

PSDE 51 - 2009

PORTARIA SDE Nº 51, DE 3.7.2009 - DOU 6.7.2009

Expede o Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais em Licitações e o Modelo de Declaração de Elaboração Independente de Proposta

A Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça, no uso de suas atribuições legais, com fulcro no art. 14, incisos I, II, XIII e XV, da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e art. 1º, incisos I, II, III, VI, e 38 do Regimento Interno da Secretaria de Direito Econômico, e considerando a necessidade de serem divulgados parâmetros em relação ao tratamento de denúncias de possíveis infrações concorrenciais em licitações,

Resolve:

Art. 1º Expedir o GUIA DE ANÁLISE DE DENÚNCIAS SOBRE POSSÍVEIS INFRAÇÕES CONCORRENCIAIS EM LICITAÇÕES, constante no Anexo I desta Portaria.

Art. 2º Expedir o MODELO DE DECLARAÇÃO DE ELABORAÇÃO INDEPENDENTE DE PROPOSTA, constante no Anexo II desta Portaria, a ser sugerido a integrantes da Administração Pública Direta e Indireta para adoção em procedimentos licitatórios.

Art. 3º Os Anexos I e II desta Portaria estão disponíveis em versão eletrônica no sítio <http://www.mj.gov.br/sdewww.mj.gov.br/sde> e em versão impressa no Gabinete da Secretaria de Direito Econômico.

Art. 4º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

ANA PAULA MARTINEZ
Secretária de Direito Econômico Substituta

Publicada no DOU em 06.07.2009, Seção 1, p. 35

ANEXO IGUIA DE ANÁLISE DE DENÚNCIAS SOBRE POSSÍVEIS INFRAÇÕES CONCORRENCIAIS EMLICITAÇÕES

A Secretaria de Direito Econômico (SDE), por meio de seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), reconhece a importância de se alcançar previsibilidade e transparência com relação aos assuntos relacionados à defesa e promoção da concorrência.

Nesse sentido, as considerações abaixo refletem o entendimento desta Secretaria sobre o tratamento a ser dado em relação à denúncia de possíveis ilícitos concorrenciais no âmbito de licitações públicas, nos termos da Lei nº 8.884, de 11 de julho de 1994 (Lei de Defesa da Concorrência), de forma a esclarecer agentes econômicos e gestores públicos a respeito do alcance da legislação concursal nesse campo.

1. COMPETÊNCIA DA SDE

1.1 COMPLEMENTARIDADE ENTRE LEGISLAÇÃO CONCORRENCIAL E DE LICITAÇÕES

1. A legislação geral de licitações - Lei nº [8.666/1993](#) (Lei de Licitações) e Lei nº [10.520/2002](#) (Lei do Pregão) - visa a garantir que os órgãos públicos adquiram bens e serviços da maneira mais econômica possível. Para tanto, vários são os princípios a reger os procedimentos licitatórios, de acordo com o art. 3º da Lei de Licitações:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.” (g.n.).

2. Como indica decisão proferida pelo plenário do Tribunal de Contas da União, os princípios previstos no art. 3º são pré-requisitos para que a competitividade dos certames seja preservada:

“Observe rigorosamente as disposições contidas no art. [37](#), caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. [3º](#) da Lei nº [8.666/1993](#), obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade” (Acórdão nº 819/2005, Relator Ministro Sr. Marcos Bemquerer, Sessão de 22.06.2005) (g.n.).

3. A competitividade é a possibilidade de participação do maior número possível de fornecedores na licitação e a efetiva rivalidade entre os participantes. A restrição à competitividade dos certames pode ter duas origens principais: (i) ato de órgão da Administração; ou (ii) conduta de agente econômico - por meio de seu representante - ou associação de classe. Exemplos do primeiro tipo são os casos de imposição de requisitos de participação excessivamente restritivos ou que beneficiem injustificadamente determinados fornecedores (e.g. direcionamento de editais). Já o conluio entre licitantes (ou cartel) é o principal exemplo do segundo tipo. A legislação de licitações busca, primordialmente, impedir o primeiro tipo de restrição, ao passo que a legislação concorrencial cuida precipuamente do segundo tipo.

1.2 COMPETÊNCIA DA SDE

4. O art. 15 da Lei nº [8.884/1994](#), que estabelece os sujeitos passivos da legislação concorrencial, determina que:

“Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.”

5. Entende-se que, com relação à competência punitiva, estão sujeitos ao regime da Lei de Defesa da Concorrência (i) agentes que de alguma forma exerçam atividade econômica - daí a menção explícita ao “regime de monopólio legal”, que se refere ao desempenho de atividades econômicas e tem como principal norma disciplinadora o art. 177 da Constituição da República, (ii) associações de entidades ou de pessoas (físicas ou jurídicas), sem fins lucrativos, e (iii) pessoas físicas. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE já expressou esse entendimento quanto aos limites do alcance das regras de direito concorrencial sobre atos estatais:

“A competência punitiva do CADE, porém, não alcança os atos praticados por órgãos do Poder Público no exercício de seus poderes regulatórios (em sentido amplo), mesmo que prejudiciais à livre

concorrência. Não que a lei antitruste não seja amplamente aplicável aos entes estatais: seu art. 15 afirma expressamente o contrário. O ponto é que, propriamente sujeitos ao disposto na Lei nº 8.884/1994, estão apenas os agentes econômicos em sentido estrito, i.e., os ofertantes e demandantes de bens e serviços em um mercado. Enquanto tais, pessoas jurídicas controladas pelo Estado podem ser representadas e eventualmente sancionadas, sem qualquer privilégio em comparação aos agentes puramente privados. Não obstante, nos casos em que o Poder Público comparecer como genuíno ente regulador, a atuação do CADE estará, perante este, limitada à 'advocacia da concorrência'". (Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95, Voto do Cons. Luis Fernando Schuartz, 13.09.2006 - grifo no original).

"Ementa: Averiguação Preliminar. (...) Incompetência do CADE para julgar atos do Poder Público de natureza regulatória. Ausência de indício de influência determinante de agentes privados. Decisão pelo arquivamento." (Averiguação Preliminar 08000.013661/97-95, Acórdão, 13.09.2006).

6. Entende-se que o controle do comportamento de órgãos integrantes da Administração Pública se faz por meio da fiscalização dos tribunais de contas e da revisão judicial de atos administrativos, e não, em princípio, pelo SBDC. Esta é a conclusão mais apropriada quando da interpretação sistemática da legislação concorrencial e das normas constitucionais e legais que definem as formas de controle da administração pública. Nesse sentido, o CADE já reconheceu que lhe não compete verificar a forma de estruturação de licitações, nos seguintes termos:

"Questões de mérito administrativo, em sede de licitação, não são da competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, mas de órgãos de controle interno e externo da Administração Pública, em especial dos Tribunais de Contas da União, dos Estados ou, quando for o caso, dos Municípios." (Averiguação Preliminar 08012.011189/2006-32, voto do Cons. Fernando Furlan, 21.01.2009, acolhido pelo Acórdão de 21.01.2009)

7. Cabe ressaltar que condições restritivas de participação previstas em editais (tanto por motivos econômicos justificados, quanto em decorrência de atuação imprópria de servidores públicos) pode ser um elemento a facilitar o conluio entre agentes econômicos para fraudar licitações. Não obstante, trata-se de fator considerado como dado na análise dos órgãos antitruste, o qual influencia a conduta das empresas (assim como regras de caráter regulatório e tributário), mas não como prática em si passível de punição pelo CADE. Esta, se houver, será aplicada por outros órgãos e basear-se-á em regras administrativas e penais que regem as licitações e o comportamento dos agentes públicos por elas responsáveis.

8. Isso não significa, contudo, que não haja função de advocacia da concorrência a ser exercida pelos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência com relação à redação de editais de modo a melhor promover a concorrência. Esta Secretaria entende ser extremamente benéfico e necessário que os desenhos dos editais de licitação sejam aprimorados e que os órgãos licitantes promovam o maior grau de competitividade possível em seus certames. Exemplo de iniciativa nesse sentido é a divulgação das Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas, aprovadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE e cuja elaboração contou com contribuições desta SDE. Nesse documento há orientações claras aos organizadores de licitações quanto a medidas para tornar os certames mais competitivos e, conseqüentemente, menos sujeitos ao risco de serem fraudados por cartéis.

9. Uma das principais medidas recomendadas pela SDE para incrementar a competitividade de licitações é a de que o órgão licitante exija que os concorrentes apresentem uma Declaração de Elaboração Independente de Proposta, conforme o modelo apresentado no Anexo II à Portaria que aprova este Guia.

2. INFRAÇÕES CONCORRENCIAIS EM LICITAÇÕES

10. A principal competência da SDE em relação a licitações é investigar práticas anticoncorrenciais por parte de agentes econômicos ou associações e sindicatos. Para tanto, essas práticas devem ser subsumíveis às hipóteses do art. 20 da Lei de Defesa da Concorrência, bem como podem estar previstas na lista exemplificativa do art. 21 da mesma lei.

11. São apresentados abaixo os principais exemplos de infrações concorrenciais já investigados pela Secretaria envolvendo licitações, bem como os respectivos tratamentos legais.

2.1 CONLUIO ENTRE LICITANTES OU CARTEL EM LICITAÇÕES

12. A Lei nº 8.884/1994 prevê expressamente, como exemplo de ilícito concorrenciais, o conluio entre licitantes para restringir a concorrência em licitações públicas, nos seguintes termos:

“Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; (...)

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;” (g.n.)

13. Essa prática é conhecida como “conluio entre licitantes”, “cartel em licitações” ou “concertação de propostas”, e tem por objetivo primordial restringir ou eliminar a rivalidade entre participantes potenciais ou de fato de uma dada licitação, a fim de aumentar o preço pelo qual a Administração contratará determinado bem ou serviço, e, assim, aumentar o lucro dos conspiradores. A experiência brasileira e internacional, consolidada nas já mencionadas Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas da OCDE, identificou quatro esquemas principais de cartéis em licitações:

“Propostas Fictícias ou de Cobertura. As propostas fictícias, ou de cobertura (também designadas como complementares, de cortesia, figurativas, ou simbólicas) são a forma mais frequente de implementação dos esquemas de conluio entre concorrentes. Ocorre quando 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, (2) Um concorrente apresenta uma proposta que já sabe de antemão que é demasiado elevada para ser aceita, ou (3) Um concorrente apresenta uma proposta que contém condições específicas que sabe de antemão que serão inaceitáveis para o comprador. As propostas fictícias são concebidas para dar a aparência de uma concorrência genuína entre os licitantes.

Supressão de propostas. Os esquemas de supressão de propostas envolvem acordos entre os concorrentes nos quais uma ou mais empresas estipulam abster-se de concorrer ou retiram uma proposta previamente apresentada para que a proposta do concorrente escolhido seja aceita. Fundamentalmente, a supressão de propostas implica que uma empresa não apresenta uma proposta para apreciação final.

Propostas Rotativas ou Rodízio. Nos esquemas de propostas rotativas (ou rodízio), as empresas conspiradoras continuam a concorrer, mas combinam apresentar alternadamente a proposta vencedora (i.e. a proposta de valor mais baixo). A forma como os acordos de propostas rotativas são implementados pode variar. Por exemplo, os conspiradores podem decidir atribuir aproximadamente os mesmos valores monetários de um determinado grupo de contratos a cada empresa ou atribuir a cada uma valores que correspondam ao seu respectivo tamanho.

Divisão do Mercado. Os concorrentes definem os contornos do mercado e acordam em não concorrer

para determinados clientes ou em áreas geográficas específicas. 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.”

14. Presunção de redução de bem-estar social. A SDE presume a geração de efeitos negativos líquidos sobre o bem estar social decorrentes da conduta em análise, cabendo ao investigado comprovar que de sua conduta não houve geração de qualquer efeito no mercado, se for o caso.

15. Tipificação penal. O art. 90 da Lei de Licitações tipifica como crime expressamente o conluio entre concorrentes, nos seguintes termos:

“Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.”

16. Além disso, o art. 4º, II, da Lei nº 8.137/1990 prevê que é crime contra a ordem econômica:

“Formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas;

b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas;

c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.”

17. Trata-se de situação que indica a complementaridade entre a legislação de licitações e a concorrencial: enquanto a pena cominada pelo art. 90 da Lei de Licitações e art. 4º da Lei nº 8137/1990 só pode ser aplicada a pessoas físicas, as penalidades previstas pela Lei de Defesa da Concorrência podem ser impostas tanto a pessoas físicas quanto jurídicas.

2.2 “BLOQUEIO” EM PREGÕES PRESENCIAIS

18. Regras do pregão presencial. A Lei do Pregão prevê que serão classificadas para a fase de lances do pregão presencial tanto a empresa que apresentar a proposta com menor preço como aquelas com proposta de valor até 10% acima da melhor proposta, e, na ausência de ao menos três empresas nessas condições, poderão ser convocadas as licitantes que ofereceram as três melhores propostas (art. 4º, VIII e IX). As empresas assim classificadas poderão apresentar novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor (fase de lances, ou fase competitiva).

19. A SDE vem recebendo denúncias de prática de “bloqueio” em pregões presenciais, caracterizada pela 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. O objetivo de tal prática é impedir que outras licitantes sejam classificadas para a fase de lances de um pregão presencial, e, com isso, restringir a concorrência naquele certame.

20. Ação concertada para bloqueio. Por exemplo, três supostos concorrentes podem combinar os

preços das propostas em nível um pouco abaixo do esperado para as propostas iniciais de seus concorrentes, de forma a que somente os conspiradores sejam selecionados para a fase de lances do pregão presencial.

21. Uma vez verificado que tal estratégia foi bem sucedida, as empresas em conluio têm condições de impedir que o preço de contratação caia mais, e de direcionar o contrato para uma das integrantes do acordo. A principal evidência da implementação dessa estratégia é a ausência ou pouca frequência de lances na fase competitiva do pregão presencial, ao contrário do que se espera de empresas rivais disputando o contrato entre si.

22. Caracterização análoga à de cartel. A SDE adotará, em princípio, para casos de bloqueio em pregões presenciais, abordagem análoga a de cartéis em licitações, descrita no item 2.1 acima.

2.3 CONSÓRCIO ENTRE CONCORRENTES PARA PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES

23. A constituição de consórcios para o desenvolvimento de projetos contratados por meio de licitações (principalmente envolvendo obras públicas e projetos de infra-estrutura)

pode ter tanto efeitos pró-competitivos quanto anti-competitivos.

24. Por um lado, o consórcio pode permitir a participação de pequenas empresas em contratações que, se não fosse pela oferta em conjunto, não lhes seria possível participar, por não disporem de recursos financeiros, técnicos ou humanos suficientes se consideradas individualmente. Assim, esse tipo de consórcio permite que um maior número de propostas sejam apresentadas ao contratante público. Por outro lado, empresas com condições de participarem sozinhas da licitação podem formar consórcios com o objetivo de eliminarem a concorrência entre si, o que possui caráter nitidamente anticoncorrencial.

25. Tais aspectos são reconhecidos pelas autoridades de defesa da concorrência. A

OCDE, em documento que consolida a opinião das autoridades de defesa da concorrência de diversos países, afirma:

“A apresentação de propostas em consórcio incrementa a competitividade se permitir que empresas que não têm condições de fornecer produtos complementares se juntem com outras empresas para então fornecer de forma conjunta tais produtos complementares. (...) Por outro lado, quando empresas concorrentes apresentam ofertas de maneira conjunta, isso geralmente diminui a concorrência, já que o consórcio diminui o número de participantes. Esse assim chamado efeito de diminuição de concorrência promove ofertas menos agressivas e conseqüentemente efeitos negativos na concorrência.” (Tradução livre - grifo no original)

26. Essa percepção não é restrita às autoridades antitruste. Também o Tribunal de Contas da União (TCU), em julgado de 2004, proferiu:

“Ao nosso ver, a formação de consórcio tanto pode se prestar a fomentar a concorrência (consórcio de empresas menores que, de outra forma, não participariam do certame), quanto a cerceá-la (associação de empresas que, caso contrário, concorreriam entre

si).” (Acórdão 2813/2004 - Primeira Câmara, Relatório do Ministro Relator Marcos Vinícios Vilaça, Sessão 09.11.2004).

27. Análise pela regra da razão. Tendo em vista que consórcios entre concorrentes podem ter tanto efeitos positivos quanto negativos sobre a concorrência, esses acordos serão analisados pela SDE

com base na regra da razão.

28. O principal fator a ser analisado pela Secretaria nesses casos será a possibilidade de as empresas consorciadas terem condições de apresentar, isoladamente, proposta para a execução do projeto que está sendo contratado pela respectiva licitação. A forma de verificação dessa possibilidade se dará com base na análise de projetos pretéritos executados pelas empresas envolvidas, bem como outros aspectos econômicos relevantes.

Quanto mais fortes forem as evidências de que uma ou mais das empresas consorciadas tem condições de executar de maneira independente o projeto para o qual o consórcio foi constituído, maior será a preocupação da Secretaria com os potenciais aspectos anticompetitivos do consórcio.

2.4 ATUAÇÃO DE SINDICATOS E ASSOCIAÇÕES DE CLASSE: CARTÉIS E PRÁTICAS FACILITADORAS

29. Sindicatos e associações de classe são compostos por indivíduos e empresas com interesses comerciais em comum, que se unem a fim de defender seus interesses comerciais e profissionais. O papel de tais associações na economia moderna é amplamente reconhecido: suas atividades beneficiam seus membros, especialmente os menores, e também podem contribuir para o aumento da eficiência do mercado.

30. Não obstante, a despeito dos seus muitos aspectos benéficos e mesmo prócompetitivos, os sindicatos, por sua própria natureza, são expostos a risco não desprezível de serem responsabilizados por práticas anticoncorrenciais. Isso porque a participação ativa de empresas em associações comerciais pode oferecer a oportunidade para acordos e práticas anticoncorrenciais, visto que permite encontros regulares entre competidores e a discussão de questões comerciais de interesse comum.

31. Cartéis. O caso mais grave de atuação anticoncorrencial de sindicatos e associações ocorre quando tais entidades participam da estruturação e implementação de um acordo de cartel. Em diversos dos casos de cartel investigados pelo SBDC, sindicatos e associações de classe foram instrumentos fundamentais para o funcionamento de esquemas para fraudar licitações, principalmente em mercados com maior número de empresas. A presença desse tipo de entidade como co-autora da prática de cartel não afeta, em princípio, a forma como a SDE avalia o conluio entre licitantes, presumindo-se graves efeitos negativos ao bemestar social decorrentes dessa prática.

32. Práticas facilitadoras. Forma a princípio menos grave de atuação de sindicatos e associações de classe pode envolver as assim chamadas práticas facilitadoras. Uma prática é caracterizada como facilitadora porque tem por efeito diminuir as dificuldades para a obtenção de conluio tácito ou explícito ou ação concertada entre empresas no que se refere à concorrência por preço ou, em menor grau, em outros fatores de concorrência (quantidade, qualidade).

33. A adoção de práticas facilitadoras é uma das formas mais comuns de prática anticoncorrencial por associações de classe e sindicatos. São exemplos desse tipo de prática: regras excessivamente restritivas para afiliação à entidade; divulgação de tabelas de preços não obrigatórias; implementação de padrões industriais que excluem concorrentes; e

adoção de códigos de ética regulando o preço ou outras práticas comerciais que possam limitar a capacidade das empresas de competir livremente.

34. Análise pela regra da razão. As práticas facilitadoras devem ser analisadas pela regra da razão, tendo em vista que, em diversos casos, ela pode ser concorrencialmente benéfica ou neutra. Todavia,

quanto mais a prática sob análise facilitar conluio tácito ou explícito entre concorrentes no que se refere ao preço de bens e serviços, maior será a probabilidade da prática ser alvo de investigação por parte da Secretaria de Direito Econômico e caracterizada como infração à ordem econômica.

35. A forma mais comum de prática facilitadora envolvendo licitações públicas é a adoção, por parte entidades de classe, de elementos comuns para a formação de preço a serem observados pelos seus membros, tais como tabelas “sugeridas” de custos ou de preços mínimos. Esse tipo de conduta é reconhecida pelas autoridades concorrenciais de outros países como exemplo de prática que facilita sobremaneira o conluio tácito ou explícito em relação aos preços a serem ofertados no mercado ou em licitações públicas, e que podem ser caracterizadas como ilícitos concorrenciais.

3. FRAUDES EM PRINCÍPIO NÃO CARACTERIZÁVEIS COMO INFRAÇÕES À LEI Nº 8.884/1994

36. A SDE tem recebido denúncias de práticas fraudulentas praticadas por licitantes que, não obstante possam implicar prejuízos à Administração, não podem em princípio ser consideradas como infrações à ordem econômica nos termos da Lei nº 8.884/1994:

a) Fraude ao benefício do Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte: A fim de se acessar benefícios reservados pela Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 a licitantes que sejam micro e pequenas empresas (MPEs), algumas empresas que já são fornecedoras do Poder Público constituem novas pessoas jurídicas qualificáveis como MPEs para participar de licitações. Muitas vezes, tanto o fornecedor original quanto sua nova controlada ou coligada MPE participam da mesma licitação. Embora tal situação possa em tese configurar fraude à referida lei - devendo ser investigada pelos órgãos de controle interno ou externo -, ela não pode ser caracterizada, em princípio, como uma infração concorrential nos termos da Lei nº 8.884/1994.

b) Corrupção ativa e passiva: Como comentado acima, a SDE não tem competência para investigar servidores públicos com vistas à punição, mesmo quando adotam requisitos em licitações que são injustificadamente restritivos à competitividade, independentemente de terem sido adotadas mediante corrupção ou inadvertidamente, devendo estes ser investigados pelos órgãos de controle e órgãos de persecução criminal competentes.

c) Superfaturamento: Aumentos nos custos de projetos ocasionados por execução defeituosa do contrato ou celebração de aditivos com valores injustificados não podem ser investigados pela SDE, devendo ser analisados, prioritariamente, por órgãos de controle interno e externo.

4. SÍNTESE

A SDE, ao analisar os casos de infrações na área de licitações, respeitará as seguintes diretrizes:

(i) em relação à competência da SDE para apurar possíveis infrações à ordem econômica sancionáveis nos termos da Lei nº 8.884/1994,

a) esta se limita à investigação de supostas práticas anticompetitivas por parte de agentes econômicos (mesmo que controlados pelo Estado), pessoas físicas e associações de classe e sindicatos;

b) em regra não abrange decisões de mérito quanto à forma de estruturação de licitações, ainda que se refiram a exigência de condições restritivas de participação. Nesse caso, a atuação da Secretaria se dará por meio da advocacia da concorrência, nos termos do art. 14 da Lei nº 8.884/1994.

(ii) em relação às formas mais comuns de infrações concorrenciais em licitações,

a) o conluio entre licitantes (ou cartel em licitações), bem como o bloqueio em pregões presenciais, presumirá a existência de efeitos negativos para a sociedade, sendo o cartel considerado a mais grave conduta anticompetitiva;

b) os consórcios entre concorrentes para participação em licitações podem ser investigados a qualquer tempo pela SDE, observados os prazos de prescrição, e serão analisados sob a regra da razão, sendo o fator preponderante para a identificação de possíveis efeitos anticompetitivos a possibilidade de consorciadas participarem sozinhas da licitação;

c) a atuação de sindicatos e associações de classe será analisada criteriosamente, tendo em vista o risco considerável de serem empregados tanto para a estruturação de acordos de cartel quanto para implementação de práticas facilitadoras; nesta segunda hipótese, a prática será analisada sob a regra da razão, sendo o fator preponderante para a identificação de possíveis efeitos anticompetitivos a possibilidade de tal conduta afetar o comportamento dos agentes de mercado em relação ao preço a ser ofertado em licitações públicas.

(iii) em relação a fraudes a licitação não caracterizáveis como infrações concorrenciais, serão encaminhadas para as autoridades competentes.

ANEXOII MODELO DE DECLARAÇÃO DE ELABORAÇÃO INDEPENDENTE DE PROPOSTA

[Identificação da Licitação]

[IDENTIFICAÇÃO COMPLETA DO REPRESENTANTE DA LICITANTE], como representante devidamente constituído de [IDENTIFICAÇÃO COMPLETA DA LICITANTE OU DO CONSÓRCIO] (doravante denominado [Licitante/Consórcio]), para fins do disposto no item [COMPLETAR] do Edital [COMPLETAR COM IDENTIFICAÇÃO DO EDITAL], declara, sob as penas da lei, em especial o art. 299 do Código Penal Brasileiro, que:

(a) a proposta anexa foi elaborada de maneira independente [pelo Licitante/Consórcio], e que o conteúdo da proposta anexa não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado a, discutido com ou recebido de qualquer outro participante potencial ou de fato da [IDENTIFICAÇÃO DA LICITAÇÃO], por qualquer meio ou por qualquer pessoa;

(b) a intenção de apresentar a proposta anexa não foi informada a, discutido com ou recebido de qualquer outro participante potencial ou de fato da [IDENTIFICAÇÃO DA LICITAÇÃO], por qualquer meio ou por qualquer pessoa;

(c) que não tentou, por qualquer meio ou por qualquer pessoa, influir na decisão de qualquer outro participante potencial ou de fato da [IDENTIFICAÇÃO DA LICITAÇÃO] quanto a participar ou não da referida licitação;

(d) que o conteúdo da proposta anexa não será, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, comunicado a ou discutido com qualquer outro participante potencial ou de fato da [IDENTIFICAÇÃO DA LICITAÇÃO] antes da adjudicação do objeto da referida licitação;

(e) que o conteúdo da proposta anexa não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado a, discutido com ou recebido de qualquer integrante de [ÓRGÃO LICITANTE] antes da abertura oficial das propostas; e

(f) que está plenamente ciente do teor e da extensão desta declaração e que detém plenos poderes e informações para firmá-la.

_____, em __ de _____ de _____

([REPRESENTANTE LEGAL DO LICITANTE/CONSÓRCIO NO ÂMBITO DA LICITAÇÃO, COM IDENTIFICAÇÃO COMPLETA])