COMBATE A CARTÉIS EM LICITAÇÕES

Guia prático para agentes de contratação

CADE
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

INTRODUÇÃO

Cartel é qualquer acordo ou prática coordenada entre empresas concorrentes com o objetivo de combinar preços ou outras condições de mercado, como restringir produção, dividir clientes e localidades de atuação e alinhar variáveis comerciais em negociações com agentes públicos ou privados.

Por implicarem aumento de preços e restrição de oferta, sem nenhum benefício econômico, os cartéis causam graves prejuízos aos consumidores e à Administração Pública, tornando bens e serviços inacessíveis a alguns e desnecessariamente caros para outros. Em razão dos vários prejuízos que gera, a conduta é considerada a mais grave infração contra a ordem econômica.

Em licitações, as empresas que atuam em um cartel se utilizam de diversas estratégias para atingir seus objetivos, tais como definição conjunta do valor das propostas a serem apresentadas, redução do número de empresas licitantes nos certames, e apresentação de propostas sem a intenção de vencer a licitação, conhecidas como propostas de cobertura.

Os cartéis em licitações públicas são especialmente prejudiciais porque resultam, inevitavelmente, na aquisição de produtos e na contratação de serviços em condições desvantajosas para a Administração Pública. Anualmente, um volume significativo de recursos é aplicado em compras que permitem ao Estado cumprir suas funções primordiais em áreas como saúde, educação, segurança pública, infraestrutura e tantas outras. Se não existir livre competição entre as empresas por esses contratos, a consequência será preços mais elevados, produtos e serviços de baixa qualidade ou menos inovação e produtividade.

Para auxiliar a União, Estados, Municípios e o Distrito Federal em seus esforços de aprimorar o desenho de suas aquisições e realizar contratações mais efetivas, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), que é a autoridade da concorrência no Brasil, elaborou este Guia destinado a auxiliar você, agente de contratação, nessa tarefa.

Nosso objetivo principal é alertá-lo para as características dos cartéis em licitações e para a importância de reportar essas práticas às autoridades competentes. A sua contribuição é fundamental, pois você está “na linha de frente” dos processos de compra, elaborando os editais, observando a atuação das empresas nas licitações e concretizando as compras públicas das quais o país tanto precisa.

PRINCIPAIS ESTRATÉGIAS DE CARTÉIS EM LICITAÇÕES

As empresas podem adotar uma ou várias estratégias de conluio abaixo indicadas. Em geral, o objetivo é escolher uma das empresas para vencer o processo licitatório, e então promover a fixação de preços, a apresentação de propostas de cobertura e a divisão de contratos entre as empresas.

PROPOSTAS DE COBERTURA

Concorrentes apresentam propostas com valores mais altos que o da empresa definida para vencer a licitação, ou com vícios sabidamente desclassificatórios. A ideia é dar uma aparência de competitividade ao certame.

SUPRESSÃO DE PROPOSTAS

Concorrentes definem não submeter ou retirar propostas já formuladas, com o intuito de favorecer o licitante previamente escolhido para vencer o contrato.

DIVISÃO DE MERCADO

As empresas definem uma forma de divisão de um conjunto de licitações ou lotes entre cada uma delas. A divisão pode ser por área geográfica, por órgãos contratantes, por quantidades equivalentes de números de lotes ou valores de contratos.

RODÍZIO

Os concorrentes alternam-se entre os vencedo res de uma licitação ou de um conjunto de licitações. A ideia é dificultar a identificação de conluio por parte do agente de contratação ou de órgãos de controle.

BLOQUEIO EM PREGÃO PRESENCIAL

Atuação concertada de ao menos três empresas para reduzir as chances de que outras licitantes não alinhadas sejam classificadas para a fase de lances em um pregão presencial. Em geral, ofertam valores na faixa de 10% em relação à menor destas três propostas, na expectativa de apenas elas sejam classificadas para os lances orais e, sendo bem sucedidas, não ofertem lances mais competitivos.

SUBCONTRATAÇÃO

Concorrentes auxiliam a empresa definida para vencer a licitação (por exemplo, não participam ou desistem das suas propostas), a fim de serem subcontratados pelos vencedores. O vencedor da licitação, que ofereceu um preço maior, depois divide o sobrepreço com o subcontratado.

CARACTERÍSTICAS DE MERCADO QUE FACILITAM A FORMAÇÃO DE CARTÉIS

Algumas características de mercado e dos processos de contratação pública podem facilitar a formação e manutenção de cartéis. Isso demanda de você, agente de contratação, uma atenção especial, que conhecendo essas características pode tomar decisões mais informadas e estratégicas sobre como conduzir a licitação.

MERCADO COM POUCOS FORNECEDORES

Quanto menor for o número de empresas no mercado, mais fácil estabelecer e manter o cartel. A mesma lógica vale para mercados concentrados e nos quais há poucos fornecedores que usualmente atendem às licitações. Mas há também exemplos de cartéis mesmo em estruturas mais pulverizadas, principalmente quando o acordo é intermediado por uma associação de classe ou sindicato.

BENS E SERVIÇOS COM POUCA DIFERENCIAÇÃO

Em casos de contratação de produtos e serviços pouco diferenciados, o fator determinante é o preço, e, portanto, é mais fácil chegar a um acordo, pois as empresas precisam definir conjuntamente apenas essa variável. Além disso, quando há poucos substitutos para o produto, ou ele não envolve grande inovação, as empresas têm maior segurança do sucesso do seu acordo e garantia de que ele será mantido por mais tempo.

PUBLICIDADE

Licitações devem observar requisitos de publicidade, e vários são os aspectos positivos derivados desse princípio. Contudo, essa transparência também pode facilitar a estruturação e o funcionamento de cartéis. Nas licitações públicas, as empresas conhecem, por exemplo, os preços praticados pelos concorrentes, o valor e teor de propostas e documentos de habilitação de licitantes vencedores e perdedores e o histórico de participação das empresas em licitações. Assim, essa característica estrutural de licitações reduz o custo de monitoramento e punição a desvios por parte das empresas participantes de um cartel.

BARREIRAS À ENTRADA

Caso as barreiras à entrada em um mercado sejam altas, ou seja, a entrada de uma nova empresa é custosa, difícil ou lenta, as empresas existentes estão protegidas da pressão competitiva de novos entrantes. Assim, se esse tipo de pressão não existe (quer pelas características do mercado, quer pelos requisitos de edital), o conluio se torna mais provável.

INTERAÇÕES FREQUENTES ENTRE LICITANTES

Quando os licitantes possuem contatos constantes no mercado (por exemplo, mesmas empresas participam com freqüência de diversas licitações semelhantes), é mais fácil combinar uma divisão ou rodízio de fornecedores e também retaliar membros que descumpram o acordo ilícito.

COMPRAS PÚBLICAS PREVISÍVEIS

Um plano constante e previsível de demanda por parte da Administração Pública, aliado a cláusulas editalícias repetidas ao longo do tempo, aumenta o risco de conluio. Isso facilita a divisão e o rodízio de fornecedores, permitindo a manutenção e futuras compensações entre os participantes do cartel.

VÍNCULOS ENTRE EMPRESAS CONCORRENTES

Vínculos contratuais ou mesmo relações de parentesco entre concorrentes participantes de um certame podem facilitar a ocorrência de conluios, especialmente em razão de maior facilidade de comunicação e coordenação entre eles em licitações.

SINAIS DE ALERTA DE CARTÉIS EM LICITAÇÕES

Os sinais de alerta podem indicar que as empresas participantes das licitações estão agindo de maneira coordenada. Você, como agente de contratação que atua próximo ao processo, pode auxiliar o Cade a identificar valiosas provas e evidências. As atitudes suspeitas podem se dar em diferentes aspectos e em qualquer momento do processo licitatório.

ELEMENTOS SUSPEITOS NAS PROPOSTAS DE CONCORRENTES

- Documentos com a mesma formatação, redação ou erros idênticos de digitação ou de cálculo
- Propostas eletrônicas enviadas do mesmo e-mail ou do mesmo endereço de IP
- Propostas enviadas do mesmo endereço ou que possuam os mesmos dados de contato, ou mesmo representante
- Documentos com selos de autenticação ou postagem idênticos ou sequenciais
- Propostas submetidas eletronicamente criadas ou editadas por uma mesma pessoa ou por empresa concorrente
- Propostas com preços iguais e diferentes do valor de referência (se o valor tiver sido publicado no edital)

COMPORTAMENTOS SUSPEITOS DAS EMPRESAS

• Diferenças de preço entre propostas mantêm um padrão em termos absolutos ou percentuais

• Aumentos uniformes de preços de concorrentes não justificados por aumento de custos

• Variação significativa e injustificada no preço das propostas da mesma empresa em outras licitações

• De forma injustificada, fornecedores desistem de apresentar documentos ou propostas mais competitivas

• Licitantes vencedores subcontratam concorrentes perdedores ou que se recusaram a apresentar propostas

• Licitantes que teriam condições de participar isoladamente do certame apresentam propostas em consórcio

• Licitantes apresentam propostas que dificilmente teriam condições de vencer (por exemplo, erros banais, acima do valor de referência, ausência de documento que sabidamente deveria ser apresentado)

• Concorrentes contratam as mesmas consultorias ou contadores no apoio à elaboração de propostas

• Referências a orientações do setor, como “preços sugeridos” ou “tabelas de preços” sugeridos por sindicato ou associação

• Empresas reclamam de “empresas aventureiras” no mercado (normalmente, empresas que começaram a participar recentemente de licitações, com preços mais competitivos)

PADRÕES SUSPEITOS NO RESULTADO DE LICITAÇÕES

• Um conjunto de empresas se alterna como vencedora nas licitações em um mesmo órgão

• Padrão de distribuição geográfica das propostas vencedoras

• Licitações de um órgão ou região sempre vencidas pelo mesmo fornecedor

• Diminuição súbita e injustificada no número de participantes da licitação

• Alinhamento súbito de preços de concorrentes

• Diminuição dos preços das propostas quando participa um novo concorrente, o que pode indicar cartel nas licitações anteriores

• Empresas que sempre participam das licitações, mas não apresentam propostas competitivas e nunca vencem

PREVENINDO CARTÉIS EM LICITAÇÕES

Como agente de contratação, você tem uma tarefa muito importante na prevenção de cartéis, ao promover concorrência nas licitações e reduzir os riscos de conluio. A experiência demonstra que a elaboração de editais pró-competitivos e a redução da previsibilidade acerca dos principais parâmetros da contratação auxiliam a prevenir e desestabilizar cartéis. Estão elencados abaixo alguns pontos para auxiliar você no processo de definição do melhor formato a ser adotado, sempre observando as regras legais aplicáveis.

RECOMENDAÇÕES GERAIS

• Desenvolver competência em pesquisa de mercado e planejamento de aquisições. Por exemplo, ter pessoal capacitado para mapear se o mercado tem poucos fornecedores, identificar pequenas alterações na especificação técnica ou divisão em lotes capazes de atrair potenciais fornecedores, considerar a disponibilidade ou restrição sazonal na aquisição do produto e serviço, dentre outras circunstâncias.

• Preferir a divulgação dos valores de referência após o encerramento da fase competitiva do certame.

• Evitar oportunidades para que potenciais licitantes se encontrem presencial ou remotamente ou sejam identificados, nas fases internas e externas.

• Criar incentivos para que novas empresas participem do certame, ajustando os critérios para avaliação técnica de forma a permitir a entrada de mais fornecedores nas licitações.

• Adotar Declaração de Elaboração Independente de Proposta, em que licitante afirma que as propostas foram elaboradas sem troca de informação comercial sensível com concorrente (Ver Instrução Normativa MPOG nº 02/2009).

• Promover capacitação contínua e políticas de valorização dos servidores dedicados ao planejamento e execução de compras públicas.

AO DESENHAR O EDITAL

• Evitar requisitos de qualificação restritivos e desnecessários, de forma a possibilitar a participação do maior número de empresas possível.

• Certificados de capacidade técnica que dependam de contratações anteriores devem ser usados com cautela, pois essa prática limita os potenciais fornecedores a um grupo pequeno que já tem contratos com órgão público.

• Avaliar a possibilidade de compras conjuntas ou centralizadas para tornar a licitação atrativa a um maior número de empresas.

• Divisão de lotes: analisar o mercado e adotar essa possibilidade para promover a participação de um número maior de empresas, buscando evitar que essa divisão facilite a divisão de mercados (por exemplo, prever número de lotes inferior ao número de concorrentes, prever lotes de tamanhos diferentes, alterar os lotes e quantitativos ao longo do tempo).

• Consórcios: criar critérios que estimulem a competitividade. Limitar que empresas que possam participar isoladamente passem a participar em consórcio (o que diminuiria o número de participantes final sem nenhuma justificativa econômica).

• Subcontratação: estabelecer controle e cadastro de empresas subcontratadas, com registro obrigatório, para evitar a utilização do instituto como forma de cartelização e de compensações do cartel (pagamento de valores pela não participação ou desistência de participação em licitações). Punir severamente a subcontratação não autorizada ou não compatível com hipóteses previamente previstas no edital.

• Reduzir custos para preparação de propostas e participação no certame: preferência por modalidades eletrônicas, estabelecer regras e requisitos claros para participar de licitações.

AO CONDUZIR OS CERTAMES E OUTRAS MEDIDAS

• Consolidar informações relevantes sobre licitações pelos órgãos licitantes ou de controle, preferencialmente em uma base de dados. Além da medida ter efeito dissuasório, facilita a detecção de cartéis (por exemplo, possibilita verificar se participam as mesmas empresas, empresas que usualmente participam mas nunca venceram licitações em um dado órgão, e empresas que participavam mas repentinamente deixaram de participar).

• Realizar treinamentos contínuos das equipes de contratação e orientá-las sobre como reportar denúncias de cartel às autoridades competentes.

• Manter o planejamento em sigilo durante um tempo ou mudar sua periodicidade (semestral ou anual) ou mesmo a data de realização do certame (entre 3 a 6 meses antes do fim do contrato corrente) são medidas que podem dificultar a organização de um cartel por parte das empresas.

• Considere utilizar o canal de denúncias do Cade de maneira sigilosa caso uma representação ostensiva contra as empresas vá prejudicar o fornecimento de bens e serviços críticos à garantia de continuidade do serviço público.

OUTRAS INFORMAÇÕES E COMO CONTATAR O CADE

PENALIDADES APLICÁVEIS

A Lei nº 12.529/2011 prevê que empresas participantes de cartel estão sujeitas a penalidades administrativas aplicadas pelo Tribunal do Cade, entre elas multas que variam de 0,1% a 20% do valor do faturamento bruto no ramo de atividade em que ocorreu a infração. Quando se trata de cartéis em licitações, uma das penas mais severas que o Cade pode aplicar é a proibição de o infrator participar de outros certames públicos por, no mínimo, 5 anos. Ainda administrativamente, condenados por cartel podem sofrer outras penas acessórias, como publicação da decisão em jornal de grande circulação e proibição de contratar com instituições financeiras oficiais.

Indivíduos envolvidos na conduta ilícita também estão sujeitos a multas do Cade, que podem variar entre R$ 50 mil e R$ 2 bilhões. Para administradores direta ou indiretamente responsáveis pela infração, a multa é de 1% a 20% da multa aplicada à empresa.

Além de infração administrativa, investigada e punida pelo Cade, cartel também configura crime no Brasil. A nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) aumentou as penas para quem participa de cartéis que fraudem o caráter competitivo dos certames (art. 337-F), ao prever reclusão de 4 a 8 anos e multa. Na legislação anterior (Lei nº 8.666/1993), a penalidade era de detenção de 2 a 4 anos e multa.

A Lei de Crimes contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/90) prevê ainda que cartel é crime punível com pena de 2 a 5 anos de reclusão ou multa. Para garantir que diretores e administradores sejam punidos criminalmente, o Cade vem incrementando de forma significativa a cooperação com a Polícia Federal, Polícias Civis e Ministérios Públicos Federal e Estaduais.

Por fim, membros de cartéis estão sujeitos ainda à persecução na esfera civil. Ações privadas de reparação de danos podem ser ajuizadas por qualquer pessoa física ou jurídica prejudicada, conforme disposto no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011, e também a ações civis públicas, de autoria do Ministério Público e outros legitimados.

COMO O CADE COMBATE OS CARTÉIS?

Quando recebe uma denúncia, o Cade analisa sua pertinência, verificando se há indícios suficientes que justifiquem uma investigação e se a matéria a ser investigada está no âmbito de sua competência legal. Por exemplo, não é da competência do Cade investigar irregularidades na elaboração e condução de processos licitatórios, tais como direcionamento, exigências desnecessariamente restritivas, má execução do contrato, e casos de corrupção. Essas infrações são fiscalizadas pelos Tribunais de Contas, órgãos de controle interno (como a Controladoria-Geral da União), autoridades policiais e Ministério Público.

Outra forma de o Cade iniciar uma investigação é por um Acordo de Leniência, por meio do qual um membro do cartel denuncia a prática ilícita e todos os demais participantes, apresentando documentos e informações que comprovem o conluio, em troca de imunidade administrativa e criminal. Para mais informações, acesse o Guia.

Durante a investigação, o Cade pode solicitar informações a outros órgãos públicos ou empresas, em busca de elementos que ajudem a esclarecer os fatos apurados. Pode ainda, via Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, obter autorização judicial para realizar operações de busca e apreensão para coletar provas de formação de cartel nos estabelecimentos dos investigados. Ao longo do processo, o Cade também coopera de forma significativa com as autoridades criminais que investigam a mesma prática anticoncorrencial.

Ao concluir sua investigação, o Tribunal do Cade condena ou absolve empresas e indivíduos pela prática de cartel.

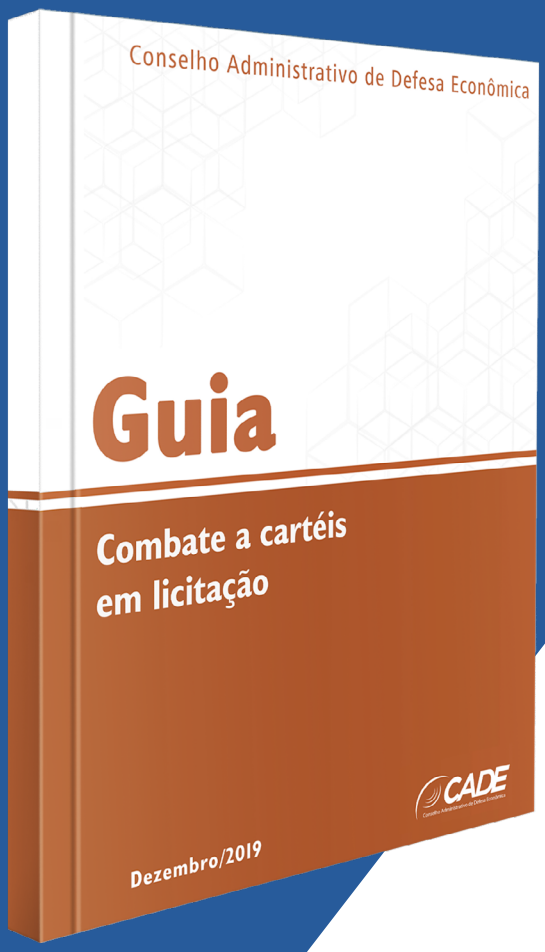
COMO REPORTAR INDÍCIOS DE CARTEL?

Agentes de contratação ou qualquer cidadão podem ajudar o Cade a desempenhar o seu papel de investigar e assegurar a punição de cartéis que fraudam o caráter competitivo das licitações públicas. Se você detectar alguns dos sinais de alerta informados neste Guia, entre imediatamente em contato com o Cade para denunciar a conduta.

Reúna o maior número possível de provas e indícios a que você tiver acesso, tais como os registros existentes das fases da licitação e as evidências de que as propostas não foram elaboradas de modo independente. Assim, documentos tais como o edital de licitação, propostas apresentadas, lances e diálogos registrados em sistemas eletrônicos de pregão, de contratos de subcontratação, podem ser úteis para fundamentar uma denúncia e auxiliar nas investigações do Cade. Além disso, a descrição do comportamento suspeito pelos participantes de licitações ou de outros aspectos que configuram indícios de conluio entre empresas auxiliam na compreensão dos fatos reportados.

Se você desconfia de condutas anticompetitivas entre empresas concorrentes em algum processo licitatório, denuncie por meio do Clique Denúncia disponível na página principal do site do Cade.

Quando solicitado, as denúncias podem ser anônimas e o Cade garante o sigilo total da identidade do denunciante.



Mais informações podem ser acessadas no Guia de Combate a cartéis em licitações do Cade e Diretrizes da OCDE.