combinação de um esquema de apresentação de propostas com o objetivo de repartir o mercado de alguma forma entre os membros do conluio. A repartição pode ser feita, por exemplo, acerca da carteira de clientes (órgãos públicos diversos), do tipo de produto/serviço ou do mercado geográfico (região/município/estado, etc.).

Essa estratégia pode estar intimamente ligada a outras estratégias como a rotatividade de propostas, propostas de cobertura ou a supressão de propostas. As empresas concorrentes podem, por exemplo, atribuir clientes específicos ou tipos de clientes a diferentes empresas, para que os demais concorrentes não apresentem



propostas (ou apresentem apenas uma proposta fictícia) para contratos ofertados por essas classes de potenciais clientes. Em troca, o concorrente não apresenta propostas competitivas a um grupo específico de clientes atribuído a outras empresas integrantes do cartel.

Exemplo de utilização das estratégias: o “bloqueio” em pregão presencial

O bloqueio em pregão presencial é uma modo de atuação concertada entre uma empresa que produz determinado bem ou serviço objeto da licitação, e pelo menos outras duas pessoas jurídicas, em geral atuantes como distribuidoras da primeira, a fim de fraudarem o caráter competitivo em um pregão presencial. O objetivo de tal prática é impedir que outras licitantes não alinhadas e mais competitivas sejam classificadas para a fase de lances, restringindo, com isso, a concorrência naquele certame.

- **O pregão presencial pode ser dividido em 02 (duas) fases:**

1ª fase: selecionam-se as propostas que irão para a fase de lances verbais, quais sejam: a melhor proposta e aquelas com valores superiores a esta até o limite de 10% ou, não havendo ao menos três nessas condições, classificam-se as três melhores propostas para a fase de lances verbais.

2ª fase: a fase de lances verbais¹⁰, em que há o ápice competitivo do certame. Os classificados ficam cientes dos preços dos seus concorrentes e passam a competir abertamente pelo contrato. Portanto, quando há efetiva competição pelo objeto licitado, tal fase permite que a Administração obtenha a proposta de preço mais vantajosa, resultando em economia de recursos por parte do erário¹¹.

Assim, em tal estratégia, uma das empresas apresenta o menor valor e as outras duas apresentam propostas com valores no intervalo de 10% (propostas de cobertura)¹², na expectativa de que apenas essas empresas alinhadas sejam classificadas para a fase de lances verbais. Uma vez sendo tal estratégia bem-sucedida, essas empresas, previamente alinhadas, não diminuem os valores ofertados ou retiram-se do certame (supressão de propostas), condutas contrárias àquelas que seriam esperadas na fase de lances verbais se outras concorrentes efetivas estivessem participando.

10_ Realizada na forma de “leilão reverso”, em que os lances são sucessivos e decrescentes.

11_ Passada a fase de lances e selecionada a melhor proposta pelo critério de melhor preço, verifica-se a habilitação do primeiro colocado, em um procedimento, portanto, mais célere do que o verificado nas demais modalidades de licitação. Nos casos em que não se habilitar o primeiro, analisa-se a documentação do segundo colocado. As duas fases são fundamentais para que a Administração obtenha não apenas o melhor preço, mas a mais vantajosa das propostas.

12_ Passada a fase de lances e selecionada a melhor proposta pelo critério de melhor preço, verifica-se a habilitação do primeiro colocado, em um procedimento, portanto, mais célere do que o verificado nas demais modalidades de licitação. Nos casos em que não se habilitar o primeiro, analisa-se a documentação do segundo colocado. As duas fases são fundamentais para que a Administração obtenha não apenas o melhor preço, mas a mais vantajosa das propostas.



Outras estratégias - mecanismos legais utilizados para implementação de estratégias anticompetitivas:

- **Formação de consórcios**

O artigo 33 da Lei nº 8.666/1993 traz a autorização legal para a constituição de consórcios em licitações públicas, sendo esse instrumento relevante para que se aumente a competitividade de certames, especialmente em casos de grandes contratações, em que uma empresa isoladamente não teria condições de fornecer o bem ou prestar o serviço licitado.

Contudo, de acordo com Marçal Justen Filho¹³, apesar de existirem hipóteses nas quais os consórcios contribuem para o aumento do número de participantes, especialmente em licitações cujo mercado ou objeto são complexos, a formação de consórcios pode reduzir o universo da disputa e incentivar que os potenciais interessados façam acordos entre si. Assim, observa-se que, em alguns casos, tal instrumento pode ser utilizado de forma distorcida com o intuito principal de garantir uma determinada divisão acordada de forma ilícita entre concorrentes. Em geral, isso ocorreria em casos em que as empresas teriam capacidade técnica e financeira para, isoladamente, prestarem o serviço e/ou fornecerem o produto licitado, mas decidirem formar consórcio. Tais consórcios, portanto, reduziriam a competitividade do certame – haja vista que potenciais concorrentes suprimiriam suas propostas individuais, passando a formar um consórcio – e alocariam as parcelas do objeto licitado às consorciadas.

Por exemplo, a permissão para formação de consórcios pode incentivar as empresas a acordarem os ganhadores de cada licitação em uma situação em que haja certa previsibilidade de ocorrência dos certames e que os produtos sejam similares. Isso porque, supondo que existam cinco concorrentes em determinado mercado, com previsão de lançamento de duas licitações e que seja possível dividir os concorrentes em dois consórcios, os incentivos para que as empresas distribuam os contratos entre os concorrentes existentes nesse mercado são grandes, pois, por meio de um acordo, seria possível garantir que todos os concorrentes saíssem ganhando, com uma margem de preço superior ao cenário competitivo.

- **Subcontratação**

Tal como apontado acima, a subcontratação é um instituto também passível de ser autorizado em licitações públicas, por meio do qual o contratado transfere parte de uma obra ou serviço para ser executada por terceiro. Em alguns casos, os concorrentes podem se valer desse instituto para implementar seus acordos anticompetitivos, como no caso de empresas que não ofereceram propostas ou apresentaram propostas de cobertura serem recompensadas com contratos de subcontratação. Dessa forma, a subcontratação das empresas colaboradoras permite

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 495.



que os lucros excepcionalmente elevados – fruto da ausência de competitividade derivada do acordo colusivo firmado entre as concorrentes – sejam divididos entre empresas participantes do cartel.

Novamente, não se está aqui para afirmar que a subcontratação é, sempre e necessariamente, o resultado de um acordo entre concorrentes. Os potenciais riscos de tal instituto, no que se refere às possíveis estratégias colusivas disponíveis às empresas licitantes, devem, contudo, ser analisados no âmbito de investigações acerca do comportamento colusivo de empresas em licitações públicas.

Principais estratégias adotadas pelos licitantes em casos de cartéis: caso 1

CARTEL

EMPRESA DO MERCADO DE ESTACIONAMENTOS É CONDENADA POR CARTEL PELO CADE

AS CONDENAÇÕES SE DERAM NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE APUROU CARTEL NO MERCADO DE CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE OPERAÇÃO E EXPLORAÇÃO COMERCIAL DE ESTACIONAMENTOS EM SÃO PAULO/SP

POR ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO

PUBLICADO: 08/08/2018 18H48

ÚLTIMA MODIFICAÇÃO: 10/08/2018 18H17

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) condenou, nesta quarta-feira (08/08), por maioria, a empresa Rod e seu sócio-diretor, Márcio Tabet, ao pagamento de multas no valor de R\$ 437.018,47 e R\$ 52.442,22, respectivamente. As condenações se deram no âmbito do processo administrativo que apurou cartel no mercado de contratação de serviços de operação e exploração comercial de estacionamentos em São Paulo/SP.

Em 2011, o Centro Empresarial Nações Unidas (CENU) promoveu um certame para concorrência, a fim de substituir a então prestadora de serviços de estacionamento, a Allpark. Apenas algumas empresas foram convidadas a participar da licitação do CENU, dentre elas a Netpark e a Rod. A Allpark não constava na lista de convidados. Durante o processo de concorrência, a Allpark continuou operando a garagem.

As empresas Rod e Allpark trocaram informações sensíveis pelo compartilhamento do edital do certame e balizaram as propostas a serem apresentadas para o CENU, condutas com o potencial de manter ou elevar o percentual de remuneração da Allpark, como também de prejudicar os demais concorrentes. Em setembro de 2012, a Allpark conseguiu renovar a operação pelo prazo adicional de 60 meses.



DESTAQUE

“Concluo que os contatos realizados entre representantes da Allpark, Netpark e Rod têm potencial lesivo e configuram a existência de um cartel difuso relacionado à licitação do CENU,” avaliou a conselheira Polyanna Vilanova em seu voto-vista, apresentado nesta quarta. “O balizamento das propostas foi malsucedido, tendo em vista que das empresas concorrentes não apresentaram o percentual discutido. Apesar de potencial, o perigo de lesão à livre concorrência decorrente das condutas tem um grau elevado.”

O Conselho decidiu, por unanimidade, pelo arquivamento dos autos em relação à empresa Allpark e sete signatários, devido ao cumprimento integral dos Termos de Compromisso de Cessação (TCCs).

O colegiado também decidiu pelo arquivamento em relação aos representados Garage Inn, Multipark, Zig Park, e outras sete pessoas físicas, pela ausência de provas que demonstrassem sua participação na conduta anticompetitiva relacionada à licitação privada do CENU.

Principais estratégias adotadas pelos licitantes em casos de cartéis: caso 2

A seguir serão apresentados alguns casos de cartéis em licitações que foram julgados pelo Cade. Complete as lacunas assinalando a alternativa que contém a estratégia utilizada pelos competidores para formar um cartel em licitações.



■ Assinalar a estratégia predominante em cada caso.

CARTEL EM LICITAÇÃO PARA AQUISIÇÃO DE TINTAS

(Processo Administrativo nº 08012.006199/2009-07)

RESUMO DO CASO

O processo instaurado em 2012 investigou empresas por suposto cartel em licitações de aquisição de material hidráulico e de pintura para a Prefeitura de Lages/SC.

O caso foi julgado pelo Tribunal do Cade, em 2014, que condenou três das empresas representadas tanto ao pagamento de multa como ao cumprimento de obrigações acessórias.

Apesar da relativa ausência de provas diretas, havia um robusto conjunto probatório formado principalmente por provas econômicas de paralelismo de preços e provas indiretas, como a identidade visual idêntica das propostas dos concorrentes, erros de ortografia e identidade na formatação e redação das propostas.



Tais provas evidenciaram o uso pelas representadas da tática de _____, uma vez que o objetivo das empresas com os preços idênticos ou intervalos iguais das propostas iniciais era precisamente garantir que pelo menos uma delas passasse para a fase de lances além da empresa escolhida pelo cartel para ser sagrada vencedora. Em alguns casos em que, com o uso dessa estratégia, passaram adiante as três cartelistas, as demais simulavam competição e abriam mão dos lances em favor da escolhida. Em outros casos, quando classificadas não cartelistas, os infratores trabalhavam em favor da vencedora e também contra o entrante, de modo a “bloquear” outros efetivos concorrentes de apresentar propostas que fossem, de fato, mais favoráveis à Administração. Com a classificação dos cartelistas, os preços e os vitoriosos já estavam na fase de lances. Essa dinâmica da modalidade de licitação foi utilizada pelos participantes do cartel. Na fase de lances, os classificados não sofriam a pressão competitiva de outros agentes não classificados.

IMAGEM¹⁴

Empresa	Proposta Inicial (R\$)	Situação
Climatintas	9.401,50	Desclassificada, por decisão do pregoeiro (suposta infração ao princípio da competitividade)
Clima Service	9.501,50	Desclassificada, por decisão do pregoeiro (suposta infração ao princípio da competitividade)
AutoTintas	9.601,50	Desclassificada, por decisão do pregoeiro (suposta infração ao princípio da competitividade)
Zago Ferragens	10.252,00	Classificada para a fase de lances, apresentou 01 (hum) lance, no valor de R\$10.100,00, tendo sido declarada vencedora
De Pablo	12.955,80	Desclassificada, pela não caracterização das marcas dos produtos cotados
JZago	14.317,70	Não apresentou lances

CARTEL EM OBRAS DE ADUTORA EM SP

(PROCESSO ADMINISTRATIVO 08012.009885/2009-21)

RESUMO DO CASO

O referido Processo Administrativo foi instaurado em 2010, a partir de representação encaminhada pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, que retratava supostas irregularidades praticadas pela SAENGE e pela CONCIC na Concorrência Internacional CSO nº 53.542/07.

O caso foi julgado pelo Tribunal do Cade em 2015, decidindo-se pela condenação de 2 pessoas jurídicas, 5 pessoas físicas e pelo arquivamento em relação a uma pessoa física.

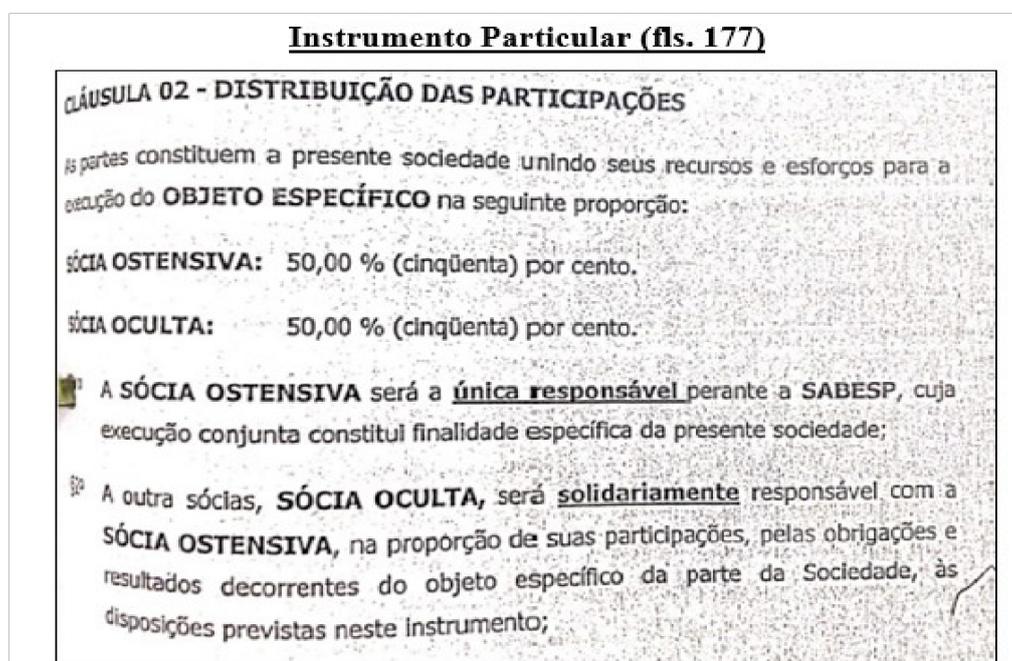
A _____ foi evidenciada na medida em que, após ser consagrada vencedora na primeira rodada, a empresa CONCIC deixou de apresentar documentos solicitados pela SABESP dentro do prazo solicitado. Com sua desclassificação do certame, a SAENGE foi declarada vencedora do certame.

14_ Folha 4570 dos autos do PA.



Posteriormente, a SABESP tomou conhecimento da existência de um contrato de sociedade em conta de participação entre a CONCIC e a SAENGE, relativo às obras licitadas, que foi firmado antes do fim do procedimento licitatório, quando a CONCIC ainda figurava em primeiro lugar. Nos termos do “Instrumento Particular de Constituição de Sociedade em Contas de Participação de Propósito Específico”, o negócio jurídico tinha por objeto “a execução conjunta das obras do Lote 3 do Sistema Produtor de Água Mambu/Branco da Baixada Santista, e a Clausula 1ª do contrato previa a execução conjunta do contrato pelas partes. Assim, uma vez que a desistência da primeira colocada foi motivada pela existência do instrumento contratual e, diante de outras evidências acerca da natureza, momento em que o contrato foi firmado, e incentivos econômicos que motivariam o acordo, considerou-se que a não apresentação dos documentos exigidos por parte da CONCIC foi uma _____.

IMAGEM¹⁵



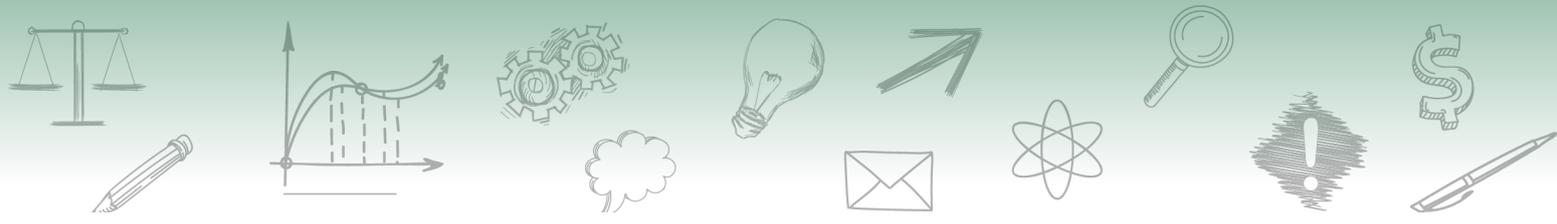
CARTEL DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS DE LAVANDERIA PARA HOSPITAIS NO RIO DE JANEIRO (OPERAÇÃO “ROUPA SUJA”)

(Processo Administrativo nº 08012.008850/2008-94)

RESUMO DO CASO

O Processo Administrativo em questão foi instaurado pela SDE em 2008, com o objetivo de investigar eventual formação de cartel com intuito de fraudar licitação pública de contratação de serviços de lavanderia para hospitais no Rio de Janeiro. A investigação evidenciou que representantes de empresas atuantes no setor, em diversas ocasiões, mantiveram contatos telefônicos e realizaram reuniões presenciais, tendo compartilhado informações comerciais

¹⁵ Folha 177 dos autos do PA.



sensíveis, tais como preços, valores de propostas comerciais, carteiras de contratos, etc. A finalidade desses contatos foi concretizar acordos com o objetivo de divisão do mercado, apresentação de propostas de cobertura e imposição de dificuldades para a entrada de novos concorrentes. Adicionalmente, restou comprovado que o sindicato do setor atuou para facilitar a conclusão do acordo entre empresas.

O caso foi julgado pelo Tribunal do Cade em 2016, decidindo-se pela condenação de todas as representadas, à exceção de duas pessoa física, uma delas em razão da celebração de TCC.

O uso da estratégia _____ foi evidenciada neste caso, por exemplo, por meio de tabelas de preço nas quais havia expressamente um preço cotado e um preço que deveria ser superior aquele que seria o vencedor. Eram estabelecidos os valores a serem apresentados e até mesmo o somatório dos quilos atribuídos a cada participante do acordo. O uso da _____ foi uma das principais estratégias utilizadas para garantir a implementação do acordo anticompetitivo nas licitações.

IMAGEM¹⁶

COMO A PROLAV DEVE UM HOSPITAL À
BRASIL SUL, O FATURAMENTO DEVERIA
SER:

ALEX.
 $79.000 + 20.000 = 99.000 \times 3,65 = \text{R\$ } 361.350$

OU

SALG.
 $79.000 + 21.800 = 100.800 \times 3,65 = \text{R\$ } 367.920$

OBS. A BRASIL SUL RETIRARA OU TROCARA
A PROPOSTA DO MARCÍLIO DIAS, DANDO
COBERTURA A LÍDO

IMAGEM¹⁷

LOTES	QUILOS	PREÇO COTADO	PREÇO DE COBERTURA
Prolav			
Lagoa	28.0	3,64 3,64	3,65
Pinel	5.5	3,64 3,63	3,65
Fernando Magalhães	19.5	3,64 3,63	3,65
Salgado Filho	21.8	3,64 3,64	3,65
Ipanema	22.0	3,64 3,64	3,65
*****	93.8	*****	*****
São Seb.			
Maternidade Curatoia Dutra	32.0	3,62 3,62	3,63 ou acima
Piedade	14,2	3,62 3,62	3,63 ou acima
*****	46.9	*****	*****
B. Sul.			
Andaraí	38.0	3,66 3,68	não cotar ou 3,66
Miguel Couto	35.0	3,66 3,64	não cotar ou 3,66
*****	73.0	*****	*****

16_Folha 2790 dos autos do PA.

17_Folha 2763 dos autos do PA.



CARTEL INTERNACIONAL DE MANGUEIRAS MARÍTIMAS

(Processo Administrativo nº 08012.010932/2007-18)

RESUMO DO CASO

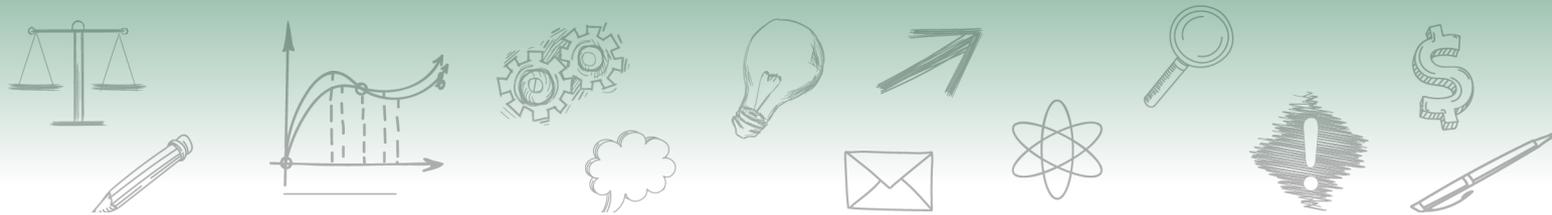
Processo Administrativo instaurado em 2007 pela extinta SDE, com base em Acordo de Leniência, objetivando investigar suposto cartel internacional com efeitos no Brasil no mercado de mangueiras marítimas de borracha que atendem as Diretrizes do Fórum Marítimo Internacional das Companhias de Petróleo de Compra, Fabricação e Testes de Mangueiras de Carga e Descarga para Ancoradouros em Alto-Mar e Equipamentos Auxiliares Usado.

O caso foi julgado em 2015, decidindo-se pela condenação de 3 pessoas jurídicas, 1 pessoa física e pelo arquivamento do processo em relação a 3 pessoas jurídicas e 4 pessoas físicas. Além disso, foram homologados 4 TCCs que resultaram no arquivamento do caso para as representadas.

O cartel era altamente institucionalizado e regido por normas de conduta e por previsões de punição para quem burlasse o acordo, havendo, ainda, um “comitê técnico”, integrado pelos principais membros do cartel, com o objetivo de destrinchar e de especificar regras.

De acordo com o “comitê técnico”, o cartel deveria, além de ser organizado por um coordenador, buscar os objetivos de: (i) maximizar os preços e a lucratividade; (ii) assegurar que o campeão fosse efetivamente vencedor por meio de propostas de cobertura; (iii) permutar informações sobre preços, quantidades, participações de mercado e demais informações concorrencialmente sensíveis; (iv) fiscalizar o cumprimento do acordo e manter a disciplina entre os membros, principalmente no que se refere às alocações de “projetos” e à punição a membros desviantes; e (v) reduzir os custos de transação atinentes à captação de clientes e estratégias de vendas.

O coordenador do cartel era o responsável por ditar as regras a serem seguidas pelos infratores e fiscalizar o cumprimento das participações de mercado combinadas entre as empresas. A ele era confiado o trabalho de dirimir os conflitos entre os participantes e buscar as propostas de cobertura ao vencedor (também chamado de “campeão”) nomeado pelo cartel, as quais eram chamadas de “apoio”. Em termos estruturais, tais coberturas eram desenhadas com base em participações de mercado, histórico de fornecimento e funcionamento das fábricas. No tocante à conduta anticompetitiva, as coberturas eram também elaboradas com base no histórico de obediência ao acordo, na _____, para assegurar *market shares* específicos, e em compensações entre os concorrentes.



IMAGEM¹⁸

"DE:

(...)

PARA: A1 [Bridgestone], A2 [Yokohama], B1 [Dunlop], B2 [Trelleborg]

DE: B3 [ITR Pirelli/Parker]

DATA: 08 de outubro de 1999.

Ref: Reunião com A2

Confirmamos que B3 [ITR Pirelli] manteve uma reunião com A2 [Yokohama] esta semana para discutir a situação de mercado em sua totalidade, assim como vários assuntos específicos relacionados à futura cooperação. A impressão geral que tivemos foi de que A2 [Yokohama] dará apoio à idéia de melhorar preços de mercado em geral e que estão felizes em cooperar em pesquisas específicas a fim de fazer com que isso aconteça. Também confirmaram que B3 [ITR Pirelli/Parker] atuaria como seu coordenador e será responsável pelas suas atividades no Clube para o futuro imediato, confirmando também sua concordância com relação às alocações de participações de mercado que foram discutidas na primeira reunião geral em agosto. Estas foram acordadas com segue:

A1[Bridgestone]: 25%

B1 [Dunlop]: 25%

B2 [Trelleborg]: 12%

A2 [Yokohama] +B3 [ITR Pirelli/Parker]: 30%

C [Manuli]: 8% - Isto será também usado como um "saldo de conta" para ajudar a qualquer membro que estiver sem trabalho.

A2 [Yokohama] gostaria de propor um novo método de alocação de pesquisa para assegurar que cada membro tenha contas seguras nas quais será acordado que nenhuma outra empresa interferirá com o Vencedor nomeado. Os tipos de pesquisa serão classificados como segue:

CARTEL DE PORTAS DE SEGURANÇA GIRATÓRIAS

(Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51)

RESUMO DO CASO

Processo Administrativo instaurado em 2008, segundo a qual haveria um cartel em procedimentos licitatórios realizados pelo Banco do Brasil e pelo Bannisul para fornecimento de portas detectoras de metais. As empresas representadas executaram diversas estratégias para implementar o conluio em várias licitações públicas e privadas promovidas, em diferentes Estados da Federação, para a aquisição das portas de segurança detectoras de metais.

O caso foi julgado em 2014, decidindo-se pela condenação de 4 pessoas jurídicas e 10 pessoas físicas.

As empresas participantes se alternavam na apresentação de propostas vencedoras, fato que foi evidenciado nas conversas entre os participantes, que discutiam qual empresa venceria cada licitação, com base nas vitórias passadas. A estratégia _____ era ainda facilitada pela utilização de tabelas que organizavam o ranking das participantes do cartel, a fim de determinar a ordem em que cada empresa venceria as licitações futuras.

¹⁸ Folha 1305/1306 dos autos do PA.



IMAGEM¹⁹

Rochele: o Michel [Simon, sócio da Ieco] viu o escore que tu me mandou e disse que tava ok? / Pelo que o Diogo [José Diogo Fernandes Damasio, da Mineoro] me explicou, a contagem continua como se não houvesse a troca com a Beringhs para todos os efeitos, vcs estão com 34 portas, quer dizer, 13 atrás da beringhs e 61 atrás de nós, já contando com as 8 de São Luis pra vocês / então, as próximas licitações licitações [sic] que tiver são da IEEO, até ela alcançar a beringhs, depois, continua entre IEEO e Beringhs até alcançar os 95 da MiEL se a beringhs não estiver com SICAF ainda, a MIEL vai participar no lugar dela, mas essa contagem entra em outro escore paralelo / onde já vão estar as 40 de BA (...)

Nathalie: vcs estão fazendo 2 escores então?

Rochele: foi o acertado entre Diogo [José Diogo Fernandes Damasio, superior de Rochele na Mineoro] e Michel [Simon, sócio da Ieco] vcs continuam com a preferência nas próximas licitações, até alcançar [sic] 47 – então, se a Beringhs já tiver com documentação ok, vcs disputam entre vocês até chegar a 95 / mas quando vcs passarem de 47, o escore continua normal, sendo que a próxima que entre seria para Beringhs – apenas a preferência de “compra” é de vcs (...)

Nathalie: ok

[Rochele enviou planilha denominada “Escore Licit 04 08 06 - 2.xls” para Nathalie]

Rochele: dá uma olhada, que vão ter duas planilhas, uma com nós 3 e outra somente entre nós 2

Nathalie: ok / vou dar uma olhada / só um pouquinho

5. Como prevenir cartéis em licitações?

A experiência do Cade mostra que a elaboração de editais pró-competitivos deve fundar-se em princípio que busca o desenho de regras editalícias que, simultaneamente, (i) reduzam a previsibilidade acerca dos principais parâmetros da contratação (tais como: valor de referência, quantidade a ser contratada, divisão em lotes, critérios técnicos de habilitação, etc.) e (ii) introduzam, assim, elementos desestabilizadores em mercados nos quais há maior propensão à atuação de cartéis.

DESTAQUE

Tal princípio não deve ser interpretado como uma afronta à estabilidade das normas que regem as contratações públicas ou à segurança jurídica, que visam garantir previsibilidade aos agentes econômicos, requisito essencial à realização de investimentos de forma eficiente e eficaz.

¹⁹ Folha 32 dos autos do PA.



Desse modo, os agentes de compras públicas devem se atentar, desde o momento da elaboração do edital, para os itens dos checklists apresentados a seguir, com vistas a reduzir o risco da formação de cartéis em licitações e a detectar possíveis condutas anticompetitivas entre os participantes de certames.

Diante disso, segue abaixo um checklist com algumas medidas que podem ser adotadas para prevenção e redução do risco de formação de conluios em contratações públicas:

Recomendações gerais

- Adoção da Declaração de Elaboração Independente de Proposta, nos termos da Instrução Normativa do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão nº 02, de 16 de setembro de 2009, de forma a exigir que cada licitante garanta, por intermédio de documento assinado por seu representante legal, que sua proposta comercial e lances tenham sido elaborados sem qualquer tipo de compartilhamento de informação comercial sensível com empresa concorrente.
- Garantir que os esclarecimentos relacionados ao Edital – prestados aos interessados na fase que antecede a apresentação das propostas – sejam realizados em ambiente virtual, de forma a não permitir a identificação das empresas.
- Evitar, tanto na fase interna quanto na fase externa, que existam oportunidades para que representantes das eventuais empresas interessadas se encontrem presencialmente.

Recomendações para desenho de editais

- Consórcios: buscar a adoção de critérios que estimulem a competitividade, de forma a incentivar a participação de "entrantes" no mercado, além de evitar que tal instituto seja utilizado para "redução estratégica da demanda" (fato prejudicial para a valoração do ativo, na perspectiva do concedente).
- Subcontratação: estabelecer critérios para controle e cadastro de empresas subcontratadas, com registro obrigatório, a fim de evitar a utilização do instituto como forma de pagamento lateral e cartelização.

Recomendações para durante o certame

- Evitar que existam encontros presenciais, impedindo que representantes das empresas participantes se comuniquem durante o leilão.



Cada mercado possui especificidades, regulamentações e necessidades que podem impactar, de forma distinta, o desenho licitatório. A título de exemplo,



necessidades regulatórias, técnicas, de qualidade, de segurança e até mesmo de concorrência no mercado durante o período de concessão devem ser sopesados em face da necessidade de estímulo à concorrência no processo licitatório em si, a fim de se atingir um equilíbrio ideal para o desenho da concessão e do edital.

Ter uma base de dados que consolide informações relevantes sobre licitações é essencial para uma persecução a cartéis em licitações efetiva, seja por parte dos órgãos licitantes seja por parte de outras autoridades. Isso porque o efetivo monitoramento dos procedimentos licitatórios pode ter um efeito dissuasório, além de facilitar a detecção de cartéis.