

Medidas para estimular o ambiente concorrencial dos processos licitatórios:

Contribuições do Cade

SUMÁRIO EXECUTIVO

O presente documento discute, em quatro seções, medidas para estimular o processo licitatório baseadas em (i) recomendações gerais da OCDE; (ii) sugestões específicas baseadas na literatura internacional sobre desenhos pró-competitivos de editais; (iii) práticas concorrenciais de quatro países no intuito de ilustrar os princípios gerais inicialmente apresentados e (iv) recomendações para o caso brasileiro à luz da experiência do Cade. As recomendações a seguir expostas pretendem, a partir da experiência do órgão antitruste, enfrentar o desafio de conciliar o respeito à estabilidade das regras e do ambiente econômico – com a finalidade de estimular o investimento privado – com a inserção de elementos que desestabilizem eventuais acordos colusivos, em negociação ou pré-existentes, com o objetivo de construir editais que estimulem a competição entre os agentes econômicos e dificultem a atuação concertada nas licitações. 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 em infraestrutura.

O presente documento¹, concebido no segundo semestre de 2016, é uma contribuição do CADE ao Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) e tem o intuito de propor medidas que melhorem o ambiente concorrencial nas concessões do setor de infraestrutura. Nesse sentido, são discutidas algumas iniciativas de implementação imediata e outras que demandam alterações da legislação vigente. Portanto, é importante ressaltar que nem todas as sugestões aqui trazidas poderiam ser implementadas no curto prazo, nem tampouco se aplicariam a todas as modalidades de licitação, uma vez que o foco foi o setor de infraestrutura.

Este documento está dividido em quatro seções. A seguir estão listadas algumas recomendações da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2007, 2012, 2016) para estimular o ambiente concorrencial com o objetivo de evitar conluios e promover eficiência durante os processos licitatórios em geral. Na seção dois, são enumeradas recomendações da OCDE específicas sobre desenhos pró-competitivos de editais. A seção três discute práticas concorrenciais de quatro países para ilustrar os princípios gerais inicialmente apresentados. Por fim, a quarta seção discute recomendações para a elaboração de editais pró-competitivos para o caso brasileiro à luz da experiência do Cade.

I. Recomendações Gerais da OCDE:

De acordo com os referidos relatórios da OCDE, há algumas medidas que ajudam a combater cartéis em licitações:

1. As autoridades envolvidas no processo licitatório devem entender o mercado em questão, como por exemplo:

¹ Esta é uma versão revisada do documento original.

- i) Verificar a extensão territorial dos produtos/serviços disponíveis do competidor.
 - ii) Verificar se o mercado em questão possui características que indicam alta probabilidade de conluio.
 - iii) Buscar informações dos potenciais fornecedores do serviço, seus produtos, preços e custos. Informações sobre mudanças recentes nos preços podem ser úteis.
2. Maximizar a participação de potenciais competidores por meio de:
- i) Estabelecimento de requisitos de participação transparentes e diretos.
 - ii) Maior enfoque, nos editais de concessão, no que se pretende atingir com a concessão ao invés de em como se deve atingir, de maneira a despertar o interesse de mais empresas, incluindo possíveis portadores de produtos substitutos.
3. Usar critérios de seleção que aumentem a intensidade e eficiência da competição.
- i) Garantir que exista um número suficiente de potenciais competidores com contínuo interesse em futuros projetos de concessão.
 - ii) Quando elaborar um projeto de concessão, pensar sobre os impactos competitivos no mercado em questão.
 - iii) Impor um preço de reserva² alto, porém crível.

² Preço de reserva, valor de reserva ou, no caso da legislação brasileira que regula as licitações, valor de referência, são termos que indicam o valor – em termos monetários – definido pelo órgão licitante (i) acima do qual (no caso de leilões reversos, modelo holandês) ou (ii) abaixo do qual (no caso de leilões ascendentes, modelo inglês) as propostas não serão aceitas. No primeiro caso, o valor de reserva representa o teto, enquanto no segundo, o piso.

4. Os riscos de existência de cartéis em licitações devem ser de conhecimento do órgão licitante.

- i) Implementar programas de treinamentos regulares sobre detecção de práticas não competitivas, com o auxílio de agências de competição ou consultorias.
- ii) Adotar uma política de revisão de contratos de licitação selecionados periodicamente.
- iii) Informar o órgão sobre políticas de leniência do país.

Tratando do caso particular de Parcerias Público-Privada (PPP's), foram coletadas algumas medidas com o mesmo fim. Rapidamente percebe-se que essas são ramificações dos pontos já expostos nos casos das licitações públicas. Entre as principais medidas importantes sugeridas pela OCDE para melhorar o caráter competitivo das concessões do tipo PPP estão:

1. Permissão de competição internacional, com a elaboração de editais em inglês, ampla divulgação em canais de comunicação estrangeiros; assim todas as empresas, principalmente estrangeiras, terão igual oportunidade de decisão no que diz respeito ao prazo exposto no edital.
2. Transparência nos critérios de adjudicação³.
3. Permissão para que eventuais indícios ou denúncias de conluio nos processos licitatórios sejam enviados ao órgão antitruste para investigação.
4. Usar as PPP's como um disseminador de informação, o que pode incentivar outras empresas antes fora da negociação a participarem. A tentativa de

³ No **âmbito administrativo**, adjudicação é a concessão ou atribuição de direito da realização de obras ao vencedor de uma concorrência, mediante a realização de uma licitação.

correção da assimetria informacional entre as empresas pode tentar melhorar o ambiente competitivo nas concessões.

II. Recomendações Específicas da OCDE: desenhos pró-competitivos de editais

As recomendações específicas sobre desenhos pró-competitivos de editais buscam identificar e descrever, em primeiro lugar, as melhores práticas, coligidas em diversas publicações organizadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2007, 2012, 2016), para estimular o ambiente concorrencial em contratações públicas.

Os diversos foros de debate propiciados pela OCDE, permitiram que fossem colacionadas as melhores práticas implementadas por diversos países, no que tange a estratégias para fomentar licitações competitivas. Entre elas, destacamos:

- i) Quando possível, permitir que empresas de menor porte participem, mesmo que elas não tenham capacidade de competir por todo o contrato
- ii) Evitar cláusulas de restrições desnecessárias que podem afastar competidores
- iii) Não desclassificação de empresas de futuras competições ou não removê-las imediatamente de uma lista de pré-qualificação por motivos que não sejam estritamente necessários;
- iv) Desenhar o processo de “leilão” de modo a evitar ou limitar a comunicação entre os competidores;
- v) Sempre que possível, tornar a identidade dos competidores confidencial;
- vi) Evitar trazer potenciais fornecedores do serviço juntos em reuniões presenciais;

- vii) Quando divulgar os resultados de um processo de concessão, considerar cuidadosamente qual informação divulgar, a fim de evitar a divulgação de informações sensíveis à competição;
- viii) Exigir, quando possível, que as licitações sejam feitas anonimamente (uma maneira é identificar os competidores com números ou símbolos);
- ix) Evitar qualquer tratamento preferencial ou discriminação para uma determinada classe, tipo ou participante;
- x) Evitar dividir contratos entre competidores com licitações idênticas nos preços e exigir a identificação dos motivos dos lances idênticos;
- xi) Exigir que cada competidor assine um certificado (*Certificate of Independent Bid Determination*/Certificado de Determinação de Lances Independentes) que ateste que o lance inserido é genuíno, sem intenção de conluio e feito com a intenção de aceitar o contrato caso ganho pelo competidor. Além disso, utilizar convites em que estejam inclusas as sanções sobre conluios;
- xii) Quando o risco de colusão é alto, usar o sistema de envelopes fechados (*sealed-bid*) ao invés de lances abertos (*ascending bid*) nos autos. A diferença básica entre os dois métodos é que no primeiro os participantes não têm conhecimento do montante a ser oferecido pelo outro participante, e no segundo sim⁴.

III. Experiências Internacionais:

Nesta subseção são listadas algumas medidas tomadas por três países em casos internacionais. Tais informações foram encontradas nos sítios eletrônicos das respectivas autoridades de concorrência desses países. Perceba que os pontos

⁴ Para maiores detalhes sobre o item xii, ver OCDE (2007).

adotados por esses países são reflexos das recomendações acima, mostrando um certo consenso internacional sobre a prevenção de práticas não competitivas em processos licitatórios⁵.

- **Estados Unidos⁶:**

- a) Expandir a lista de competidores para dificultar conluio. Os compradores devem solicitar propostas do maior número de potenciais competidores possível. Conforme os números de empresas aumentam, a probabilidade de conluio diminui. A experiência americana sugere que concessões com 5 ou menos competidores têm maiores chances de conluio.
- b) Os competidores assinam um certificado que ateste as boas intenções competitivas, informando as penalidades por *Bid Rigging* e falso testemunho. O documento tem formato semelhante àquele sugerido pelo OCDE.
- c) Instruir os empregados do órgão que está realizando a concessão sobre os sinais de conluio.
- d) Sempre questionar os competidores sobre licitações que possam indicar alguma intenção de prejuízo à competitividade.
- e) Entender as dinâmicas do mercado em questão, aumentando a probabilidade de detecção de atividades suspeitas.

⁵ Lembrando que todos os itens listados são esboços gerais. Nas referências bibliográficas indicadas é possível encontrar cada um dos tópicos de forma detalhada.

⁶ <https://www.justice.gov/atr/preventing-and-detecting-bid-rigging-price-fixing-and-market-allocationpost-disaster-rebuilding>

- **Canadá⁷:**

- a) Estabelecer um grupo de competidores (*Bidding Pool*).
- b) Entender o segmento de mercado, como por exemplo conhecer fornecedores, estar alerta sobre mudanças de preços e diferentes jurisdições.
- c) Evitar exigir lances (*Bids*) obrigatórios e torná-los confidenciais a outros competidores.
- d) Permitir a participação de competidores provedores de produtos substitutos quando possível.
- e) Evitar tratamento especial para qualquer participante.
- f) Evitar exigir um alto grau de previsibilidade, ser flexível sobre a entrada e saída de contratos.
- g) Fazer perguntas para o(s) participante(s) caso algum lance não faça sentido.
- h) Exigir um certificado de formato parecido dos já enunciados acima, com a adição de uma cláusula de não comunicação com outros participantes.

- **Nova Zelândia⁸:**

- a) Exigir um certificado nos moldes dos enunciados anteriormente, com cláusulas de: fechamento de qualquer subcontrato que envolva comunicação entre os participantes; declaração que as licitações foram desenvolvidas em particular

⁷ <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02646.html>

⁸ <http://www.comcom.govt.nz/business-competition/guidelines-2/how-to-recognise-and-deter-bidrigging-guidelines-for-procurers/>

por cada participante não envolvendo, portanto, qualquer comunicação, contrato ou consenso de preços com outros competidores.

- b) Assegurar o maior número possível de competidores. Deixar os requerimentos de entrada de participantes claros e simples e não ter um caráter discriminatório ou privilegiado por participantes servem como exemplos de encorajamento de entrada de empresas nas licitações.
- c) Dificultar ao máximo a comunicação entre os competidores. Evitar encontros presenciais desnecessários, e, se eles forem essenciais, lembrar os concorrentes sobre as sanções expostas no certificado.
- d) Ao definir as especificidades da concessão, dar mais atenção às exigências das finalidades e objetivos do produto e menos atenção às referências sobre algum produto específico. Isso pode estimular a entrada de substitutos.
- e) Remover obrigações de envio de solicitações sempre que um projeto é lançado como condição de se manter na lista de fornecedores pré-qualificados.
- f) Considerar cuidadosamente a publicação do preço vencedor ou quem ofereceu o lance vencedor, caso essas informações não sejam exigidas pelas normas do estado/país.

- **Índia⁹:**

- a) Ser bem informado sobre o mercado em questão, procurando identificar suas fragilidades no que diz respeito ao espaço para colusões.
- b) Desenhar o processo de concessão visando maximizar a potencial participação de competidores genuínos.
- c) Definir os requerimentos de maneira clara e, ao mesmo tempo, evitar previsibilidade.
- d) Usar de diversos esforços para evitar comunicação entre os competidores.
- e) Escolher com cuidado os critérios de avaliação e de premiação dos contratos de concessão.

IV. Análise do caso brasileiro:

Nesta seção são apresentadas recomendações gerais para aumentar o ambiente concorrencial nas concessões do setor de infraestrutura.

A experiência do Cade demonstra 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

⁹ http://www.cci.gov.in/sites/default/files/presentation_document/ManojPandeyBidRiggingDetectionPrevention.pdf

lotes, critérios técnicos de habilitação¹⁰, etc.)¹¹ e (ii) introduzam, assim, elementos desestabilizadores em mercados nos quais há maior propensão à atuação de cartéis.

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 em infraestrutura.

As recomendações a seguir expostas pretendem, a partir da experiência do órgão antitruste, enfrentar o desafio de conciliar o respeito à estabilidade das regras e do ambiente econômico – com a finalidade de estimular o investimento privado – com a inserção de elementos que desestabilizem eventuais acordos colusivos, em negociação ou pré-existentes, com o objetivo de construir editais que estimulem a competição entre os agentes econômicos – incrementando o número de empresas interessadas nos certames, seja por incentivo a novas entrantes, seja por aumento na atratividade dos investimentos – e dificultem a atuação concertada nas licitações.

(i) Recomendações gerais¹²:

i) Vedação da divulgação do valor de reserva/valor de referência, nos moldes do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), conforme Lei nº

12.462, de 4 de agosto de 2011;

¹⁰ Partindo-se do pressuposto de que a realização de diversas licitações – com objeto tecnicamente complexo – ao longo do tempo permitiria a agregação de expertise pelas empresas do mercado e, assim, implicaria (i) tanto a elevação das exigências de qualidade técnica das empresas licitantes, (ii) quanto a desnecessidade de autorização para formação de consórcios.

¹¹ Por exemplo, atualmente, por força do Art. 3º da Lei 10.520/02 e diversos acórdãos do TCU, a definição de tais parâmetros pode ser vedada quando por serem excessivos, irrelevantes ou desnecessários limitarem a competição.

¹² À exceção da primeira recomendação – adoção da Declaração de Elaboração Independente de Proposta – as demais sugestões visam dificultar eventual adoção de estratégia de colusão tácita entre os licitantes – ou seja, utilizar sinais do “mercado” (no caso, aqueles sinais inerentes ao certame, tais como o valor das propostas de preço, valor de reserva do órgão licitante etc.) para solucionar problemas de coordenação sem a necessidade de comunicação direta entre as empresas.

ii) Avaliar a pertinência da adoção de leilões simultâneos - quando houver mais de uma concessão relativa a objeto semelhante - de forma a dificultar a divisão de mercado (estratégia facilitada pela eventual adoção de leilões sequenciais)¹⁴;

iii) Planejamento de leilões simultâneos que busque licitar projetos complementares – seja complementaridade intra-leilão, seja com projetos já licitados anteriormente – de maneira a possibilitar que seja(m) criada(s) situação(ões) de valoração super-aditiva nos leilões, atraindo tanto empresas já atuantes no mercado, quanto possíveis entrantes¹⁵;

iv) Avaliar possibilidade de utilizar desenhos híbridos de leilão, nos moldes do “modo combinado de disputa” do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), conforme artigos 23 e 24 do Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011;

v) 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;

vi) Evitar, tanto na fase interna quanto na fase externa, que existam oportunidades para que representantes das eventuais empresas interessadas se encontrem presencialmente.

(ii) Recomendações para desenho de editais:

¹⁴ Em leilões sequenciais, abre-se a oportunidade aos licitantes de estabelecerem estratégias de colusão tácita – via punição por não-cooperação no leilão anterior – e de implementar, de maneira mais eficaz, estratégias de monitoramento em caso de colusão aberta.

¹⁵ No caso, o termo oriundo da teoria dos jogos refere-se a casos nos quais o valor da união de dois conjuntos disjuntos é maior do que o valor dos conjuntos individualmente considerados (uma situação do tipo “1+1=3”).

- i) Consórcios: avaliar a adoção de critérios que estimulem a competitividade, de forma a incentivar a participação de "entrantes" no mercado, e também evitando que tal instituto seja utilizado para "redução estratégica da demanda" (fato prejudicial para a valoração do ativo, na perspectiva do concedente);
- ii) Subcontratação: estabelecer critério 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;
- iii) criação de incentivos para empresas "entrantes" no que tange aos critérios de pontuação para avaliação técnica das propostas;
- iv) exigências diferenciadas quanto ao seguro-garantia (Agência Brasileira Gestora de Fundos Garantidores e Garantias S.A. e Fundo Garantidor de Infraestrutura) de forma a incentivar a competitividade nos leilões.

(iii) Recomendações para durante o certame:

- i) Utilizar sistema informatizado específico para realização do leilão, que contemple as especificidades das regras - ver experiência da Agência Nacional de Energia Elétrica/ANEEL - de forma a garantir:
 - i.1) ambiente de teste para simular o leilão;
 - i.2) sigilo em relação aos participantes e aos lances apresentados.
- ii) Evitar que existam momentos presenciais, de forma a impedir que representantes das empresas participantes se encontrem durante o leilão.

(iv) Recomendações sobre a especificidade de cada mercado e certame:

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.

Referências Bibliográficas:

CÁNADA. Bid Rigging – Awareness and Prevention. 2015.

ESTADOS UNIDOS. Prevention and Detecting Bid Rigging. 2015.

ÍNDIA. Detection and Preventing of Bid-Rigging – Provisions of Competition Act, 2002. 2012.

JANSSEN, M.CW. (editor). Auctioning Public Assets – analysis and alternatives. Cambridge University Press. 2004.

NOVA ZELÂNDIA. How to recognize and deter bid rigging – guidelines for procurers. 2013.

OCDE. Fighting Bid Rigging in Public Procurement. 2016.

OCDE. Public-Private-Partnerships and Investment in Infrastructure: Lessons from OECD countries. 2014.

OCDE. Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement.
2012.

OCDE. Competition in Bidding Markets. 2007.