

COMBATE A CARTÉIS EM LICITAÇÕES



Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das compras públicas federais 2021



Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais

Favor citar esta publicação como:

OCDE (2021), *Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais*

<https://www.oecd.org/competition/fighting-bid-rigging-in-brazil-a-review-of-federal-public-procurement.htm>

Este trabalho é publicado sob a responsabilidade do Secretariado-Geral da OCDE. As opiniões expressas e os argumentos utilizados nesta publicação não refletem necessariamente a posição oficial da OCDE ou dos governos de seus países-membros ou da União Europeia.

Este documento, assim como quaisquer mapas aqui incluídos, deve ser considerado sem prejuízo ao status ou soberania sobre qualquer território, à delimitação de fronteiras e de limites internacionais e ao nome de qualquer território, cidade ou área.

A OCDE possui duas línguas oficiais: Inglês e Francês. Apenas a versão em inglês deste relatório é oficial.

© OCDE 2021

Prefácio

As compras públicas desempenham um papel estratégico na economia de um país e na qualidade e eficiência dos serviços que o governo oferece aos seus cidadãos. Em 2020, o Brasil gastou cerca de R\$ 35,5 bilhões na contratação de bens, serviços e obras. Políticas de compras públicas robustas que visam combater os cartéis em licitações podem gerar economias significativas e contribuir para que os governos obtenham melhores relações de custo-benefício nas contratações.

Em toda a OCDE, os governos nacionais estão comprometidos a elaborar procedimentos de contratação pública que aumentem a concorrência e reduzam os riscos de cartéis em licitações. A Recomendação do Conselho da OCDE sobre o combate a cartéis em licitações públicas e as Diretrizes abrangidas pela Recomendação são instrumentos pioneiros que auxiliam os países a alcançar estes objetivos.

A OCDE tem trabalhado em estreita colaboração com os governos e órgãos públicos a fim de estimular e facilitar a implementação da Recomendação e das Diretrizes. Neste contexto, o Brasil solicitou o apoio da OCDE para aprimorar as práticas de compras públicas federais brasileiras e intensificar o combate a cartéis em licitações públicas.

O relatório contém recomendações sobre o quadro normativo e as práticas referentes a compras públicas federais com foco na elaboração das licitações e nas ações para aprimorar a detecção de cartéis em licitações. O primeiro grupo de recomendações foca na prevenção dos cartéis em licitações por meio da otimização dos processos licitatórios. O segundo conjunto de recomendações tem como foco a detecção de cartéis em licitações durante e após o procedimento licitatório, alertando a autoridade de concorrência sobre possíveis manipulações do procedimento licitatório.

A implementação das recomendações e a maior conscientização sobre os impactos negativos gerados pelos cartéis em licitações, associada à efetiva aplicação da legislação concorrencial pela autoridade de concorrência brasileira, contribuirá para que o Brasil possa combater os cartéis em licitações e alcançar melhores resultados nas contratações públicas. Os resultados positivos alcançados irão beneficiar os contribuintes brasileiros e a economia de maneira geral na forma de economia de recursos e melhor provimento de bens e serviços.

Agradecimentos

O presente relatório foi preparado por Iratxe Gurpegui e Jordi Calvet Bademunt, Especialistas em matéria de Concorrência, sob a supervisão de Despina Pachnou, Especialista em Concorrência, da Divisão de Concorrência da Diretoria de Assuntos Financeiros e Empresariais da OCDE. Os consultores Vera Monteiro e Rodrigo Iglesias forneceram valiosas contribuições e pesquisa jurídica. Antonio Capobianco, Chefe em exercício da Divisão de Concorrência da OCDE, e Sabine Zigelski, Especialista Sênior em Concorrência, forneceram comentários.

A OCDE expressa o seu agradecimento ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) pela cooperação, comprometimento e apoio durante este projeto. Em especial, a OCDE agradece a Alexandre Barreto, Presidente do Cade, Alexandre Cordeiro, Superintendente-Geral do Cade, Lucas Freire, ex-Coordenador da Unidade de investigação de cartéis em licitações do Cade, Carolina Andrade e Nayara Zago da Assessoria Internacional do Cade.

As informações e comentários recebidos dos *stakeholders* foram essenciais para este projeto. Em especial, a OCDE reconhece as contribuições de Marçal Justen Neto, advogado na Justen, Pereira, Oliveira & Talamini Advogados Associados; Rafael Gerard de Almeida Demuelenaere, Márcio Lima Medeiros e André Kuhn do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT); Thiago Anderson Zagatto, Euler Kleber Nunes dos Reis e Sorhaya Sampaio de Araujo do Tribunal de Contas da União (TCU); Renato Araújo, Sergio Tadeu Neiva Carvalho, Lea Marques Oliveira e Elizabeth Cosmo da Controladoria-Geral da União (CGU); Murilo Jacoby, advogado na Jacoby Fernandes & Reolon Advogados Associados; Caio Mário da Silva Pereira Neto, Mateus Piva Adami, Marina Cardoso de Freitas e Ricardo Ferreira Pastore da Pereira Neto e Macedo Advogados; Lara Brainer, Ganesh Inocalla, Cristiano Heckert, Renato Fenili, André Castro, José Antonio de Moura Ziebarth, e Wesley Lira do Ministério da Economia; Fábio Ramazzini Bechara Ministério Público Federal do Estado de São Paulo; Lauro Celidonio da Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústria de Base, ABDIB; Diogo Thomson de Andrade, Fernanda Machado, Ricardo Medeiros, Guilherme Resende, Felipe Roquete, Julia Ishihara e Luana Nunes Santana do Cade; Silvio Médici, Rafael Valim, e Flávia Rapatoni, da Associação Brasileira das Empresas de Engenharia de Trânsito(ABEETRANS); Rafael Lemos, Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Paula Nunan e Carla Rodegheri do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE); Alexandre Messa da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) do Ministério da Economia; Danilo Carlotti, pesquisador de ciência de dados do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper); Felipe Saboya do Instituto Ethos; Reynaldo Di Lorenzo Serpa Filho do Ministério Público Federal do Estado da Paraíba; Rafael Sérgio Lima de Oliveira da Advocacia-Geral da União (AGU); e Bruno Brandão e Guilherme Donegá da Transparência Internacional/Brasil.

O relatório contou também com contribuições e experiências compartilhadas durante o *workshop* organizado pela OCDE sobre o combate a cartéis em licitações voltado para promotores de justiça, realizado virtualmente entre os dias 1º e 4, e entre 8 e 11 de fevereiro de 2021. A OCDE agradece a todos os participantes, em especial aos palestrantes: Fernanda Machado e Felipe Roquete do Cade; Jordon Tomblin, Clotilde Caupin e Jean-Sébastien Rivard do *Competition Bureau* do Canadá; Eugenio Ruiz-Tagle e María de la Luz Daniel da *Fiscalía Nacional Económica* do Chile; Jorge Ferreira e Ana Sofia Rodrigues

da Autoridade da Concorrência de Portugal; Karina Flores Martínez da *Comisión Federal de Competencia* (COFECE) do México; Professor Albert Sanchez Graells da *University of Bristol Law School* do Reino Unido, que elaborou vídeos sobre a legislação e práticas de compras públicas para este projeto.

A OCDE organizou dois *workshops* sobre ações de reparação de danos para juízes e promotores de justiça brasileiros entre os dias 15, 16, 22 e 23 de março de 2021. A OCDE agradece aos painelistas: Sylvia Evers, juíza do Tribunal de Recursos de Arnhem-Leeuwarden da Holanda; Rodrigo Belon, Procurador-Chefe Adjunto do Cade; Ana Paula Martinez, sócia do Levy & Salomão Advogados, Brasil; Mercedes Pedraz, juíza da *Audiencia Nacional* da Espanha; Márcio Schusterschitz, Procurador da República do Ministério Público Federal do Estado de São Paulo; Jose Marcos Lunardelli, Desembargador do Tribunal Regional Federal do Brasil; Alden Caribé do Cade; Paul Crampton, Presidente do Tribunal de Justiça do Tribunal Federal do Canadá; Pedro Caro de Sousa, Especialista em Concorrência da OCDE; João Carlos Mayer Soares, Juíz Federal do Tribunal Regional Federal do Brasil; Peter Roth, Presidente do Tribunal de Recursos em matéria de Concorrência do Reino Unido; Gunnar Niels, sócio da Oxera do Reino Unido; Silvia Fagá, Consultora em Economia na LCA Consultores; e Diogo Thomson do Cade.

As opiniões expressas neste relatório não necessariamente refletem os posicionamentos das organizações ou indivíduos supramencionados.

O relatório foi editado por Tom Ridgway e preparado para publicação por Erica Agostinho, Assistente de Comunicação da Divisão de Concorrência da OCDE. Fábio Lopes de Sousa traduziu o relatório para o Português.

Sumário

Prefácio	3
Agradecimentos	4
Abreviações e acrônimos	9
Resumo	11
Parte I. Introdução e visão geral	13
1. Introdução e escopo do projeto	15
2. Visão Geral do regime de compras públicas no Brasil	17
3. Fases do procedimento licitatório	21
4. Combate a cartéis e advocacia da concorrência no Brasil	25
Parte II. Como adequar as leis e práticas de compras públicas no Brasil à Recomendação e às Diretrizes da OCDE sobre o combate a cartéis em licitações	35
5. O papel fundamental dos agentes de compras públicas	37
6. Elaboração de licitações embasadas em informações adequadas	41
7. Otimização da participação de licitantes verdadeiramente competitivos	55
8. Aperfeiçoando os termos das licitações e critérios de seleção de propostas	77
9. Transparência, publicidade e integridade das propostas apresentadas	85
10. Promoção da conscientização quanto aos riscos de cartel em licitação	93
11. Detecção e punição de cartéis	99
Anexo A. Minuta de Declaração de Elaboração Independente da Proposta	107
Anexo B. Acordos de Cooperação Técnica celebrados entre o Cade e outras instituições	109
Notas	111
Bibliografia	119

Tabelas

Tabela 3.1. Valor dos contratos em relação às modalidades de contratação	23
Tabela 4.1. Legislação sobre cartéis em licitações e instituições relevantes	25
Tabela 7.1. valores médios e total gerados pela ChileCompra entre 2015 e 2017	67
Tabela A.B.1. Acordos de cooperação técnica celebrados entre o Cade e outras instituições	109

Figuras

Figura 2.1. Valores dos contratos de cada entidade compradora no Brasil em relação ao percentual do valor total contratado, 2017-2019	20
Figura 6.1. Etapas do ETP	42
Figura 7.1. Modalidades de licitação em termos de valores contratados, 2017-2019	57

Quadros

Quadro 4.1. Projeto Cérebro	28
Quadro 4.2. Proibição de contratar com o setor público e participar em licitações	29
Quadro 4.3. Seleção de casos de cartéis em licitações públicas condenados pelo Cade	30
Quadro 4.4. O Projeto Alice	32
Quadro 4.5. Acordos de cooperação relacionados a cartéis em licitações assinados pelo Cade	33
Quadro 5.1. Programa Canadense de Certificação para os Agentes de Compras Públicas e os Agentes de Gestão de Patrimônio	39
Quadro 5.2. Apoio ao aperfeiçoamento do Sistema de contratações públicas da Lituânia, por meio da profissionalização da força de trabalho nacional	40
Quadro 6.1. Elementos do estudo de mercado de fornecedores	44
Quadro 6.2. Unidade de estudo de mercado do Instituto Mexicano do Seguro Social (IMSS)	46
Quadro 6.3. Emprego de consultores externos no IMSS	47
Quadro 6.4. Experiências internacionais em relação à participação dos fornecedores	48
Quadro 6.5. Investigação da COFECE em relação à manipulação de cotações de preço na etapa do estudo de mercado, México	49
Quadro 6.6. Consultas a fornecedores realizadas pela autoridade central de aquisições do Chile, <i>ChileCompra</i>	49
Quadro 6.7. Exemplos de perguntas para iniciar o diálogo com potenciais fornecedores	50
Quadro 6.8. Diretrizes elaboradas pelo estado de Queensland, Austrália, sobre a análise de mercado em termos de oferta	51
Box 6.9. Rede Federal de Compras Governamentais, Argentina	53
Quadro 7.1. Documento de orientação da OCDE, COVID-19: Concorrência e aquisições emergenciais	56
Quadro 7.2. Investigação conduzida pelo governo britânico sobre as compras públicas no contexto da pandemia de COVID-19	58
Quadro 7.3. Manual de compras públicas do Ministério de Administração Pública do México	59
Quadro 7.4. Licitação da Eletronuclear (Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51)	60
Quadro 7.5. Critérios aplicados pela OECD para determinar a competitividade dos consórcios	62
Quadro 7.6. Cartel em licitações de projetos de infraestrutura de metrô, Brasil	63
Quadro 7.7. Caso da Sabesp: Contornando as exigências de subcontratação por meio da sociedade em conta de participação	65
Quadro 7.8. Economias geradas pelos acordos-quadro no Chile	67
Quadro 7.9. Caso KL-Kuntahankinnat	68
Quadro 7.10. Divisão em lotes de contratação, Serviço Almojarifado Virtual Nacional	68
Quadro 7.11. Checklist da OECD para defesa da concorrência ao parcelar contratos de licitação em lotes	69
Quadro 7.12. Lista de verificação da OCDE para reduzir o risco de preços anormalmente baixos em licitações (ALT) e proteger a concorrência	73
Quadro 8.1. Incentivos de qualidade na licitação de transporte rodoviário de Londres	79
Quadro 8.2. Modificações dos contratos sob a Diretiva da EU relativa aos contratos públicos	82
Quadro 9.1. European Dynamics Luxemburgo e Outros contra a Comissão Europeia, Processo T-536/11	88
Box 9.2. Regras de divulgação de informações relativas às licitações públicas na França e na Alemanha	88
Box 10.1. Curso realizado pelo Cade e ENAP sobre a detecção de cartéis em licitações	94
Quadro 10.2. Programas de <i>compliance</i> na Argentina e Espanha	96
Quadro 11.1. Força tarefa de combate a cartéis em licitações, EUA	101
Quadro 11.2. Divulgação de documentos oriundos de acordos de leniência para ações de reparação de danos na UE	104
Quadro 11.3. Workshops realizados pelo Cade e OCDE sobre Ações de Reparação de Danos Concorrenciais	105

Abreviações e acrônimos

AGU	Advocacia-Geral da União
Alice	Análise de Licitações e Editais
ALT	Lances anormalmente baixos
BID	Banco Interamericano de Desenvolvimento
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CREA	Conselho Regional de Engenharia e Agronomia
PIB	Produto Interno Bruto
CGU	Controladoria -Geral da União
DOU	Diário Oficial da União
DNIT	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte
ENAP	Escola Nacional de Administração Pública
ETP	Estudo técnico preliminar
FNDE	Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação
GPA	Acordo sobre Compras Governamentais da Organização Mundial do Comércio
IMSS	Instituto Mexicano do Seguro Social
PAC	Plano Anual de Contratações
SEAE	Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade
SEGES	Secretaria de Gestão do Ministério da Economia
SICAF	Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores
SEPRAC	Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência
TCU	Tribunal de Contas da União

Resumo

O presente relatório foi elaborado como parte do acordo de cooperação entre a autoridade de concorrência brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), e a OCDE. O relatório avalia as regras e práticas de compras públicas federais brasileiras à luz da Recomendação e das Diretrizes da OCDE sobre combate a cartéis em licitações públicas.

O relatório tem como foco a legislação federal sobre licitações públicas em vigor no momento da redação deste documento pela OCDE. No momento de conclusão deste relatório, a nova lei federal de licitações foi adotada, em abril de 2021. Embora a nova lei não seja totalmente aplicável até o dia 1º de abril de 2023, o relatório leva em consideração as provisões legais pertinentes às recomendações apresentadas neste documento.

As compras públicas desempenham um papel estratégico na economia do país e na qualidade e eficiência dos serviços que o governo fornece aos seus cidadãos. Em 2020, o Brasil gastou cerca de R\$ 35,5 bilhões em bens, serviços e obras. Em 2017, as compras públicas representaram cerca de 13,5% dos gastos totais do governo brasileiro e aproximadamente 6,5% do PIB. (OCDE, 2019). Devido ao tamanho dos fluxos financeiros envolvidos, as compras públicas estão expostas a riscos de conluio entre fornecedores, assim como fraude e corrupção.

Este relatório apresenta recomendações para que o Brasil possa avançar na prevenção e detecção de cartéis em licitações à luz das Recomendações e Diretrizes da OCDE sobre o combate a cartéis em contratações públicas.

As recomendações principais incluem:

Reconhecer e aprimorar o papel fundamental dos agentes de compras públicas no combate a cartéis em licitações:

- Melhorar as condições de atuação e dos incentivos dos agentes de contratação pública e desenvolver uma estratégia de profissionalização e certificação, incluindo capacitação sobre combate a cartéis em licitações
- Melhorar e corrigir práticas sistemáticas na gestão da força de trabalho na área de compras públicas em vez de impor sanções individuais aos agentes públicos.
- Padronizar a interpretação das regras de contratação.

Elaborar procedimentos licitatórios embasados em informações adequadas:

- Tornar a pesquisa de mercado uma etapa obrigatória do estudo técnico preliminar para todos os processos de compras (possivelmente com exceção das licitações repetitivas de baixo valor, para as quais a pesquisa de mercado tenha sido realizada recentemente) e adotar diretrizes de como conduzi-la.
- Criar departamentos especializados em pesquisas de mercado dentro dos órgãos/entidades contratantes, ou garantir que os agentes públicos tenham recursos e apoio suficientes para realizar uma análise de mercado completa através das estruturas existentes.
- Tornar obrigatória a utilização de todas as fontes de informações mencionadas na Instrução Normativa nº 5/2014 sobre pesquisas de preços, e na Instrução Normativa nº 40/2020 sobre pesquisas de mercado, incluindo consultas prévias com fornecedores. Outras fontes de informação, como experiências internacionais ou condições locais de oferta e demanda também devem ser consideradas.

Maximizar a participação genuína dos licitantes:

- Restringir as condições sob as quais a dispensa ou inexigibilidade de licitação podem ser usadas.
- Desenvolver modelos obrigatórios para todos os tipos de compras e todas as fases do processo licitatório.
- Considerar opções para flexibilizar as regras para participação de empresas estrangeiras em processos licitatórios, permitindo a participação independente destas, não apenas como parte de um consórcio.
- Estar vigilante quanto à natureza competitiva ou anticompetitiva de subcontratações. O Cade deve se engajar em iniciativas de advocacia da concorrência para informar os agentes de compras públicas sobre os efeitos que as licitações e as subcontratações conjuntas podem ter sobre as condições competitivas das licitações.
- O Brasil deve tornar a contratação eletrônica (*e-procurement*) obrigatória e limitar as exceções ao seu uso aos casos em que a apresentação de amostras físicas ou maquetes seja necessária.

Melhorar os termos das licitações e critérios de adjudicação de contratos:

- Restringir a realização de contratações diretas que não estejam definidas em lista exaustiva e restrita a projetos que possam ser claramente beneficiados pelas inovações e expertise do setor privado.
- Incentivar os órgãos públicos a definir requisitos funcionais dos termos de licitação, baseados em desempenho, para que foquem no objetivo e não no método de implementação.
- Incentivar a adoção de critérios que não foquem apenas no preço para a seleção de propostas, como a técnica utilizada, quando a qualidade constitui uma dimensão relevante dos bens, serviços e obras contratadas.

Prestar atenção à transparência, publicidade e integridade das propostas apresentadas:

- Evitar que a versão completa do Plano Anual de Contratações (PAC) seja disponibilizada automaticamente ao público, bem como dar publicidade apenas à versão simplificada exigida pela Lei.
- Considerar a proteção de todas as informações presentes no ETP (estudo técnico preliminar) ao menos até a conclusão do processo licitatório.
- Não divulgar informações relativas à lista de candidatos pré-qualificados, propostas e licitantes ao menos durante o procedimento licitatório.

Aumentar a conscientização sobre os riscos de cartéis em licitações

- Incentivar uma maior coordenação entre o Cade e a SEAE (Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade) em seus esforços de advocacia da concorrência e adotar um papel consultivo mais ativo sobre a legislação de compras públicas e os procedimentos de compras estratégicas, complexas ou de alto valor.
- Estabelecer um programa de capacitação abrangente e de longo prazo para agentes de compras públicas sobre prevenção e combate a cartéis em licitações, como promotores públicos.

Detecção e punição de cartéis:

- Esclarecer quais tipos de condutas anticompetitivas são investigadas por cada autoridade brasileira – Cade, Ministério Público, CGU (Controladoria Geral da União) e TCU (Tribunal de Contas da União). Isso pode ser feito por meio da publicação de documentos de orientação.
- Incentivar ativamente os agentes de compras públicas a relatar ao Cade qualquer indício de cartel em licitação antes de anular o processo de compra e antes que o órgão ou entidade que conduz a licitação inicie uma investigação sobre o procedimento.
- Desenvolver as aptidões e competências técnicas dos tribunais cíveis e dos juízes que tratam de ações de reparação de danos concorrenciais.

Parte I. Introdução e visão geral

1. Introdução e escopo do projeto

1.1. A atuação da OCDE no combate a cartéis em licitações

O cartel em licitação ocorre quando empresas que deveriam competir de forma legítima entre si conspiram secretamente para aumentar os preços ou diminuir a qualidade dos bens ou serviços ofertados no curso do processo licitatório.

As compras públicas constituem uma das principais atividades econômicas dos governos e representam parcela considerável do Produto Interno Bruto (PIB).

Um volume significativo dos valores pagos pelos contribuintes é revertido para o provimento de serviços de interesse público geral e cumprimento do mandato da Administração Pública. Espera-se que as instituições governamentais implementem os processos de contratação em consonância com os princípios de integridade, transparência, responsabilidade, eficiência, efetividade e concorrência.

O conluio entre concorrentes em licitações prejudica os resultados e a integridade dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública e tem efeitos negativos nos serviços públicos ofertados e nas economias nacionais. Estudos demonstram que a prática pode resultar em um aumento de até 20% do valor dos itens contratados (Smuda, 2015). Em alguns casos, este percentual pode ser ainda maior. Para ilustrar, o Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade - realizou um estudo que estimou sobrepreço de 25% do produto analisado (portas de segurança giratórias) em razão de esquema de cartel em licitação¹.

A prática deletéria é considerada ilegal entre todas as jurisdições da OCDE e está prevista como crime em 29 dos 37 dos Estados-membros². Além de ser uma infração administrativa, a prática também é tipificada como crime no Brasil. O combate a cartéis em licitações públicas tem sido prioridade para o Cade há bastante tempo e a autoridade possui uma coordenação dedicada a investigar tais práticas que tem sido extremamente ativa nos últimos dez anos (OCDE, 2019).

A prevenção e a detecção de cartéis em licitações são de suma importância para garantir a concorrência dos processos de contratação e a otimização do uso dos recursos pelo setor público.

O combate a cartéis em contratações públicas assume tamanha importância que a OCDE elaborou, em 2009, as Diretrizes para Combater o Conluio entre Concorrentes em Contratações Públicas (“*Diretrizes*”) (OCDE, 2009), e, posteriormente, em 2012, a Recomendação (“*Recomendação*”) (OCDE, 2012), que incentiva os governos a avaliar as respectivas leis e práticas de contratações públicas – em todos os níveis governamentais – a fim de promover maior concorrência e reduzir o risco de conluio nos certames públicos.

Baseadas em boas práticas internacionais, as Diretrizes oferecem orientações às instituições públicas em relação ao desenho das licitações, a fim de reduzir o risco de conluio entre concorrentes, e à detecção desta prática anticoncorrencial no curso da licitação. Ao identificar uma série de características de mercado que podem facilitar o conluio entre os concorrentes nas contratações, as Diretrizes apresentam dois *checklists*. O primeiro, que diz respeito à prevenção, orienta a adequada elaboração dos processos licitatórios para reduzir riscos de conluio. O segundo, inclui diretivas sobre como detectar cartel durante e após o processo de licitação por meio da identificação de padrões de preços suspeitos e comportamentos

dos licitantes, assim como informações que possam chamar a atenção dos servidores públicos encarregados pela contratação para possíveis manipulações do processo de compra pública.

A Recomendação e as Diretrizes se tornaram referências globais e têm auxiliado os países a avaliar o seu quadro legal de contratações públicas e a implementar reformas e aprimoramentos favoráveis à concorrência. Ambos serviram de base para o desenvolvimento de estratégias nacionais de combate a cartéis em licitações, orientação quanto ao desenho de processos licitatórios pró-competitivos e estruturação de programas de advocacia da concorrência e treinamento para servidores públicos quanto aos riscos de conluio nas contratações. Estes instrumentos serviram também para o desenvolvimento de ferramentas de detecção de cartéis em licitações (OCDE, 2016).

A OCDE tem apoiado entidades públicas no México, Colômbia, Argentina e, atualmente, no Brasil, Ucrânia e Peru no processo de revisão dos regimes e práticas em compras públicas promovendo maior alinhamento em relação às Diretrizes e Recomendação³.

1.1. Escopo do projeto

Em 2019, o Cade solicitou o apoio da OCDE para a avaliação da legislação e práticas de contratações públicas federais à luz das Diretrizes e Recomendação. O pedido foi formalizado por meio de um acordo de cooperação assinado no dia 17 de julho de 2019.

Este relatório responde a solicitação do Cade e analisa o quadro regulatório e as práticas de compras públicas federais no Brasil. As recomendações apresentadas orientam quanto à prevenção de conluio entre concorrentes nas contratações públicas por meio do desenho de processos licitatórios competitivos e efetivos e aperfeiçoamento da detecção de esquemas colusivos. Estas recomendações se baseiam na *Recomendação e Diretrizes* da OCDE entre outras boas práticas internacionais. Como parte do projeto, a OCDE promoveu a capacitação de servidores públicos de alto escalão da área de compras públicas sobre os riscos e as formas existentes de cartéis em licitações e as boas práticas da OCDE no desenho de processos licitatórios competitivos. A OCDE organizou também *workshops* para altos dirigentes de diversas entidades públicas, incluindo o Tribunal de Contas da União (TCU), o Ministério Público Federal (MPF) e o Ministério Público do Estado de São Paulo sobre ações de reparação de danos concorrenciais.

O relatório debruça-se sobre a **Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos** (Lei 8.666/1993), a **Lei do Pregão** (10.520/2002) e o **Regime Diferenciado de Contratações Públicas** (Lei 12.462/2011). Na etapa de conclusão deste relatório, foi aprovada a nova Lei de Contratações Públicas (Lei 14.133/2021) que substituiu e harmonizou a legislação supramencionada, que em grande medida continuará em vigor até o dia 1º de abril de 2023.⁴ O relatório analisa, sempre que pertinente, se a nova lei contempla as recomendações da OCDE.

Este relatório aborda também as práticas das principais entidades governamentais com maior volume de aquisições de bens e serviços para a Administração Pública, incluindo o **Ministério da Educação** e o **Ministério da Infraestrutura** (em particular, o **Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes**).

As concessões,⁵ as parcerias público-privadas,⁶ e os contratos celebrados pelas Empresas Estatais⁷ não são abrangidos neste relatório.

2. Visão Geral do regime de compras públicas no Brasil

2.1. Quadro legal de compras públicas no Brasil

O mercado de contratações públicas no Brasil é considerável. Em 2020, as despesas das entidades públicas federais para aquisição de bens e serviços foram estimadas em cerca de R\$ 35.5 bilhões⁸. Em 2017, as aquisições públicas representaram cerca de 13.5% das despesas totais do governo ou aproximadamente 6.5% do PIB.

As compras públicas federais no Brasil são disciplinadas pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei do Pregão e o Regime Diferenciado de Contratação, assim como instruções normativas expedidas, em grande medida, pelo Ministério da Economia.⁹

A Lei Geral de Licitações (Lei 8.666/1993) regulamenta o regime geral de compras públicas para a contratação de obras, bens e serviços em nível nacional, abrangendo as entidades federais, estaduais e municipais. No entanto, os Estados e Municípios podem regulamentar as previsões da Lei 8.666/93, de acordo com as especificidades locais.

Os servidores públicos entrevistados pela OCDE apontaram que a Lei de Licitações precisa ser atualizada e adaptada de acordo com as práticas internacionais vigentes. Por exemplo, 1) as contratações públicas realizadas ao abrigo desta lei não são conduzidas eletronicamente; 2) a abertura e comprovação das qualificações técnicas e econômicas das propostas de licitação é sempre precedida pela fase de habilitação dos participantes, algo relevante para projetos complexos, como as obras de engenharia, porém dispensável nas contratações de matéria-prima; 3) a provisão atual relativa ao sistema de recursos suspende o processo de aquisição e possibilita que as decisões sejam impugnadas em diferentes fases intermediárias, o que, de acordo com os servidores públicos entrevistados atrasa significativamente o processo de contratação, se utilizado de forma abusiva.

Ao longo dos anos tem havido uma série de tentativas de modificação da Lei de Licitações. Aliás, um projeto de lei de 1995 estava sendo discutido no Senado Federal por ocasião da redação do texto que resultou, por fim, na adoção da Lei 14.333/2021, que será plenamente aplicável a partir de 1º de abril de 2023.¹⁰ Neste ínterim, as leis de 2002 e 2011 foram adotadas a fim de preencher as lacunas da Lei 8.666/93 e regular processos específicos, permanecendo, porém, limitadas em seu escopo de aplicação. A legislação inclui a **Lei do Pregão** (10.520/2002), que regula os pregões destinados à aquisição de bens e serviços considerados comuns (apesar de possuir uma aplicação mais ampla na prática)¹¹ e a **Lei do Regime Diferenciado de Contratação** (Lei 12.462/2011), que originalmente foi elaborada para a contratação de projetos específicos de engenharia.

Ao contrário da Lei de Licitações, a Lei do Pregão permite que as contratações sejam realizadas por meio do sistema eletrônico de compras do Governo Federal, ComprasNet. O critério adotado na classificação das propostas na modalidade pregão é sempre o do menor preço e a habilitação dos proponentes acontece após a escolha da proposta vencedora. Ainda que a lei tenha sido implementada para a

aquisição de bens e serviços considerados de uso comum, o pregão tem sido utilizado de forma mais ampla no Brasil. As entidades públicas interpretam de forma genérica o escopo da Lei do Pregão e consideram comuns todos os bens e serviços que podem ser classificados por meio do critério de menor preço.

O escopo da Lei do Regime Diferenciado de Contratação também tem sido compreendido e aplicado de forma abrangente desde a sua adoção em 2011. A regulação foi concebida originalmente para a contratação das obras por ocasião da Copa do Mundo de 2014, os Jogos Olímpicos e serviços e obras de infraestrutura aeroportuária, porém tem sido aplicada atualmente nos contratos de obras e serviços de engenharia em diferentes setores, incluindo saúde pública, penitenciárias, segurança pública e mobilidade urbana.¹² Recentemente, a utilização do regime foi autorizada para a aquisição de compras urgentes relacionadas à pandemia de COVID-19.¹³

A Lei do Regime Diferenciado de Contratação prevê a possibilidade de utilização de procedimentos eletrônicos. A abertura e avaliação das propostas técnicas e de preço pode ser realizada antes ou depois da habilitação dos proponentes e as propostas podem ser apresentadas em envelopes lacrados (ou meios eletrônicos criptografados) ou através do pregão eletrônico.

O Ministério da Economia adotou regulamentos que visam sofisticar os processos de contratação, tornando-os mais efetivos e eficientes. No entanto, os atores e agentes de contratações públicas defendem que os métodos introduzidos por esses regulamentos possuem limitações, de modo que a adoção de uma nova lei que possa harmonizar a legislação existente seria uma melhor solução. A nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021), publicada na fase de conclusão da redação deste relatório, foi apresentada como uma solução de compromisso razoável. As principais inovações introduzidas pela lei consistem em: 1) capítulo dedicado aos agentes públicos responsáveis pelas contratações públicas (Título I, Capítulo IV), e 2) enfoque particular na fase preparatória das licitações, com o requisito expresso de elaboração de um estudo técnico preliminar (ETP, Título II, Capítulo II).

A Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos é aplicável na celebração e execução de todas as contratações públicas independentemente do tipo de licitação.

2.2. Instituições públicas envolvidas nas contratações públicas

O **Tribunal de Contas da União (TCU)**¹⁴ é o órgão de controle externo do Governo Federal brasileiro.¹⁵ O TCU atua como um órgão de fiscalização federal e é responsável pela auditoria, investigação e apuração de denúncias de terceiros, como licitantes, cidadãos ou organizações da sociedade civil, acerca de irregularidades nos processos de contratação pública ou quaisquer processos de contratação envolvendo recursos da União.

As auditorias podem ser realizadas por iniciativa própria do TCU ou mediante solicitação da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Ao investigar irregularidades nos contratos públicos, o TCU pode aplicar medidas disciplinares – como multas – aos funcionários públicos; sanções aos agentes econômicos, como proibição de contratação com o poder público por um prazo de até cinco anos;¹⁶ e a anulação da licitação (ver Seção 4.2). A maior parte dos recursos do TCU tem sido direcionada à investigação, tendo em vista que o órgão recebe uma quantidade considerável de denúncias e deve respondê-las em prazos estritos.

A **Controladoria-Geral da União (CGU)** é o órgão de controle interno do Governo Federal encarregado pela auditoria e controle do patrimônio público.¹⁷ O órgão é responsável também pela gestão do Portal da Transparência¹⁸, meio pelo qual a Administração Pública presta contas dos gastos do governo federal, e o Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão (e-SIC)¹⁹ que atende aos pedidos eletrônicos de informação encaminhados por pessoas físicas ou jurídicas.

A CGU também é competente pela prevenção, detecção e penalização dos casos de corrupção e má gestão dos recursos públicos federais ao abrigo da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013).²⁰ O órgão possui competência para impor sanções disciplinares aos agentes públicos e multas administrativas aos agentes econômicos – que podem atingir até 20% do faturamento bruto -, além de proibir a contratação com o poder público como punição pelos atos de corrupção. Ademais, a CGU é competente para celebrar acordos de leniência com as empresas que tenham tido envolvimento em casos de corrupção (ver seção 4.2).

De acordo com a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)²¹, a CGU é encarregada também pela manutenção do Cadastro de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), que reúne informações sobre as pessoas físicas e jurídicas impedidas de licitar com a Administração Pública e de celebrar contratos com o Governo Federal, assim como informações sobre as empresas condenadas pelo Cade proibidas de participar em licitações.

A Advocacia Geral da União (AGU) representa judicialmente a União perante o Poder Judiciário e presta consultoria e assessoramento jurídico aos órgãos do Poder Executivo federal. A AGU possui membros designados para atuar em todos os níveis do governo federal em diferentes ministérios e entidades setoriais da Administração Pública. No âmbito das compras públicas, a AGU é responsável pelo controle da legalidade dos processos de aquisições e contratações públicas. Os editais de licitação devem ser aprovados pela AGU antes de serem publicados e os contratos públicos devem ser considerados legais antes de suas assinaturas.²² A avaliação realizada pela AGU verifica a conformidade legal dos editais de licitação, termos de referência e contratos, porém não analisa se os processos licitatórios são competitivos ou estratégicos. A fim de facilitar a análise legal, a AGU estabeleceu documentos padrão para procedimentos específicos (ver Seção 7.2).²³

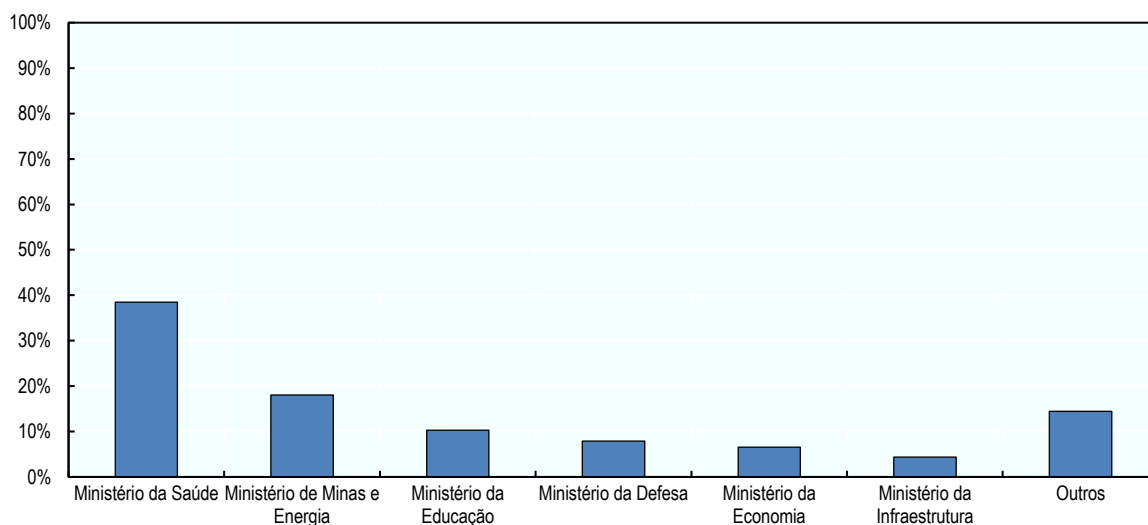
A Secretaria de Gestão (SEGES), pertencente ao Ministério da Economia, foi criada em abril de 2019 e é competente pela formulação e implementação de planos estratégicos e iniciativas de inovação da gestão pública.²⁴ Entre as suas atribuições estão a proposição de leis ou adoção de regulações complementares, promoção da integração das contratações no nível federal, e a gestão do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais (SIASG), também conhecido como ComprasNet, o sistema eletrônico de compras do Governo Federal. O sistema oferece suporte a todas as etapas do processo de licitação na modalidade pregão e também aos processos de compras através do Regime Diferenciado de Contratação realizados eletronicamente. O ComprasNet inclui: 1) o Catálogo de material/Catálogo de serviço (CATMAT/CATSER); 2) o painel de preços, que lista os preços pagos pela Administração Pública por unidade de bens e serviços e permite que os gestores públicos estimem os custos de aquisições futuras; 3) o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), que facilita a avaliação da qualificação legal e financeira e cumprimento das obrigações fiscais dos licitantes; e 4) o painel de compras, que fornece informações do plano anual de contratações, processos de contratação e contratos.

A Escola Nacional de Administração Pública (Enap) é uma entidade pública vinculada ao Ministério da Economia. A ENAP promove, elabora e executa programas de capacitação para os agentes públicos, incluindo cursos de curta e longa duração e módulos de formação presencial, em formatos híbrido e à distância. Em parceria com o Cade, a Enap desenvolveu um curso virtual sobre a Prevenção e Detecção de Cartéis em Licitações para os agentes públicos que atuam nos processos de compras públicas (Ver seção 10.2).

2.3. Principais compradores na esfera federal

A Error! Reference source not found. apresenta os principais compradores no Brasil, em termos de valor dos contratos. Para fins de elaboração deste relatório, a OCDE entrevistou diversos *stakeholders*, dentre os quais autoridades dos principais órgãos públicos compradores, incluindo o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes (DNIT), e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). O relatório diz respeito às práticas adotadas por estas entidades.

Figura 2.1. Valores dos contratos de cada entidade compradora no Brasil em relação ao percentual do valor total contratado, 2017-2019



Fonte: Portal da Transparência (www.portaltransparencia.gov.br).

O **DNIT** é uma autarquia vinculada ao Ministério da Infraestrutura responsável pela manutenção, construção e operação da infraestrutura do sistema federal de viação, incluindo os modais rodoviário, ferroviário e aquaviário. Os gastos com contratações públicas de bens e serviços pelo DNIT somam cerca de R\$ 8 bilhões ao ano.

O **FNDE** é uma autarquia vinculada ao Ministério da Educação competente pela centralização das contratações de bens e serviços necessários para o sistema de educação brasileiro, em especial os programas de educação básica das escolas públicas.

3. Fases do procedimento licitatório

De maneira geral, todos os processos licitatórios podem ser divididos em três fases: 1) fase de planejamento da contratação; 2) Seleção do fornecedor, incluindo a publicação do edital, apresentação das propostas e adjudicação do contrato; 3) Gestão do contrato.

3.1. Fase de Planejamento da Contratação

Na fase de planejamento da contratação, são estabelecidas as características e parâmetros do processo de contratação pública, incluindo a definição das necessidades da entidade contratante, delimitação de potenciais mercados para fornecimento dos itens contratados e decisão quanto à modalidade de contratação mais apropriada.

Desde 2019, os órgãos ou entidades públicas devem elaborar o Plano Anual de Contratações (PAC),²⁵ que consolida todas as compras e contratações planejadas para o exercício financeiro do ano seguinte. O documento deve ser baseado nas demandas e no orçamento atribuído à entidade federal e registrado em formulário específico disponível no ComprasNet.

A entidade ou unidade requisitante (ou seja, os órgãos ou entidades da Administração Pública que demandam os bens ou serviços) inicia o processo de contratação baseando-se nas informações contidas no PAC. Em seguida, a entidade licitante (eventualmente independente do setor requisitante) estabelece uma **equipe de planejamento da contratação** composta por servidores das unidades requisitante, técnica e administrativa.

As entidades públicas têm sido instadas a elaborar um **estudo técnico preliminar** (ETP) para a contratação de bens, serviços e obras públicas²⁶. Esta exigência entrou em vigor em 1º de julho de 2020 e, anteriormente, aplicava-se apenas às contratações restritas aos serviços²⁷ de tecnologia da informação e comunicação (TIC).²⁸ O estudo permite que as unidades requisitantes possam entender de forma mais clara as suas demandas e buscar soluções de mercado adequadas.

Os órgãos públicos devem conduzir também uma **pesquisa de preços** a fim de estimar o valor máximo aceitável de uma proposta.²⁹

Em relação às contratações de valor elevado (atualmente, acima de R\$ 150 milhões), a entidade pública deve realizar uma **audiência pública** com antecedência mínima de 15 dias úteis da data prevista de publicação do edital de licitação. As audiências são abertas ao público em geral e tem como propósito tornar o processo de contratação mais transparente à medida que estabelece um canal de diálogo sobre a legalidade e adequação do processo de contratação em relação às necessidades da Administração Pública.³⁰

Após os procedimentos supramencionados, as informações recolhidas são utilizadas na definição dos **termos de referência** de bens e serviços ou **projeto básico** (as condições principais do projeto) para obras públicas e serviços de engenharia. Nesta etapa, a autoridade responsável pela contratação deve definir a modalidade de contratação, o objeto do contrato, as quantidades, especificações técnicas, prazos para execução e garantias contratuais. Os editais relativos à contratação de obras públicas devem incluir também especificações detalhadas.

3.2. Seleção do Fornecedor

A etapa de seleção do fornecedor tem início a partir da publicação do **instrumento convocatório** ou do edital de licitação no Compras Net e no Diário Oficial da União (DOU).

O processo de licitação diverge dependendo do método de licitação. Como explicado abaixo, as contratações conduzidas em conformidade com a Lei Geral de Licitações são conduzidas em caráter presencial. Por sua vez, os pregões são sempre conduzidos eletronicamente, enquanto as licitações ao abrigo do Regime Diferenciado de Contratação podem ocorrer tanto presencialmente, como por meio de processo eletrônico. A **entrega das propostas** pode ser realizada presencialmente em endereço específico ou remetidas por via postal. Em linha com as Diretrizes da OCDE, os licitantes devem assinar uma Declaração de elaboração independente da proposta (ver Anexo A).³¹

A **fase de abertura e análise das propostas** também pode variar a depender da modalidade de licitação. Nos processos conduzidos nos termos da Lei Geral de Licitações, a habilitação técnica e legal dos fornecedores ocorre antes da análise de quaisquer propostas de preços. Nos pregões, as propostas de preços são analisadas antes da qualificação dos licitantes. No âmbito do regime diferenciado de contratação, ambas as alternativas são aceitas. Após a fase de verificação dos requisitos de qualificação, os licitantes não podem retirar a oferta apresentada.³²

O SICAF, o cadastro eletrônico de fornecedores, facilita a avaliação da elegibilidade legal, fiscal, econômica e financeira dos licitantes.³³ Para participar em uma licitação, os fornecedores registrados no SICAF precisam apresentar apenas um certificado de cadastro eletrônico ao invés de ter que entregar todos os documentos comprobatórios de elegibilidade. O cadastro no SICAF é válido por um ano e de fácil atualização.³⁴

Modalidades de contratação

A Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (8.666/93) prevê **quatro modalidades diferentes em relação aos processos de contratação pública**:

- **Concorrência**³⁵: modalidade aberta a todos os licitantes. Os participantes devem remeter dois envelopes lacrados. O primeiro envelope contém os documentos que comprovam a habilitação, em atenção aos requisitos de elegibilidade e aptidão para celebrar contratos com a Administração Pública,³⁶ o segundo contém a proposta de preços. A autoridade responsável pela licitação analisa primeiro a qualificação e, posteriormente, abre a proposta de preço do licitante habilitado.
- **Tomada de preços**³⁷: Modalidade semelhante à anterior, porém restrita aos licitantes cadastrados no SICAF ou que cumpram com os requisitos de cadastramento até o terceiro dia útil que antecede a submissão da proposta. O cadastro dos licitantes agiliza e facilita a fase de qualificação. A principal diferença entre a modalidade de concorrência e tomada de preços reside no prazo de publicação do edital e no valor da contratação. Nesta modalidade, o prazo entre a publicação do edital e data de entrega das propostas é de apenas 15 dias, enquanto na modalidade de concorrência o prazo é de 30 dias. Além disso, o valor das contratações deve respeitar certos limiares. (ver Tabela 3.1).
- **Convite**: A entidade responsável pela licitação convida no mínimo três fornecedores em potencial da indústria relevante. O convite é tornado público e podem dele participar quaisquer fornecedores cadastrados no SICAF, que manifestem interesse em participar no prazo de até 24 horas antes da data de abertura das propostas.³⁸ Os servidores públicos e agentes econômicos entrevistados pela OCDE apresentaram dúvidas frequentes quanto à imparcialidade da escolha dos contratos nessa modalidade. De acordo com decisão do TCU, esta modalidade será aceita apenas quando ao menos três fornecedores tenham apresentado propostas válidas e concorrido de forma legítima.

- **Concurso:** Modalidade utilizada para contratação de trabalho técnico, científico ou artístico. O processo é organizado no formato de uma competição mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores. O edital do concurso apresenta as diretrizes e qualificações exigidas dos participantes.

Além da modalidade Concurso, que é aplicável às contratações que exijam elevado conhecimento técnico, científico ou artístico, os demais métodos de contratação são escolhidos tendo como base o valor da contratação (ver Tabela 3.1).

Tabela 3.1. Valor dos contratos em relação às modalidades de contratação

	Convite	Tomada de preço	Concorrência
Obras Públicas e serviços de engenharia	Até R\$ 330.000	Até R\$ 3,3 milhões	Acima de R\$ 3,3 milhões
Bens e serviços (exceto serviços de engenharia)	Até R\$ 176.000	Até R\$ 1,43 milhões	Acima de R\$ 1,43 milhões

Fonte: Decreto nº 9412/2018, www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/decreto/D9412.htm.

Além das modalidades previstas na Lei Geral de Licitações, os entes federativos podem utilizar a Lei do Pregão para a contratação de bens e serviços comuns (ver Seção 2.1). Nesta modalidade, é contratada a proposta que apresentar o menor preço ou o maior desconto, desde que o licitante cumpra com os requisitos de habilitação. Os lances e propostas ocorrem antes da fase de qualificação e a licitação pode ser realizada de forma eletrônica.³⁹ O pregão eletrônico pode se utilizar do “modo de disputa aberto” ou o “modo de disputa aberto e fechado”. O modo de disputa aberto é caracterizado pela apresentação das propostas nos primeiros dez minutos da sessão pública, com dois minutos de prorrogação para a apresentação de propostas suplementares. Caso nenhuma proposta seja apresentada, a sessão é encerrada. Se um dos participantes realizar uma nova oferta, ocorrerá mais uma prorrogação de dois minutos e assim sucessivamente. O modo de disputa aberto e fechado é realizado em três fases: 1) os licitantes devem enviar os lances em até 15 (quinze) minutos; 2) encerrado esse prazo, o tempo para envio dos lances será aleatoriamente determinado – entre 10 (dez) segundos a 15 (quinze) minutos -, sem que os participantes saibam a duração exata do novo prazo; e 3) o participante com o valor mais baixo e os autores das propostas com valores até dez por cento superior àquela (ou os três licitantes que ofereceram lances mais baixos, independentemente da diferença entre cada uma) poderão apresentar um lance final e fechado em até cinco minutos. Dentre os diferentes métodos de licitação, o pregão eletrônico é a modalidade mais utilizada (ver Figura 7.1).

No caso de serviços específicos, obras e construções de engenharia, as entidades públicas podem utilizar também o Regime Diferenciado de Contratações, que possibilita diferentes opções de contratação. Nesta modalidade, a licitação pode ser realizada presencialmente ou eletronicamente, por meio do ComprasNet, a análise das propostas pode ser feita antes ou depois da habilitação dos licitantes e os órgãos responsáveis pela licitação podem adotar a modalidade de concorrência (com o procedimento do envelope lacrado) ou do pregão para a análise das propostas.

O regime diferenciado permite também que as entidades públicas possam utilizar a contratação integrada, que dispensa a realização de projeto básico para a contratação de serviços e obras de engenharia. No âmbito da Lei de Licitações, o projeto básico detalhando todas as especificações técnicas é elaborado pela entidade responsável pela licitação e se trata de requisito para a contratação de obras e serviços de engenharia, de modo que o governo é responsável por tais especificações. O regime de contratação integrada possibilita que a entidade compradora publique apenas o anteprojeto de engenharia incluindo os principais elementos técnicos da obra ou serviço. As empresas participantes assumem a responsabilidade pela elaboração do projeto básico completo e das especificações técnicas.

A modalidade de concorrência pode ser utilizada em qualquer contratação público Brasil. **A Dispensa ou a Inexigibilidade de Licitação** é possível apenas em contextos específicos, como guerras, situações

emergenciais, desastres naturais, compras de baixo valor⁴⁰, fornecedor exclusivo, serviços técnicos especializados e contratação de profissionais renomados.⁴¹ As entidades públicas contratantes devem expor à AGU os motivos da dispensa de licitação, a justificativa para a escolha do fornecedor, assim como do pagamento do preço, órgão que controla a legalidade das contratações públicas. A dispensa de licitação deve ser autorizada pela autoridade máxima do órgão (por exemplo, o Ministro se a entidade for um Ministério).

Critérios para a seleção da proposta mais vantajosa

Os critérios para seleção da proposta mais vantajosa nas contratações públicas são:

1. **Menor preço.**
2. **Melhor Técnica.** Adotado na contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização e gerenciamento de engenharia consultiva. Este tipo de critério abrange a negociação do preço com o proponente que apresentou a proposta técnica mais vantajosa.
3. **Técnica e preço.**⁴²

No regime diferenciado de contratações é possível que a proposta ganhadora da licitação seja escolhida também com base no critério de **maior retorno econômico**, quando, por exemplo, a execução do projeto resulta em grande economia para a Administração Pública no longo prazo.

Gestão do contrato

A Administração Pública pode exigir do contratado garantia contratual nas formas de caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, que não excedam 5% do valor do contrato. A entidade contratante mantém a garantia contratual até a execução do objeto do contrato.⁴³

A Administração pode modificar o contrato unilateralmente em algumas circunstâncias, sendo possível também modificá-lo caso ambas as partes estejam em comum acordo. A entidade contratante também poderá impor sanções, em caso de atrasos de fornecimento⁴⁴ e rescindir o contrato em certas circunstâncias, como nos casos de execução incompleta da obra.⁴⁵

Sistema de recursos

A apresentação de recursos contra o resultado de uma contratação pública pode ser realizada por toda e qualquer parte interessada, que considere que a Lei Geral de Licitações não tenha sido aplicada de forma adequada. O recurso deve ser apresentado em até cinco dias antes do início da fase de habilitação.⁴⁶

Nas contratações realizadas ao abrigo da Lei Geral de Licitações, os licitantes podem interpor recurso contra a decisão da entidade contratante em relação à habilitação dos participantes e a seleção da proposta em caso de supostas irregularidades. Os recursos são comuns e têm efeito suspensivo. No pregão eletrônico, os proponentes podem interpor recursos também em relação ao vencedor do certame.

Além dos recursos administrativos, os licitantes podem utilizar medidas judiciais. No Brasil, a Ação judicial contra o resultado de uma licitação dispensa a interposição prévia de recurso administrativo.

4. Combate a cartéis e advocacia da concorrência no Brasil

A legislação concorrencial desempenha um papel fundamental na prevenção, detecção e punição de esquemas de conluio entre concorrentes nas contratações públicas. O combate a cartéis, em particular cartéis em licitação, tem sido uma prioridade para o Cade, especialmente desde a aprovação da nova Lei de Concorrência em 2011. O Cade deu início a numerosas investigações de cartéis, incluso em licitações, como resultado do foco na persecução destas práticas anticompetitivas e o uso intensivo de ferramentas de investigação.

4.1. Legislação sobre cartéis em licitações

Os cartéis em licitação constituem tanto uma infração administrativa quanto um crime no Brasil. O quadro regulatório é formado por ao menos cinco leis aplicadas por ao menos quatro órgãos públicos. A mesma conduta pode ser abrangida por mais de uma lei. Além disso, os infratores estão sujeitos à responsabilidade civil, regulamentada pelo menos por três leis diferentes. A Tabela 4.1 apresenta um panorama das leis que podem ser aplicáveis aos casos de cartel em licitações.

Tabela 4.1. Legislação sobre cartéis em licitações e instituições relevantes

Lei	Esfera	Tipo de conduta	Pena	Instituição
Responsabilidade criminal ou civil				
Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011)	Administrativa	Acordos entre concorrentes	Multas, Proibição de contratar com o poder público, cisão de ativos, publicação da decisão, inclusão em um cadastro, sanções pessoais	Cade
Lei de crimes contra a ordem econômica (Lei 8.137/1990)	Penal	Acordos entre concorrentes a fim de distorcer o mercado	Reclusão, multa	Ministério Público
Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940)	Penal	Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública	Reclusão, multa, outros	Ministério Público
Lei de Licitações (Lei 8.666/1993)	Penal	Frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, por meio de acordo entre concorrentes	Reclusão, multa, proibição de contratar com o poder público	Ministério Público, TCU
Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013)	Administrativa, cível	Atentar contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, inclusive por meio de cartel em licitação	Multa, publicação da decisão, reparação do dano	Órgão público lesado ou CGU
Responsabilidade Civil				
Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011) e Código Civil (Lei 10.406/2002)	Cível	Danos por condutas anticompetitivas	Reparação	Parte lesada
Lei 7.347/1985	Cível	Danos, entre outros, causados ao tesouro público	Reparação	Órgãos públicos específicos
Lei 4.717/1965	Cível	Danos causados ao tesouro público	Reparação	cidadãos

Fonte: OCDE

A **Lei de Defesa da Concorrência** (Lei 12.529/2011)⁴⁷ estabelece que os cartéis, incluindo os cartéis em licitação pública, constituem infração administrativa extremamente grave. O Cade é a autoridade responsável pela investigação de infrações à lei de concorrência. As multas impostas pelo Cade em casos de cartel em licitação pública podem chegar a 20% do faturamento bruto no ramo de atividades em que a conduta ocorreu, em relação ao ano anterior à abertura da investigação. O valor da multa não pode ser inferior à vantagem auferida pela empresa com a conduta, quando possível estimá-la. Na ausência de informação quanto ao faturamento bruto da empresa no ramo de atividades em que ocorreu a infração, o Cade pode levar em consideração o faturamento total da empresa ou do grupo de empresas em questão. A reincidência resulta em aplicação da multa em dobro (OCDE, 2019).

O CADE possui faculdade para aplicar outras sanções, incluindo

- Proibir as companhias de participar de licitações públicas, ou participar de contratações com a Administração Pública por um período mínimo de cinco anos;
- Desinvestimentos, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;
- Publicação do extrato da decisão condenatória, às expensas do infrator, em jornal;
- Inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor⁴⁸; e
- Multas aplicáveis a pessoas físicas variando entre R\$ 50.000,00 a R\$ 2 milhões ou entre 1% a 20% da pena aplicada à empresa.

A **Lei de crimes contra a ordem econômica** (Lei 8.137/1990)⁴⁹ tipifica os cartéis em licitação pública como crime⁵⁰ e estabelece as sanções de multa e reclusão de dois a cinco anos. As penas são mais severas caso a conduta cause danos à sociedade, seja ela praticada por servidor público ou guarde relação com bens e serviços essenciais à vida e à saúde.⁵¹

O Decreto-Lei 2848/1940 (**Código Penal**)⁵² proíbe práticas similares aos cartéis em contratações públicas, como os casos em que empresas impeçam, perturbem ou fraudem concorrência pública.⁵³ As possíveis sanções contra estas infrações incluem penas de prisão de seis meses a dois anos ou multa. As penas podem ser aplicadas também àqueles que se recusarem a participar de processo de licitação em troca de vantagem econômica.

Por fim, a **Lei de Licitações** (Lei 8.666/1993) impõe sanções penais (por exemplo, de dois a quatro anos de reclusão) às pessoas físicas e multas às empresas que conspirarem para frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório com o intuito de obter vantagem.⁵⁴

Além disso, a fraude e o cartel em licitação pode envolver corrupção e implicar em infração da **Lei Anticorrupção** (Lei 12.846/2013).⁵⁵ As multas aplicáveis às pessoas jurídicas que infringem esta lei podem variar entre 0.1% a 20% do faturamento bruto. As penas podem incluir também a publicação da decisão em jornal de grande circulação, no site da empresa infratora ou afixação nas premissas físicas das empresas.⁵⁶ No âmbito federal, a CGU é responsável pela investigação e condenação dos crimes de corrupção.

Os membros do cartel podem ser também considerados responsáveis pelos danos causados aos compradores públicos e terceiros. Os pedidos de reparação por danos concorrenciais podem ser reivindicados de forma individual ou coletiva, independentemente de investigação anterior.⁵⁷ As regras gerais de responsabilidade civil previstas no **Código Civil** (Lei 10.406/2002)⁵⁸ são aplicáveis também aos pedidos de reparação por danos concorrenciais.

Ademais, a Lei Federal 7.347/1985⁵⁹ disciplina as ações civis públicas, que podem ser apresentadas por instituições, incluindo órgãos públicos, Ministério Público e associações na busca de reparação dos danos causados ao tesouro público. O requerente pode propor a ação mesmo que não tenha sido afetado diretamente. Este pode ser o caso, por exemplo, de organizações sem fins lucrativos que representam os consumidores.

Por fim, qualquer cidadão é parte legítima para pleitear ação popular em observância da Lei Federal 4.717/1995⁶⁰ para reparação de atos lesivos ao patrimônio público em um processo de licitação.

4.2. Órgãos envolvidos no combate a cartéis em licitações e advocacia da concorrência

Cade

O Cade é a única autoridade competente para investigar e punir cartéis em licitações públicas ao abrigo da Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/2011).

As informações sobre supostos esquemas de cartéis em licitação podem chegar ao conhecimento do Cade por meio dos proponentes de leniência, denúncias, parcerias interinstitucionais, ferramentas internas de inteligência e técnicas de investigação.

O Programa de Leniência, inicialmente instituído em 2000 e fortalecido em 2011 pela Lei atual de Defesa da Concorrência, oferece imunidade administrativa e penal⁶¹ ao primeiro infrator que confessar a participação em uma infração concorrencial e que se comprometa a cooperar com o Cade durante toda a investigação. O programa não prevê a redução de multas aos demais proponentes. Neste aspecto, a legislação brasileira diverge das demais jurisdições que responderam a um levantamento realizado pela Rede Internacional de Concorrência (ICN) entre 2017 e 2018, em que 31 das 34 agências entrevistadas informaram a possibilidade de redução das multas ou outros benefícios aos proponentes subsequentes.⁶²

O signatário de um acordo de leniência permanece sujeito à responsabilidade por quaisquer danos causados. O Programa de Leniência também contempla uma previsão relativa à “leniência plus”, por meio da qual qualquer coparticipante de um cartel, que apresente informações relativas à uma infração concorrencial sobre a qual o Cade ainda não tinha conhecimento prévio, será beneficiado com uma redução de um terço da penalidade aplicável na investigação original. Além disso, a empresa/pessoa física obterá imunidade em relação à prática anticompetitiva que denunciou. Os signatários de leniência são isentos de sanções criminais e proibição de contratar com o serviço público.

Partes interessadas, incluindo os compradores públicos, podem reportar suspeitas de cartéis em licitações por meio de denúncia junto ao Cade. Instituições públicas podem solicitar formalmente ao Cade a abertura de uma investigação. Empresas privadas e cidadãos podem realizar denúncia anônima por meio de formulário eletrônico disponível no site do Cade. Neste cenário, o Cade pode iniciar uma investigação de ofício, caso uma denúncia tenha fundamentos.

As denúncias de infrações não necessariamente devem cumprir com formalidades específicas ou observar um número mínimo de elementos, como ocorre em outras jurisdições, como, por exemplo, a Comissão Europeia, onde as denúncias relativas a condutas anticompetitivas devem ser realizadas através do preenchimento de um formulário contendo campos obrigatórios. As reclamações não exigem que o Cade inicie um processo investigativo (isto é, a abertura de investigação fica a critério do Cade) e não há previsão de recompensas aos terceiros que denunciem um cartel em licitação. De todo modo, o Cade deve informar ao requerente, seja pessoa física ou jurídica, se a denúncia resultou na abertura de uma investigação.

Ademais, os Ministérios Públicos reportam ao Cade quaisquer indícios de práticas que possam constituir condutas anticoncorrenciais encontradas em suas investigações, isto é realizado normalmente por meio de comunicado oficial. Os Ministérios Públicos federais e estaduais foram autores de representações que culminaram em 25 processos administrativos entre 2015 e 2019, ou aproximadamente 17% do total de processos julgados neste período.

O Cade também desenvolveu uma ferramenta interna de detecção chamada de Projeto Cérebro, que utiliza inteligência artificial para o monitoramento e processamento de bases de dados de compras públicas. O Projeto realiza a mineração de dados e utiliza filtros econômicos para detectar cartéis. Esta é uma das realizações mais importantes da autoridade no combate a cartéis em licitações públicas. O Projeto Cérebro utiliza a base de dados do Comprasnet e de outros órgãos governamentais aos quais o Cade possui acesso. Com cerca de 60.000 processos de contratação pública realizados todos os anos, o Cade prioriza a aplicação dos filtros nos dados relativos aos mercados tradicionalmente problemáticos ou nos mercados em que ocorreram denúncias de cartel.

Quadro 4.1. Projeto Cérebro

O *Projeto Cérebro* permite a automação das análises anteriormente realizadas pelos servidores responsáveis pelas investigações. A ferramenta emprega mineração de dados e testes estatísticos para identificar padrões suspeitos, tais como supressão de propostas, lances de cobertura, propostas rotativas, propostas supérfluas, divisão de mercados estáveis, padrões de preços, similaridades nos textos das propostas e metadados dos arquivos apresentados. A ferramenta contribui para a detecção de cartéis em licitações públicas, abertura de investigações de ofício e coleta de evidências no curso das investigações.

Em 2018, o Cade conduziu a primeira investigação baseada em informações obtidas por meio do Cérebro: uma análise de pregão eletrônico para a contratação de serviços de brigadistas. O Cérebro identificou comportamentos suspeitos de 14 empresas em mais de 500 licitações e permitiu que o Cade coletasse evidências para a obtenção de autorização judicial para realizar busca e apreensão em 13 empresas.

Fonte: CADE (2018), “Screening and data mining to detect cartels: Brazilian experience”, apresentação realizada no 2018 OECD Workshop on Cartel Screening in the Digital Era, www.slideshare.net/OECD-DAF/cartel-screening-in-the-digital-era-cade-brazil-january-2018-oecd-workshop; “OECD Latin American and Caribbean Competition Forum session III: Promoting Effective Competition in Public Procurement – Contribution from Brazil”, DAF/COMP/LACF(2016)19, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2016\)19/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2016)19/en/pdf).

Os poderes de investigação do Cade incluem a capacidade de realizar busca e apreensão, assim como realizar pedidos compulsórios de informação.

O Cade pode aplicar multas e outras penas, incluindo a proibição de participar de licitações (ver Seção 4.1). Como ilustrado no Quadro 4.2, o Cade proibiu que empresas contratassem com o poder público como resultado de investigação antitruste, incluindo os casos de cartel do Metrô e a “Operação Roupas Sujas”. O Cade impôs a sanção supramencionada ao líder do cartel, permitindo a participação dos demais envolvidos em licitações futuras a fim de preservar a concorrência nestes mercados. A decisão está em linha com as recomendações da OCDE em projetos conduzidos pela Organização em outros países (OCDE, 2016)

Quadro 4.2. Proibição de contratar com o setor público e participar em licitações

O **cartel do Metrô** (Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41) compreendeu um esquema de cartel em licitações públicas de trens e metrôs, realizadas no Distrito Federal e nos estados de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro, entre 1998 e 2013. Em razão da gravidade e dos consideráveis danos causados, considerou-se plausível a aplicação da proibição de participação em licitações públicas. No entanto, a decisão ponderou que a aplicação desta sanção a todas ou mais empresas envolvidas resultaria no efeito contrário ao pretendido, ou seja, conseguir o melhor fornecedor ao melhor preço. A fim de evitar o efeito indesejado de uma aplicação imprudente desta penalidade, o Conselheiro-Relator propôs a aplicação da penalidade apenas em relação à empresa Alstom, tendo em vista o papel de liderança no cartel e sua situação de reincidência.

O caso **“Operação Roupa Suja”** (Processo Administrativo nº 08012.008850/2008-94) condenou um esquema de cartel em licitações públicas para contratação de serviços de lavanderia em hospitais do Rio de Janeiro. No caso em tela, o Conselheiro pontuou que a aplicação da proibição de contratar com o poder público não deveria agravar a escassez de oferta, de modo a prejudicar o bom funcionamento do mercado. A aplicação desta punição a todos os membros do cartel é possível apenas nos mercados em que exista grande número de ofertantes que não sejam atingidos pela sanção ou em mercados com pequenas barreiras à entrada. Isto requer uma análise criteriosa do mercado em questão. No caso “Operação Roupa Suja”, a decisão vislumbrou três resultados possíveis:

1. Aplicar a proibição de contratar com o poder público à Prolav, Brasil Sul e Ferlim, todos os membros do cartel, representando cerca de dois quintos do mercado, o que resultaria em escassez da oferta.
2. Não aplicar a sanção a nenhum dos agentes, o que resultaria na insuficiência da resposta estatal face à gravidade da infração e dos danos causados.
3. Aplicar a proibição de contratar com o poder público apenas ao líder do cartel, Brasil Sul; considerada a decisão que melhor conciliaria os interesses públicos

Source: Vote of Reporting Commissioner João Paulo de Resende in the Metro Cartel case and Review-vote of the Commissioner Alexandre Cordeiro Macedo in the Dirty Laundry case.

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yP7f7Bj8TKXiAj64uRZfulL5o-Z_AOogkHiscpZ4wVk0YAivoX2c4mRJJXQ2QPPdGXijXOGTg6gZvAsRpxu2DT4;
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yO6yEROhfyyoMa7o15UvZkOQKX2R0kvlH-ELix7augmE9VeukEG8XIOt46kkqeOK4wNtyseGkGtbFdnJMfhJAeP

Os acordos referidos como Termos de Compromisso de Cessação são amplamente utilizados entre os Membros da OCDE para concluir casos de cartel. No Brasil, os acordos preveem descontos de até 50% para as partes que admitam a participação nos esquemas de cartel e cooperem com a investigação do Cade. Os acordos não excluem a responsabilidade civil pelos danos causados. O Cade considera que os Termos de Compromisso de Cessação constituem um complemento importante ao Programa de Leniência, que oferece imunidade apenas ao primeiro proponente (OCDE, 2019).

Ações de combate a cartéis

Desde 2015, grande parte das atividades do Cade destinadas ao combate a cartéis em licitação têm sido concentradas na Operação Lava Jato, o maior esquema de corrupção e cartel da história do Brasil. Como resultado da operação, mais de 20 investigações de cartel em licitações públicas foram iniciadas e estão em curso. De início, as investigações se direcionaram às empresas de construção envolvidas em cartéis em licitações relacionadas a empresa estatal de exploração de petróleo, Petrobrás, e diversos contratos nos mercados de petróleo e gás. A investigação da Petrobrás revelou novas supostas práticas de cartel

em licitações em outros projetos de construção, notadamente os projetos para construção dos estádios de futebol para a Copa do Mundo FIFA de 2014 no Brasil, dos Jogos Olímpicos de 2016 no Rio de Janeiro, e de ferrovias. (OCDE, 2019).

Além das investigações relativas à Operação Lava Jato, o Cade investigou e puniu uma série de casos de cartel em licitações, como os casos apresentados no Quadro 4.3.

Quadro 4.3. Seleção de casos de cartéis em licitações públicas condenados pelo Cade

Cartel em licitações destinadas à contratação de serviços de Tecnologia da Informação no Distrito Federal (Processo Administrativo nº 08012.004280/2012-40)

A investigação teve início a partir de informações encaminhadas pela 3ª Promotoria de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) relativas a um suposto cartel nas licitações para a contratação de serviços de TI, conduzidas por autoridades do governo e empresas sediadas no Distrito Federal. Após a autorização pelo Poder Judiciário, o MPDFT compartilhou documentos com o Cade documentos coletados no âmbito da investigação criminal.

A investigação do Cade concluiu que a conduta teve como objetivo fixar preços, dividir clientes e ajustar vantagens em licitações destinadas à contratação de serviços de tecnologia da informação, conduzidas por órgãos e empresas públicas sediadas no Distrito Federal. Os membros do cartel utilizaram de estratégias tais quais apresentação de propostas de cobertura e supressão de propostas. Além disso, as partes tentaram manipular diferentes rodadas do processo licitatório. O cartel afetou ao menos 12 processos de contratação.

Em outubro de 2019, o Cade condenou quatro empresas e seis pessoas físicas. As multas aplicadas somaram 2,1 milhões de reais.

Cartel dos Antirretrovirais (Processo Administrativo nº 08012.008821/2008-22)

No curso de investigação deflagrada para apurar possível formação de cartel em licitações públicas para a contratação de serviços de lavanderia para hospitais públicos no Rio de Janeiro (denominada “Operação Roupa Suja”), a Polícia Federal coletou provas de um segundo cartel para fraudar licitações promovidas por laboratórios públicos para aquisição de insumos destinados à fabricação de medicamentos antirretrovirais, utilizados no tratamento da AIDS.

A Superintendência-Geral do Cade averiguou que o cartel atuou entre 2003 e 2005 e teria o objetivo de implementar acordo para a fixação de preços e manutenção do poder de mercado dos membros do conluio. As estratégias utilizadas pelos membros do cartel incluíram a divisão de projetos e lotes de licitações, por meio da apresentação de propostas de cobertura, supressão de propostas, rotatividade na apresentação de propostas e mecanismos de compensação, como realização de subcontratações. Ademais, o cartel previa mecanismos de punição e retaliação de desvios quanto aos termos acordados.

Foram condenadas duas empresas e quatro pessoas físicas. Além das multas aplicadas, as pessoas físicas foram proibidas de realizar contratações com o poder público.

Fonte: <http://antigo.cade.gov.br/noticias/cade-condena-cartel-no-mercado-de-insumos-para-medicamentos-antirretrovirais> e https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUggOwvr6Zlwyd0lhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13 Jxv8yGltF44OPAHbv3B31w1EZSEQ9Fbue6tJzTRKyodH6; https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPQrNhNIQY1fJWMVS2O-gIW3joeZbU0Nyma6qJX3oKI8AbgwPSHL7nptANhIYGfzV1BRCCjgS16VBHYZZV3A0ky

Iniciativas de advocacia da concorrência

O Cade realiza eventos e cursos de capacitação para os agentes responsáveis pelas licitações públicas com o objetivo de prevenir o conluio entre concorrentes nas contratações. Em outubro de 2019, o Cade lançou um curso online em parceria com a Escola Nacional de Administração Pública (Enap), sobre a Prevenção e Detecção de Cartéis em Licitações e um segundo curso relativo ao Programa de Leniência.⁶³ Até o momento de elaboração deste relatório (março de 2021) mais de 2500 pessoas haviam realizado o curso.⁶⁴ Além disso, mais de 1.500 autoridades e agentes públicos participaram de eventos voltados à promoção da conscientização acerca de cartéis em licitações públicas em 2009 e 2010 organizadas pela então Secretaria de Defesa Econômica (OCDE, 2012).

Em 2017, o Cade promoveu treinamento para 50 servidores da Petrobras sobre a prevenção e detecção de cartéis em licitações. Em 2018 e 2019, o Cade realizou treinamento para 1.100 servidores dos ministérios públicos e dos órgãos de controle. Os temas abordados nestes eventos incluíram direito da concorrência, técnicas de investigação e o Projeto Cérebro. A iniciativa teve o objetivo de promover conscientização, assim como desenvolver o relacionamento com outros órgãos envolvidos nas investigações de cartéis em licitações. Em 2019, o Cade conduziu treinamento para os ministérios públicos dos estados do Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Roraima e São Paulo.

Ademais, em dezembro de 2019, o Cade lançou o Guia de Combate a Cartéis em Licitações.⁶⁵ A publicação contém recomendações sobre a detecção de cartéis em licitações e medidas para prevenção de tais práticas e substituiu o Guia Prático de Combate a cartéis em licitações lançado em 2008.⁶⁶ Em 2016, o Cade publicou também o documento *Medidas para estimular o Ambiente Concorrencial dos Processos Licitatórios*.⁶⁷

As iniciativas de advocacia da concorrência em contratos públicos promovidas pelo CADE têm sido complementadas pelas atividades da antiga Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (SEPRAC). A Secretaria é um órgão vinculado ao Ministério da Economia que, em 2018, foi convertido na Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE). Em 2014, a SEPRAC publicou dois documentos para promoção da conscientização sobre práticas anticompetitivas em licitações públicas: *Aplicação do Direito da Concorrência a Licitações Públicas: Cartéis*⁶⁸ e *Questões prático-operacionais de licitações públicas para servidores*.⁶⁹

Não há exigências para que os órgãos públicos consultem o Cade quanto ao desenho e aprovação das regulamentações de contratações públicas⁷⁰ e a autoridade de concorrência raramente realiza intervenções unilaterais. As atribuições da SEAE incluem a publicação de opiniões não-vinculantes sobre projetos de lei em análise no Congresso Nacional e regulações de agências regulatórias. A revisão da OCDE demonstrou que a SEAE poderia se beneficiar de um incremento de recursos para realização de suas atividades de forma consistente. A título de exemplo, a SEAE não opinou sobre o projeto de lei de compras públicas em discussão no Congresso no período de redação.⁷¹

O Cade tampouco emite opiniões sobre procedimentos licitatórios específicos. A autoridade alegou que as iniciativas de advocacia da concorrência nesta seara ainda estão em desenvolvimento.

Outras instituições relevantes

Ministérios Públicos

Os Ministérios Públicos, no nível federal e estadual, são responsáveis pela investigação de possíveis crimes de cartel em licitação. Essas autoridades podem ainda interpor ações para compensação de danos.

Além disso, o Ministério Público Federal pode emitir opiniões no âmbito das investigações do Cade, seja de ofício ou a pedido do Conselheiro Relator.⁷²

Os ministérios podem iniciar investigações a partir de denúncias ou de ofício. A polícia poderá iniciar investigações de cartel e apresentar os resultados aos promotores de justiça, que têm discricionariedade para iniciar Ação Penal contra as pessoas físicas envolvidas. Ao iniciar uma investigação de cartel, O Cade costuma solicitar ao Ministério público a realização de uma investigação criminal em paralelo. Da mesma maneira, os ministérios públicos apresentam denúncia ao Cade quando identificam indícios de cartel no curso das investigações.

Os ministérios podem ainda obter informações sobre as investigações por meio de delações premiadas ou colaboração premiada, que prevê imunidade penal (ou redução de até dois terços do tempo de reclusão) às pessoas físicas que apresentem evidências relevantes sobre um crime⁷³. Os colaboradores permanecem, todavia, sujeitos às ações civis por quaisquer danos causados.

O número de casos julgados na esfera penal parece estar aumentando ainda que a maioria dos casos envolvam corrupção e outros crimes, não se tratando de casos “puros” de cartel.⁷⁴ Alguns destes casos resultaram em condenação penal e sentenças de reclusão (OCDE, 2019).

TCU

O TCU possui um papel relativamente modesto nas investigações de cartel em licitação. O Tribunal pode investigar e impedir as empresas de contratar com o poder público, como previsto na Lei de Licitações e Contratos.⁷⁵

CGU

O papel da CGU circunscreve-se à persecução de práticas de corrupção nos casos em que o cartel em licitação envolve corrupção, causando dano a órgãos do Poder Executivo ou a governo estrangeiro.

Em 2008, a CGU lançou o Observatório da Despesa Pública para a detecção permanente de irregularidades e corrupção. O Observatório faz uma verificação dos dados relativos às despesas de contratação com outras bases de dados do governo, a fim de identificar situações suspeitas que exijam maiores análises. Como ilustrado no quadro 4.4, em 2014, a CGU desenvolveu a Alice, uma ferramenta de triagem que detecta falhas nas licitações públicas.

Quadro 4.4. O Projeto Alice

Criada em 2014, a ferramenta de Análise de Licitações e Editais (Alice) emprega inteligência artificial para processar editais de licitação e atas de registro de preços publicados pela administração federal, certos órgãos públicos estaduais e empresas estatais. As informações são coletadas do Diário Oficial da União e do Comprasnet. O método de análise utilizado pela Alice pode identificar infrações à Lei Geral de Licitações e Contratos.

Os auditores da CGU recebem um e-mail diário da Alice resumindo cerca de 250 editais de licitação publicados diariamente e apontando possíveis irregularidades. A partir destas informações, os auditores realizam uma seleção dos casos mais problemáticos, conduzem uma análise aprofundada e propõem modificações aos editais de licitação ou termos de referência, se necessário.

Uma nova versão da Alice dotada de funcionalidades de auditoria mais sofisticadas foi lançada em 2020

Fonte: <https://portal.tce.go.gov.br/-/robo-alice-automatiza-analise-de-licitacoes> e <https://app.oxfordabstracts.com/events/1016/program-app/submission/147161>

A CGU pode celebrar acordos de leniência com empresas que reportem de antemão um ato de corrupção e cooperem durante a investigação. Os beneficiários da leniência recebem uma redução de até dois terços da multa. A Leniência afasta também a publicação da decisão relativa à infração e a proibição de contratar com o poder público,⁷⁶ No entanto, não exime os signatários quanto às responsabilidades pelo dano causado.

4.3. Cooperação Institucional

Em um cenário em que o cartel em licitações em licitações abrange uma série de leis e órgãos de aplicação, como no Brasil, a cooperação entre as instituições contribui para a coordenação de investigações, possibilita o compartilhamento de informações importantes, reduz custos processuais e proporciona segurança jurídica aos agentes econômicos.

Nos últimos anos, o CADE intensificou a assinatura de inúmeros acordos de cooperação técnica com diversas instituições visando o combate aos cartéis, incluindo os cartéis em licitações públicas. O CADE firmou 39 acordos de cooperação técnica. A maior parte dos acordos foi celebrada com outras autoridades públicas brasileiras – ministérios públicos, TCU e CGU – sendo focadas no compartilhamento de informações e na cooperação técnica para a prevenção e persecução de cartéis (ver Quadro 4.5). A lista de acordos celebrados até o dia 31 de dezembro de 2021 está disponível no Anexo B.

Quadro 4.5. Acordos de cooperação relacionados a cartéis em licitações assinados pelo Cade

Acordo de Cooperação Técnica com o Ministério Público Federal

Assinado em fevereiro de 2020, o acordo formaliza o compromisso entre o CADE e o Ministério Público Federal quanto ao estabelecimento de mecanismos que possibilitem uma maior comunicação entre ambas as instituições, melhorando a coordenação e efetividade das ações.

O MPF se compromete a submeter ao CADE quaisquer informações e provas obtidas durante as investigações civis e criminais relacionadas a condutas anticompetitivas e outras violações da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência). Apesar das disposições do acordo, o compartilhamento de informações ainda requer autorização judicial. Em contrapartida, o CADE se compromete a encaminhar as informações e provas obtidas no curso de suas investigações e a conceder acesso às suas bases de dados ao Ministério Público Federal.

Acordo de cooperação técnica com o TCU

Em 2018, o TCU e o CADE firmaram acordo de cooperação técnica visando a detectar práticas anticompetitivas em contratações públicas. O acordo prevê:

- a troca de informações, conhecimento, ferramentas tecnológicas, experiências técnicas e profissionais entre as instituições, incluindo o aperfeiçoamento e/ou adaptação de sistemas e bases de dados, a fim de possibilitar o intercâmbio de informações.
- a coordenação de esforços no planejamento, orientação, cooperação, avaliação e promoção de atividades relacionadas à investigação, prevenção e detecção de condutas anticompetitivas nas contratações governamentais e outras atividades relacionadas;
- a implementação de ações conjuntas, dentro das áreas de competência de cada uma das instituições, na condução de estudos e pesquisas em áreas de interesse comum;

- a promoção de atividades de treinamento em conjunto entre os servidores de ambas as instituições, por meio de cursos, seminários e outras atividades relacionadas; e
- o compartilhamento de estudos relevantes, opiniões, notas técnicas e outros documentos com órgãos do governo responsáveis pelas contratações públicas.

Acordo de cooperação técnica com a CGU

O CADE celebrou um acordo com a CGU em 2014, a fim de promover a cooperação técnica e operacional na persecução de casos de corrupção nas contratações públicas. O CADE e a CGU se comprometeram a compartilhar informações e evidências obtidas no contexto das investigações. Além disso, ambas as agências se comprometeram a fornecer suporte técnico e operacional quando requisitadas.

O Cade pode realizar operações de busca e apreensão também em conjunto com outras instituições. Desde 2003, 34 das 50 operações foram conduzidas em conjunto com Ministérios Públicos e outras entidades, como o TCU e a CGU. Nestes casos, as instituições costumam solicitar antecipadamente a um juiz a permissão para compartilhar quaisquer provas obtidas na busca conjunta.

A cooperação com outras autoridades permite que o Cade tenha acesso a informações que não seriam obtidas pelos seus próprios meios, como, por exemplo, informações fiscais confidenciais ou informações coletadas através de interceptação telefônica. Este cenário é particularmente comum quando um juiz concede acesso ao Cade às provas obtidas pelos Ministérios Públicos durante uma investigação criminal. Ademais, os órgãos públicos têm o dever de fornecer ao Cade informações relativas a infrações concorrenciais sobre as quais possuam ciência.

Em contrapartida, o Cade também tem o dever de compartilhar com a autoridade competente as informações relacionadas a infrações no âmbito de assuntos alheios à defesa da concorrência. As condições para o compartilhamento de informações dependem de como estas foram obtidas. Caso tenham sido coletadas por meio de acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação, as informações só podem ser fornecidas se os beneficiários da leniência ou TCC assinarem um termo de renúncia de confidencialidade. Na prática, a maioria dos beneficiários assinam tal termo. Para compartilhar informações com outras autoridades, o Cade exige que os signatários da leniência não sejam colocados em uma posição mais desfavorável que a das empresas que não colaboraram com a investigação.

Nos casos em que o Cade obteve a informação por meio de busca e apreensão com outras entidades, a prática comum é solicitar a um juiz a permissão para compartilhar as provas apreendidas entre as agências. Se a informação tiver sido obtida por meio de uma busca e apreensão independente conduzida pelo Cade, mas for relevante para outra autoridade pública, o Cade deve solicitar autorização ao juiz que autorizou a busca e apreensão, para que se permita a transferência da informação para a instituição competente.

Em outros casos, como os de informações coletadas por meio de pedidos de informação, o Cade pode decidir se deve compartilhar as informações, desde que não cause prejuízo às investigações.

Apesar do número crescente de acordos de cooperação firmados pelo Cade, a OCDE verificou que a colaboração com outras instituições pode variar em função do caso e depende amplamente das autoridades responsáveis por cada caso.

Parte II. Como adequar as leis e práticas de compras públicas no Brasil à Recomendação e às Diretrizes da OCDE sobre o combate a cartéis em licitações

5. O papel fundamental dos agentes de compras públicas

A rotatividade nos departamentos responsáveis pelas licitações no Brasil é bastante significativa: entre janeiro de 2015 e dezembro de 2018 o percentual de flutuação de pessoal foi de 73,98% comparado a 53,11% em outras áreas da Administração Pública.⁷⁷ A carreira não é tão popular entre os servidores públicos, em parte em razão do rigor na aplicação das penalidades aos funcionários públicos que apliquem incorretamente a legislação e a falta de clareza em relação à interpretação das leis de contratações públicas. Além disso, não há uma carreira específica no serviço público brasileiro para os servidores responsáveis pelas contratações públicas, os programas de capacitação são incipientes e os salários são considerados muito baixos. O sistema atual pode estar prejudicando o desenvolvimento de processos estratégicos nas áreas de contratações públicas e reduzindo a inovação.

O TCU pode impor multas de até R\$ 67.854,00 aos servidores públicos que cometam infrações em relação à aplicação da legislação de licitações,⁷⁸ incluindo atos culposos – não intencionais – sem ganhos privados. A menor multa que pode ser aplicada pelo TCU é de R\$ 5.000, ainda que o salário mensal de alguns agentes de contratação não exceda R\$ 9.000,00. Para ilustrar, os servidores podem ser penalizados por não cumprirem com formalidades, como por exemplo o não encaminhamento de um documento dentro de um prazo determinado. Tal disposição costuma ser considerada excessiva. A nova lei 14.133/2021 introduz algumas medidas com o objetivo de reduzir a exposição excessiva que os servidores responsáveis pelas compras públicas podem encarar ao aplicar a legislação licitatória. A nova lei prevê que uma equipe de apoio deve acompanhar os agentes de contratação e que o servidor não será penalizado pelas recomendações desta equipe. Além disso, uma comissão de contratação, formada por até 3 membros, será responsável pela contratação de bens e serviços especiais. Todavia, estas previsões legais ainda não foram implementadas e testadas até o momento da redação. Não está claro ainda como a equipe de apoio será criada, como irá interagir com os demais agentes de contratação e qual o significado de bens e serviços especiais segundo a nova lei.

As multas foram elaboradas a fim de ter efeito punitivo, em vez de corretivo. Em âmbito institucional, as autoridades públicas não se concentram em reformas sistemáticas capazes de retificar as infrações cometidas pelos servidores, evitar sanções individuais e outros erros por meio, por exemplo, do aperfeiçoamento e padronização dos procedimentos de treinamento de pessoal.

A missão de verificação factual da OCDE identificou a existência de decisões contraditórias emitidas pelo TCU. Em geral, os Ministros do TCU devem seguir a jurisprudência do tribunal, mas possuem certa discricionariedade e podem seguir em uma outra direção, a depender de considerações quanto ao impacto das decisões. Esta interpretação da lei e da jurisprudência é conhecida no Brasil como “consequencialismo”. Interpretações divergentes da mesma lei licitatória reduzem a segurança jurídica tanto para o setor privado quanto para o setor público. Como os agentes de contratação não contam com orientações claras de atuação, costumam adotar as soluções mais conservadoras, em vez de inovar e assumir o risco de serem penalizados.

O problema foi destacado por grupos como o Unidos Contra a Corrupção, uma coligação formada por ONGS, organizações e instituições sem vínculos partidários que contam com representantes da

sociedade civil, da academia e de governos locais, que fez uma proposta para padronizar os procedimentos e acabar com a incerteza quanto à interpretação da legislação de contratações públicas e outras leis administrativas. No relatório *Novas Medidas contra a Corrupção*, o grupo recomenda a criação do Conselho Nacional de Estado – CNE como um órgão permanente que seria vinculado ao Congresso Nacional, mas teria autonomia funcional para adotar normas administrativas e harmonizar as leis em âmbito nacional.⁷⁹ As competências do CNE seriam limitadas à prevenção da corrupção, promoção da publicidade e transparência; desburocratização e aperfeiçoamento da política fiscal, licitações e outras formas de contratação. As normas adotadas pelo CNE seriam vinculantes para a Administração Pública, para os Poderes Executivo e Legislativo, no âmbito federal, estadual, distrital e municipal. Entretanto, a proposta ainda não foi aprovada.

Os agentes de contratação pública possuem um papel chave no combate a cartéis em licitações. Diversos casos de conluio em compras públicas são iniciados a partir de denúncias dos servidores responsáveis pela contratação que estão na linha de frente dos processos licitatórios e ocupam a melhor posição para detectar condutas suspeitas. Os servidores públicos no Brasil são obrigados a relatar quaisquer suspeitas de fraude ou cartel em licitação, caso contrário, estarão sujeitos à responsabilização administrativa, civil e penal. No entanto, não existe nenhum sistema em vigor para premiar os servidores exitosos na prevenção e detecção de cartéis em licitações públicas. Na verdade, autoridades entrevistadas pela OCDE apontam que os servidores públicos podem se sentir desconfortáveis para relatar suspeitas de conluio entre concorrentes por temerem que a denúncia possa torná-los sujeitos à investigação. Dessa forma, é importante a criação de um ambiente que incentive os agentes a cooperar com as autoridades.

Além disso, o desenho estratégico das contratações pode contribuir para prevenir o conluio entre licitantes e promover o processo competitivo. Agentes de contratação pública flexíveis e capazes de planejamento e desenvolvimento de procedimentos de contratação estratégicos são mais suscetíveis a adotar iniciativas que reduzam os riscos de cartel em licitação e otimizem os investimentos públicos.

Em diversas jurisdições, os agentes de contratação pública são cada vez mais reconhecidos como profissionais estratégicos – ao contrário de uma simples função administrativa – que ocupam um papel central na prevenção da má-administração, desperdício de dinheiro, corrupção e fraudes. O emprego adequado de condições e incentivos – em termos de remuneração, bônus e desenvolvimento de carreira – contribuem para atrair e manter profissionais altamente qualificados. Os programas de capacitação também devem ser adequados para garantir que os servidores responsáveis pelas contratações estejam aptos a responder às diversas atribuições. A mobilidade na administração também deve ser encorajada ao máximo possível e acompanhada de treinamento adequado (OCDE, 2009).

Alguns exemplos internacionais podem ser seguidos. Por exemplo, o governo canadense desenvolveu um programa de certificação para os agentes de contratação pública (ver o Quadro 5.1).

Quadro 5.1. Programa Canadense de Certificação para os Agentes de Compras Públicas e os Agentes de Gestão de Patrimônio

A Comunidade de Agentes de Contratações do Governo Federal do Canadá (*Canadian Federal Government Procurement Community*) –, responsável pelo planejamento e aquisição de bens e serviços – e a Comunidade de Agentes de Gestão de Patrimônio (*Materiel Management Community*) - encarregada pela gestão de bens móveis e tangíveis ao longo do seu ciclo de vida (veículos, equipamentos, mobiliários etc.) – se tornaram carreiras fundadas cada vez mais em conhecimento técnico e com foco no assessoramento estratégico. Os profissionais destas carreiras devem possuir as aptidões e conhecimentos necessários para desempenhar as suas funções de forma efetiva e eficiente. Em 2016, o governo canadense lançou um programa reconhecido nacional e internacionalmente como o primeiro Programa de Certificação para Especialistas de Contratações Públicas e Gestão de Patrimônio.

O programa reconhece a responsabilidade conjunta dos agentes de contratação e gestão de patrimônio pela administração das verbas públicas durante o seu período de vida útil, desde as etapas de avaliação e planejamento de requisitos para aquisição até a alienação.

A certificação confere reconhecimento profissional aos agentes responsáveis pelas contratações e gestão de patrimônio e formaliza os níveis de realização individual. Os especialistas de contratações podem obter a certificação como Especialista Federal Certificado em Contratações Públicas, nível I e II, e os agentes de gestão de patrimônio podem se certificar como Especialista Federal em Gestão de Patrimônio nível I. Estas certificações são concedidas aos profissionais que possuam certo tempo de experiência, após avaliar as competências essenciais e funcionais dos agentes. Os candidatos à certificação devem participar de todos os treinamentos e o aprendizado é verificado por meio de um exame final

Fonte: (OCDE, 2016) e <https://www.tpsgc-pwgsc.gc.ca/onqc-cgsb/certification/index-eng.html>

Ademais, em outubro de 2017, a União Europeia propôs uma recomendação quanto à profissionalização dos agentes de contratação pública, como parte do pacote relativo aos contratos públicos (União Europeia, 2017) O documento “Dinamizando a contratação pública em benefício da Europa” recomenda que os Estados-membros desenvolvam e implementem estratégias de profissionalização de longo prazo e sob medida para atender às necessidades dos servidores, recursos e estrutura administrativa. Estas iniciativas podem ser independentes ou parte de uma política ampla de profissionalização da Administração Pública. O documento assinalou três iniciativas:

- **estrutura política** para criação de uma estratégia geral voltada para aprimorar o profissionalismo nas contratações públicas
- **recursos humanos** para o desenvolvimento de treinamentos e de plano de carreira para os agentes de contratação
- **sistemas** para prover uma estrutura de ferramentas, metodologias e processos que apoiem a profissionalização dos contratos públicos

Por se tratar de um dos principais balizadores de padrões globais em contratações públicas, o sistema europeu ilustra a importância do desenvolvimento de competências dos agentes de contratação pública. Ao redor do mundo, outras instituições têm seguido esta tendência global e incentivado uma maior profissionalização das licitações públicas. O Banco Mundial, por exemplo, tem organizado atividades coordenadas de profissionalização para países interessados, abrangendo desde treinamentos até orientações (OCDE, 2019). A OCDE também tem contribuído para o desenvolvimento de estratégias de aprimoramento de competências no pessoal responsável pelas contratações. O Quadro 5.2 apresenta um exemplo deste tipo de cooperação que ocorreu na Lituânia.

Quadro 5.2. Apoio ao aperfeiçoamento do Sistema de contratações públicas da Lituânia, por meio da profissionalização da força de trabalho nacional

A Lituânia tem implementado ativamente reformas do setor público e das contratações públicas, a fim de promover sustentabilidade e crescimento inclusivo ao mesmo tempo em que garante a utilização eficiente dos recursos públicos.

Apesar da recente solidez do regime de contratações do país, o sistema de aperfeiçoamento de pessoal era fragmentado e carecia de uma estratégia de profissionalização, assim como de um programa de certificação.

Após solicitação da Lituânia ao Serviço de Apoio às Reformas Estruturais (SRSS), a Comissão Europeia se comprometeu a oferecer suporte técnico – por meio de apoio financeiro à OCDE – para auxiliar a Lituânia no aprimoramento do sistema nacional de compras públicas. As iniciativas desenvolvidas abrangeram a criação de uma estratégia de profissionalização e um programa de certificação para a força de trabalho envolvida nas contratações públicas. Durante a missão, que durou de março de 2018 a março de 2019, a OCDE:

- avaliou as capacidades dos agentes de contratação, a fim de identificar desafios e prioridades de capacitação
- elaborou um programa de certificação de dois níveis que consistiu em 60 horas de cursos de capacitação, uma estratégia de profissionalização, materiais de treinamento para 14 cursos (31 horas exigidas dentre as 60 e exames de avaliação conduzidas em inglês e lituano).
- Conduziu o workshop de cinco dias “treinando formadores” e uma sessão piloto de quatro dias por 14 cursos de treinamento que capacitou 29 futuros instrutores no programa de certificação.

Fonte: www.oecd.org/gov/public-procurement/country-projects/lithuania-professionalisation-innovation.

5.1. Recomendações de Ação

A falta de profissionalização adequada dos agentes de contratação pública, a penalização excessiva de falhas procedimentais e a falta de diretrizes claras quanto à interpretação das normas de contratação impedem o desenvolvimento de licitações mais competitivas e eficientes.

A OCDE recomenda que o Brasil:

1. Aprimore as condições e incentivos de trabalho dos agentes de contratação pública, bem como desenvolva uma estratégia de profissionalização e um programa de certificação, abrangendo treinamento quanto ao combate a cartéis em licitação (ver seção 10.2 para recomendações específicas)
2. Atribua ênfase ao aperfeiçoamento e correção de práticas sistêmicas no âmbito da força de trabalho responsável pelas compras públicas em vez de impor sanções individuais aos servidores públicos
3. Uniformize a interpretação das normas de compras públicas, assim como leve em consideração o envolvimento das propostas de atores da sociedade civil como parte do debate.

O Brasil deve considerar também a criação de incentivos aos agentes de contratação pública para a prevenção e detecção efetiva de cartéis em licitações (através, por exemplo, do desenvolvimento de licitações que maximizem a participação e a denúncia de comportamentos anticoncorrenciais suspeitos) por meio do registro - nas avaliações de desempenho dos servidores - das ocasiões em que foram bem-sucedidos em detectar práticas anticompetitivas. O país deve considerar também a implementação de premiações.

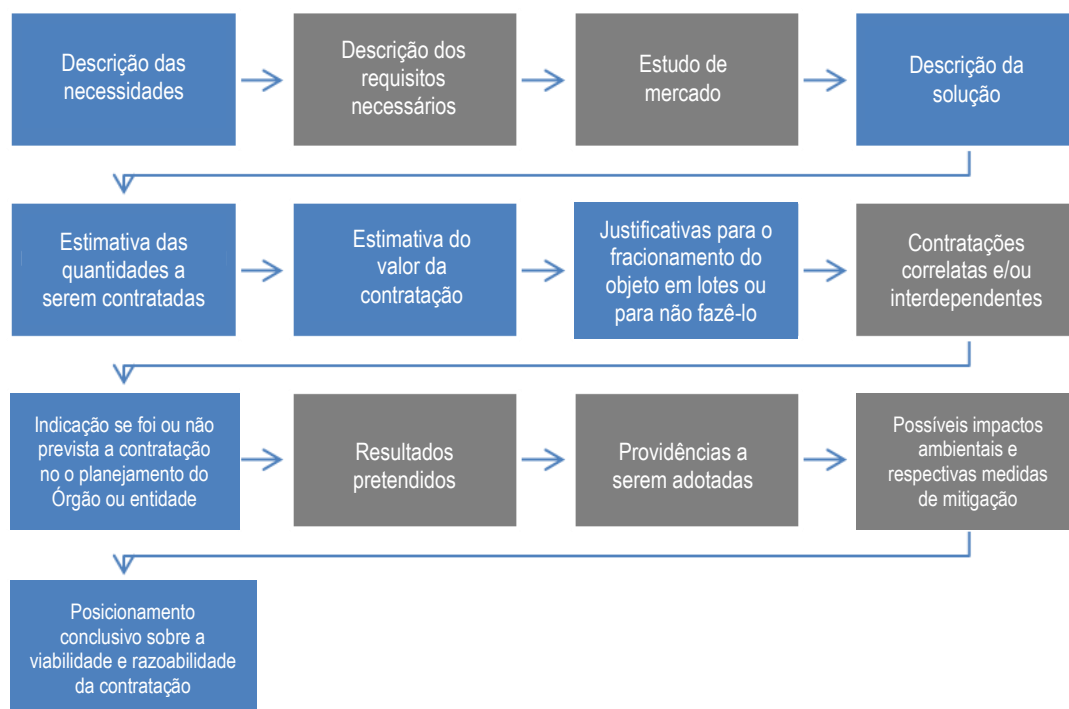
6. Elaboração de licitações embasadas em informações adequadas

6.1. Planejamento das Compras Públicas no Brasil

Desde 2019, o Brasil tem aprimorado de forma considerável o planejamento das contratações públicas a nível federal. Para ilustrar, os órgãos federais devem elaborar o Plano Anual de Contratações (PAC), que contempla os contratos previstos para o exercício financeiro seguinte. O plano deve ser baseado nas necessidades e orçamento alocado ao órgão federal e preenchido através de formulário específico disponível no Comprasnet; em seguida, uma versão consolidada é disponibilizada no painel de compras, um módulo do Comprasnet. O PAC auxilia o órgão público a adequar o orçamento alocado às necessidades identificadas. O documento também é útil na adoção de decisões estratégicas, como, agrupamento de demandas e planejamento das contratações ao longo do exercício financeiro. Além disso, a publicação do PAC permite que potenciais empresas contratadas tomem providências e realizem investimentos com antecedência para participar das licitações. As informações disponibilizadas na versão pública do PAC devem, no entanto, ser apresentadas da forma mais genérica possível, tendo em vista que informações detalhadas poderiam facilitar a formação de cartel em licitação (ver Seção 9.1).

Desde 2020, os órgãos públicos federais devem conduzir também um estudo técnico preliminar (ETP) quando planejarem contratar bens, serviços e obras (ver Seção 3.1). O ETP permite que os órgãos identifiquem necessidades e encontrem soluções compatíveis com o interesse público, seus objetivos estratégicos e as opções disponíveis no mercado. O Comprasnet conta com uma ferramenta que possibilita a criação dos estudos eletronicamente. A Figura 6.1 apresenta os elementos que devem conter no ETP. Os quadros em azul dizem respeito aos campos obrigatórios.

Figura 6.1. Etapas do ETP



Fonte: Baseado no artigo 7º da Instrução Normativa nº 40/2020.

O departamento técnico e a unidade requisitante (ou seja, a unidade demandante dos bens ou serviços) e a equipe de planejamento da contratação, quando houver, são responsáveis pela condução do estudo técnico preliminar. A etapa do **estudo de mercado**, que permite a prospecção e análise das alternativas possíveis de soluções no mercado, é voluntária.

A Instrução Normativa nº 40/2020 sobre o ETP indica as fontes de informação que devem ser utilizadas no estudo de mercado: 1) contratações similares feitas por outros órgãos e entidades, com objetivo de identificar a existência de novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da Administração Pública; e 2) consulta, audiência pública ou diálogo transparente com potenciais contratadas, para coleta de contribuições. A regulação não esclarece quais as fontes de informação são necessárias para o preenchimento das demais etapas do ETP, como a descrição das necessidades ou estimativa do valor da contratação.

A **pesquisa de preços** - conduzida pelos órgãos e entidades públicas para estimar o preço máximo aceitável para uma proposta licitatória – é também parte integrante da fase de planejamento da contratação. A Instrução Normativa nº 73/2020 estabelece os parâmetros e metodologias necessários para a realização da pesquisa que deve ser baseada nas seguintes fontes de informação:

- o painel de preços do Comprasnet, contendo informações acerca dos preços praticados pela administração no período de até um ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;
- contratos similares celebrados por outras entidades públicas que ainda estejam em vigor ou já tenham expirado no prazo de até um ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;
- pesquisa publicada em mídia especializada ou sítios eletrônicos em geral no período de até um ano anterior à data de divulgação do instrumento convocatório;
- pesquisa direta com fornecedores realizada em período inferior à 180 dias anteriores à pesquisa de preços;

Os órgãos públicos devem priorizar as informações provenientes do painel de preços do Comprasnet e contratos similares. As estimativas do preço de referência devem se basear na média, mediana ou no menor dos valores obtidos sobre um conjunto de ao menos três preços advindos das fontes supramencionadas. A autoridade competente pode utilizar outros métodos, desde que devidamente justificados, e pode também desconsiderar valores excessivamente baixos ou elevados, desde que justifique a racionalidade empregada. Ademais, a pesquisa de preços deve ser formalizada em um documento contendo, no mínimo (a) a identificação do agente responsável pela cotação, (b) as fontes consultadas, (c) série de preços coletados, (d) método matemático aplicado para a definição do valor estimado; e (e) justificativas para a metodologia utilizada.

As **audiências públicas** prévias à publicação de editais de licitação, referentes às contratações de valores elevados (superiores à R\$ 300 milhões)⁸⁰, também podem ser realizadas no planejamento das contratações. Este diálogo entre a entidade contratante e o setor privado poderia servir como um fórum para o intercâmbio de informações sobre soluções inovadoras e alternativas. No entanto, isto não ocorre na prática. A OCDE verificou que as audiências públicas são realizadas geralmente para fins de transparência quando aspectos sociais de grandes projetos são debatidos. As discussões são genéricas e os aspectos técnicos dos projetos são raramente considerados. Além disso, as empresas geralmente são, compreensivelmente, relutantes em falar publicamente sobre soluções técnicas exclusivas ou sigilosas.

Apesar das reformas recentes a partir da introdução do PAC e a extensão do ETP para todos os procedimentos licitatórios, o planejamento das contratações no Brasil permanece incipiente. A efetividade das reformas ainda não foi avaliada. No passado, as regras e práticas de contratação no Brasil focaram tradicionalmente no processo licitatório e atribuíram pouca atenção às fases de planejamento e execução. Por exemplo, a OCDE verificou que, na maioria dos casos, os agentes de contratação consideram o ETP como uma mera formalidade e apenas preenchem o formulário sem realizar uma pesquisa minuciosa. Enquanto alguns órgãos federais contam com a maturidade, o orçamento, o pessoal e os procedimentos internos para planejar as contratações de forma adequada, a maioria carece de tempo e pessoal com capacidade e conhecimento apropriado para conduzir pesquisas de mercado amplas e completas. Em geral, os ETPs não contêm informações específicas – como os bens e serviços disponíveis no mercado e os preços – quem constituem elementos importantes para o desenho de contratações competitivas.

6.2. Desenvolvimento da Inteligência de Mercado

A inteligência de mercado é a informação sobre as características de bens ou serviços específicos ou setores de atividade econômica. Em compras públicas, esta informação contribui para a identificação de oportunidades de aquisição economicamente eficientes, desenvolvimento de estratégias que cumpram com as necessidades de contratação e desenho de licitações competitivas. A inteligência de mercado possui duas vertentes:

1. **interna:** compreensão da necessidade da contratante
2. **externa:** compreensão das soluções e capacidade da oferta, e identificação das tendências de mercado, também conhecida como pesquisa ou análise de mercado (OCDE, 2016)

Esta seção foca na pesquisa externa de mercado, que apoia as entidades contratantes a compreender as soluções e capacidades da oferta e, dessa forma, desenhar licitações tecnicamente rigorosas, levando em consideração soluções e alternativas inovadoras, fomentando a competitividade dos processos licitatórios e reduzindo as chances de conluio entre os proponentes. (OCDE, 2018)

As decisões que se beneficiam da inteligência de mercado interna e externa incluem as relativas às especificações técnicas das licitações, orçamentos e preços de referência, agrupamento de contratos em itens individuais ou múltiplos, agregação da demanda, e definição da modalidade e procedimento

específico de licitação, como por exemplo, concorrência, tomada de preços, convite, pregão ou regime diferenciado de contratações (OCDE, 2018).

A pesquisa de mercado externa deve apontar ao menos:

- fornecedores presentes no mercado, novos concorrentes ou potenciais concorrentes, e sua localização, tamanho, recursos, capacidade disponível e desempenho anterior
- bens e serviços disponíveis, incluindo informações atualizadas sobre soluções inovadoras e desenvolvimentos internacionais, preços, políticas de desconto, condições de entrega e outros termos e condições de venda;
- condições locais de oferta e demanda que possam embasar o desenho da licitação, incluindo a composição dos itens ou adjudicação da proposta vencedora por zonas geográficas; e
- características de mercado que poderiam tornar o cartel em licitação mais ou menos provável, como, por exemplo, os níveis de transparência do mercado objeto da licitação, o número de fornecedores, e as barreiras à entrada de concorrentes.

Os elementos da análise de mercado externa são detalhados no Quadro 6.1.

Quadro 6.1. Elementos do estudo de mercado de fornecedores

A análise do mercado de fornecedores permite um **entendimento estratégico** sobre:

- o funcionamento do mercado;
- as tendências e previsões do mercado, incluindo avanços tecnológicos;
- a competitividade do mercado;
- os recursos, capacidades e desempenho do mercado;
- informações a respeito dos principais fornecedores, participação de mercado e risco de conluio;
- como o mercado pode ser aperfeiçoado para atender melhor às necessidades dos clientes;
- como funciona a precificação no mercado, a estrutura de custos e tendências de preços;
- os riscos do mercado e como mitigá-los; e
- a probabilidade de fracasso do mercado.

Os **resultados** da análise de mercado para o processo licitatório incluem:

- o planejamento e elaboração do orçamento da atividade de aquisição;
- desenho de documentos licitatórios que satisfaçam as necessidades da entidade pública com as soluções de suprimento disponíveis, incluindo especificações adequadas e relevantes e a avaliação do critério de seleção das propostas;
- a escolha da modalidade adequada e estratégia de contratação, tanto em relação ao funcionamento atual do mercado quanto ao futuro, no que tange à novos entrantes e tecnologias inovadoras;
- a estruturação de licitações sustentáveis e competitivas; e
- a realização da contratação sem impactos negativos à base de fornecedores.

As principais repercussões consistem em:

- otimização do uso dos recursos;
- identificação e gestão de riscos relacionados ao fornecimento; e
- oportunidades mais diversas e mais justas para os fornecedores;

Os benefícios da análise do mercado de fornecedores aumentam em proporção ao grau de risco comercial e de despesas com bens ou serviços.

Fonte: (OCDE, 2016).

A realização da pesquisa de mercado externa é voluntária no Brasil. Os órgãos públicos devem elaborar o ETP para todos os processos de licitação, porém a etapa do estudo de mercado, que permite a identificação e análise de soluções, não constitui um requisito obrigatório. Não está claro como os requisitos obrigatórios do ETP (como a descrição da solução, estimativa das quantidades a serem contratadas, e justificativa para o parcelamento do contrato em lotes) podem ser determinados sem uma avaliação adequada dos fornecedores e soluções no mercado, fornecedores atuais e potenciais, e capacidade de entrega.

O Brasil deve tornar obrigatória a etapa de estudo de mercado em todos os processos licitatórios (sendo exceção possível apenas os casos de licitações repetitivas e de baixo valor nas quais o estudo de mercado foi conduzido recentemente) e adotar diretrizes sobre como conduzi-la. A Seção 6.2 contém algumas recomendações acerca dos elementos que devem ser abrangidos por tais diretrizes.

Apropriada alocação de tempo e recursos para a pesquisa de mercado

A importância do estudo de mercado para o planejamento e desenho dos processos de compras públicas requer a destinação de tempo e recursos adequados. Os levantamentos de mercado devem ser conduzidos por equipes de agentes de contratação que possuam arcabouço e experiências profissionais que os habilitem a – individualmente ou coletivamente – compreender as necessidades das unidades requisitantes e as condições de mercado.

Uma tendência crescente entre os países da OCDE consiste em atribuir o estudo de mercado a gestores de categoria familiarizados com produtos e setores econômicos específicos (OCDE, 2016)

No Brasil, a lei não indica a área responsável pelas análises de mercado. De modo geral, a atividade é conduzida por servidores públicos que atuam no órgão contratante e que não receberam treinamento específico. A Instrução Normativa nº 40/2020 prevê que as unidades requisitante e técnica (a unidade que conta com conhecimento especializado sobre o mercado) são responsáveis de forma conjunta pela elaboração do ETP.

A OCDE recomenda a criação de departamento especializado em levantamentos de mercado na estrutura dos órgãos contratantes ou a garantia de que as entidades compradoras possuam recursos e suporte suficientes para conduzir análises de mercado completas através das estruturas de que dispõem. As equipes encarregadas pelo estudo de mercado devem contar com o orçamento necessário, recursos de tecnologia da informação e pessoal instruído sobre os desenvolvimentos e inovações de mercado nos setores correspondentes.

O Quadro 6.2 demonstra como o Instituto Mexicano do Seguro Social (*Instituto Mexicano del Seguro Social* - IMSS) implementou uma unidade de estudo de mercado seguindo as recomendações da OCDE.

Quadro 6.2. Unidade de estudo de mercado do Instituto Mexicano do Seguro Social (IMSS)

Em 2011, a OCDE recomendou que o IMSS reformulasse os seus estudos de mercado atribuindo tempo adequado a esta atividade, coletando as informações necessárias através de fontes de boa qualidade, e mantendo a confidencialidade das informações obtidas em relação aos licitantes. Em seguida, o IMSS adotou medidas significativas para fortalecimento dos recursos voltados para a pesquisa de mercado, particularmente no âmbito da centralização das compras públicas.

A partir de 2012, antecipando uma consolidação ampla dos processos licitatórios, o estudo de mercado se tornou mais institucionalizado, deixando de ser uma atividade pontual para se tornar um trabalho sistemático, conduzido por uma unidade especializada.

Em junho de 2016, a unidade de estudo de mercado se tornou independente ao ser separada da unidade de contratação. Como resultado dessas mudanças a equipe central de estudo de mercado foi munida com 27 funcionários, se tornou completamente autônoma, e encarregada pela condução de levantamentos de mercado de todas as licitações públicas consolidadas e centrais. Em relação às licitações consolidadas, o IMSS assumia a liderança das contratações voltadas para atendimento de suas próprias necessidades de contratação, assim como de outros órgãos públicos que integraram a licitação (e, por conseguinte, a licitação consolidava as necessidades entre os órgãos públicos); no caso das licitações centralizadas, no âmbito do IMSS havia um departamento responsável pelas aquisições a título do escritório central e regional do IMSS (e, dessa forma, a condução da licitação era centralizada). Os membros da equipe receberam treinamento do Instituto Nacional de Administração Pública (*Instituto Nacional de Administración Pública* - INAP) em diversos temas, incluindo estudo de mercado para compras públicas. A equipe participou também de cursos presenciais do Ministério de Assuntos Públicos (*Secretaría de la Función Pública* - SFP) sobre a realização de levantamentos de mercado e compartilhamento de melhores práticas entre os órgãos públicos.

Em 2018, o estudo de mercado foi incorporado aos processos de contratação do IMSS, ao menos para licitações consolidadas e centrais. A padronização das etapas de contratação e sua relativa estabilidade possibilitou a alocação de tempo adequado para a realização do estudo de mercado.

Desde 2019, o IMSS não é mais responsável pela consolidação de aquisições de medicamentos. A atividade é conduzida pelo Ministério da Fazenda do México.

Fonte: (OCDE, 2018).

Os órgãos compradores no Brasil podem contar ainda com a contratação de consultores externos para a realização do estudo de mercado. Esta é uma prática comum, especialmente para etapas específicas da pesquisa de mercado, quando os compradores não possuem conhecimentos especializados (OCDE, 2016). Os consultores externos são contratados através de processos seletivos, devem assinar acordo de confidencialidade e informar quaisquer conflitos de interesse. (Ver Quadro 6.3 sobre a experiência do México).

Quadro 6.3. Emprego de consultores externos no IMSS

O IMSS sempre empregou consultores externos para a etapa de estudo de mercado. Inicialmente, os consultores desempenhavam um papel proeminente na execução dos levantamentos. À medida que o IMSS aperfeiçoou a sua expertise e estabeleceu uma unidade especializada em seu organograma, as atribuições dos consultores foi reduzida a uma função de assessoria e apoio no processo de desenho da licitação, como os produtos e serviços que deveriam ser incluídos nas licitações e a composição dos lotes.

Fonte: (OCDE, 2018)

Fontes de Informações

A Instrução Normativa nº 40/2020 descreve as fontes de informações que devem ser utilizadas na elaboração do estudo de mercado como uma parte facultativa dos estudos técnicos preliminares: (a) contratações similares de outros órgãos, com objetivo de identificar novas metodologias, tecnologias ou inovações que melhor atendam às necessidades da administração; e (b) consulta, audiência pública ou diálogo transparente com potenciais contratadas. O emprego destes parâmetros não é obrigatório.

A Instrução Normativa nº 5/2014, alterada pela instrução normativa nº 03/2017, define as fontes de informações que devem ser observadas pelos órgãos compradores ao realizar a pesquisa de preços (ver Seção 6.1)

O estudo de mercado deve levar em consideração o maior número de informações possível. Informações históricas que podem ser encontradas no painel de preços e contratações similares constituem uma boa base de partida, mas devem ser complementadas com outras fontes. Contratações prévias podem ter sido resultado de procedimentos não-competitivos ou terem sido afetadas por acordos colusivos ou, simplesmente, as condições de mercado podem ter evoluído, reduzindo assim a utilidade dos dados históricos na análise de mercado, por não refletir condições de mercado genuínas. (OCDE, 2018).

Informações obtidas por meio de potenciais contratadas (ver quadro 6.4) podem ser úteis. O envolvimento dos fornecedores nas diferentes etapas do processo licitatório contribui para a redução da assimetria de informação entre a entidade contratante e o mercado. Por sua vez, os fornecedores geralmente possuem mais informações que a entidade compradora em relação aos custos, preços, tendências comerciais, produtos ou serviços e seus substitutos. O diálogo inicial com os potenciais contratados pode maximizar também a participação no processo licitatório, permitindo que potenciais licitantes tenham tempo para preparar as suas propostas (OCDE, 2019). Os mecanismos de participação prévia, que abrangem desde solicitações de informação, consulta pública de editais, consultas bilaterais com fornecedores, trocas de informação e diálogos competitivos podem ser extremamente úteis para as autoridades contratantes e para o aprimoramento da qualidade das especificações técnicas (OCDE, 2016). Diversos países publicam as minutas ou sumários das participações prévias ou mesas-redondas com os fornecedores, mas esta não se trata de uma prática sistemática.

De acordo com uma pesquisa realizada pela OCDE em 2018, para avaliar o progresso da implementação da Recomendação da OCDE sobre Contratos Públicos, 73,5% dentre os 39 países que responderam à pesquisa conduzem diálogos regulares com fornecedores e associações empresariais em uma série de contextos institucionais (OCDE, 2019). O Quadro 6.4 ilustra experiências internacionais selecionadas em relação à participação das partes interessadas.

Quadro 6.4. Experiências internacionais em relação à participação dos fornecedores

Em alguns países, como a Bélgica, Noruega ou Hungria, as associações empresariais ou câmaras de comércio participam de comitês institucionais para discutir aspectos gerais do sistema de contratação.

Na Irlanda, o Escritório de Compras Governamentais promove encontros com fornecedores por meio de seis *workshops* anuais.

Alguns órgãos centrais de contratação realizam consultas formais e informais diretamente com um painel de fornecedores. Este é o caso, por exemplo, da Itália, Coreia do Sul e França, onde as Convenções com potenciais fornecedores possibilitam o encontro entre os órgãos compradores e os fornecedores.

No Canadá, pedidos de informação são emitidos antes da licitação, enquanto na Grécia, a autoridade central de aquisições realiza diálogos bilaterais com os fornecedores relevantes selecionados a partir do Registro Eletrônico Central de Compras Públicas, a depender dos bens e serviços que serão contratados. Na Lituânia, as autoridades contratantes divulgam os encontros e consultas prévias à licitação em seu portal eletrônico.

Na Nova Zelândia, encontros intitulados “conheça os compradores” são organizados para algumas categorias de fornecedores, como pequenas e médias empresas.

Fonte: (OCDE, 2019).

O Brasil deve adotar todos os requisitos previstos na Instrução Normativa nº 5/2014, sobre pesquisa de preços, e na Instrução Normativa nº 40/2020, sobre estudo de mercado obrigatório, incluindo participação inicial dos fornecedores, através de audiências e consultas públicas ou diálogos transparentes. Outros parâmetros podem ser considerados durante a realização da pesquisa de preço e do estudo de mercado, incluindo:

- Experiências internacionais de contratação do mesmo produto, serviço ou obras equivalentes;
- Informações sobre a execução do contrato - para além do resultado das licitações - como falhas no fornecimento dos produtos, violação, modificação ou rescisão de contratos, especialmente por parte das unidades demandantes. Essas informações podem ser valiosas no desenho e na definição das especificações das licitações.
- Condições locais de oferta e demanda, que podem incluir a localização geográfica e proximidade de fontes de abastecimento ou características particulares em termos de padrão de consumo; estas informações devem embasar o desenho da licitação, incluindo a composição dos lotes ou a adjudicação de contratos para zonas geográficas.

Recomenda-se que todos os parâmetros sejam documentados e que sejam estabelecidas diretrizes quanto ao uso apropriado destes.

Em relação à participação previa dos fornecedores, as autoridades públicas devem priorizar as reuniões individuais, em vez de eventos amplos ou ferramentas digitais que garantam o anonimato dos participantes nessas reuniões, em particular, nas licitações em mercados mais inclinados ao conluio (ver Seção 9.4). Além disso, os órgãos públicos, ao desenhar as licitações, devem ter o cuidado de não confiar exclusivamente nas informações providas de boa-fé pelos potenciais contratados durante o estudo de mercado. Os órgãos devem valer-se de outras fontes ou recursos, a fim de formular juízo próprio sobre como adaptar as licitações à realidade do mercado.

Houve casos em que as empresas coordenaram as informações providas no estudo de mercado para influenciar a decisão da entidade contratante. O quadro 6.5 apresenta uma investigação realizada pela Autoridade de Concorrência do México – COFECE - em relação à manipulação de orçamentos durante a fase do estudo de mercado de uma contratação pública.

Quadro 6.5. Investigação da COFECE em relação à manipulação de cotações de preço na etapa do estudo de mercado, México

No dia 30 de janeiro de 2018, a COFECE divulgou a aplicação de multas de cerca de 7 milhões de pesos mexicanos em relação a três empresas e diversas pessoas físicas por terem praticado cartel em um processo de contratação de serviços de monitoramento de mídia conduzido por uma série de órgãos públicos entre 2012 e 2016.

A COFECE concluiu que as empresas: 1) manipularam as cotações de preços encaminhados durante a etapa do estudo de mercado; 2) coordenaram propostas; 3) se abstiveram estrategicamente de participar em licitações determinadas. Enquanto uma empresa seria vencedora do contrato relativo aos serviços de monitoramento de mídia, as outras empresas seriam selecionadas em subcontratações ou trabalhos relacionados ao serviço da empresa contratada.

A COFECE estimou que o cartel resultou em uma média de sobrepreço de cerca de 14,5%, somando danos de cerca de 3 milhões de pesos mexicanos.

Fonte: COFECE (2018), *press release* COFECE-05-2018, www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/02/COFECE-05-2018-COFECE.pdf.

Consultas prévias com fornecedores devem estar sujeitas também a regras de publicidade e transparência, que podem incluir, por exemplo, a publicação de minutas ou sumários de participação prévia, ou encontros de mesas-redondas com fornecedores (OCDE, 2019). O Quadro 6.6 demonstra como a autoridade central de aquisições do Chile, *ChileCompra*, utiliza meios eletrônicos para garantir a transparência dos processos de consulta com fornecedores. O diálogo com potenciais fornecedores deve levar em consideração as questões e pontos ilustrados no Quadro 6.7.

Quadro 6.6. Consultas a fornecedores realizadas pela autoridade central de aquisições do Chile, *ChileCompra*

Antes de realizar uma licitação, a ChileCompra conduz um processo de consulta pública com fornecedores, divulgada pelo site <https://www.chilecompra.cl/> e pelo Twitter. A consulta almeja obter informações sobre preços, características do produto ou serviço, tempo necessário de preparação dos licitantes e quaisquer informações que possam contribuir para o sucesso do processo licitatório.

ChileCompra também possui um fórum online com perguntas e respostas sobre cada licitação antes do prazo de abertura de propostas, que é particularmente interessante para potenciais fornecedores que estão geograficamente distantes de Santiago, onde o escritório da *ChileCompra* está localizado. Esse mecanismo também garante transparência, contribuindo para o tratamento equitativo e a concorrência justa.

Fonte: OCDE Public Procurement Toolbox (2016), "Country Case: Consultation with suppliers by the Chilean central purchasing body ChileCompra", www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/consultation-suppliers-chilean-central-purchasing-body-ChileCompra.pdf.

Quadro 6.7. Exemplos de perguntas para iniciar o diálogo com potenciais fornecedores

- Possui interesse nesta oportunidade?
- Caso contrário, por que não?
- O modelo de negócios é realista?
- Os objetivos do negócio são realistas? O negócio é atrativo?
- Quais os possíveis riscos?
- Poderia apresentar uma previsão de preço, os principais fatores de custo e como poderiam ser minimizados?
- Poderia apresentar uma previsão geral de cronograma?
- Existem abordagens melhores?
- Que valor os potenciais fornecedores poderiam agregar em termos de sustentabilidade quanto ao objeto do contrato?
- Como os potenciais fornecedores poderiam agregar valor em termos de sustentabilidade entre outros temas em relação aos requisitos supramencionados?
- Poderia compartilhar exemplos de boas ou más práticas em termos de como outros fornecedores tentaram assegurar estes produtos ou serviços e o que podemos fazer para conferir clareza e melhorar o processo licitatório para potenciais fornecedores?

Fonte: Excerto de Rota 3 (*Supply Market Analysis - Example Questions*) do Governo da Escócia "Procurement Journey". www.procurementjourney.scot/supply-market-analysis-example-questions

Procedimento padrão para a realização do estudo de mercado

O Brasil não dispõe de um procedimento normalizado para a realização de levantamentos de mercado. Como explicado na Seção 6.1, as entidades compradoras possuem discricionariedade quanto à realização de levantamentos de mercado, que pode ser a razão de não haver diretrizes disponíveis sobre esta etapa.

Além da obrigação de realizar levantamentos de mercado, como recomendado na Seção 6.1, o Brasil deve considerar a introdução de diretrizes padronizadas quanto ao funcionamento dos levantamentos. Alguns países da OCDE fornecem às entidades contratantes diretrizes sobre a forma de realizar análises de mercado relevantes e estruturadas. Por exemplo, na Austrália, o governo estadual de Queensland desenvolveu diretrizes sobre como realizar levantamentos de mercado relevantes e estruturados (ver Quadro 6.8)

Quadro 6.8. Diretrizes elaboradas pelo estado de Queensland, Austrália, sobre a análise de mercado em termos de oferta

As Diretrizes publicadas pelo governo do estado de Queensland sobre a análise de mercado em termos de oferta (*Supply Market Analysis*) sublinha a importância de realizar uma análise sólida do mercado de abastecimento. De acordo com o documento, os recursos investidos na análise de mercado nas licitações são sempre mais do que compensados pelos benefícios obtidos na melhoria do custo-benefício e na redução do risco para a agência.

De acordo com as diretrizes, as etapas para a realização de uma análise de mercado estruturada compreendem:

1. Planejamento da análise de mercado em termos de oferta

- a. **Diligências preliminares** para compreender a demanda e os requisitos comerciais do produto ou serviço e verificar se o governo realizou recentemente uma análise do mercado de abastecimento (ou se planejou a realização) para a categoria de produto ou serviço em consideração.
- b. **Elaboração de um plano de investigação**, através da definição de um cronograma do projeto, delineando as principais atividades e prazos para a finalização da análise; estabelecendo claramente as metas, objetivos e âmbito da análise; identificando os recursos humanos, financeiros e físicos necessários para a realização da análise; estabelecendo um quadro sólido para a realização da investigação; e, finalmente, identificando potenciais fontes de informação e métodos de investigação.

2. Elementos da análise de mercado em termos de oferta

- a. **Estrutura do mercado**: delimitação do mercado ou segmentos relevantes; tamanho total do mercado; fornecedores-chave no mercado e suas respectivas participações neste; estruturas de propriedade existentes no mercado; e rentabilidade de diferentes fornecedores.
- b. **Competitividade**: análise de como os fornecedores competem no mercado, incluindo a disponibilidade, preços atuais e futuros de produtos e serviços; tendências futuras; e a probabilidade de concorrentes entrarem ou deixarem o mercado.
- c. **Cadeia de suprimentos**: investigação de todas as partes envolvidas no processo de criação de um bem ou serviço - desde insumos até a produção, distribuição e marketing até o usuário final - para analisar a cadeia de suprimentos a fim de compreender o valor agregado das diferentes partes; possíveis custos desnecessários; dependências e seus riscos potenciais, e como estes e outros riscos podem ser gerenciados.
- d. **Bens e serviços substitutos** pesquisa de bens ou serviços substitutos a fim de buscar formas alternativas de atender às exigências da agência.
- e. **Valor da agência como cliente (ou poder de compra)**: compreensão do valor da agência para o mercado de fornecimento e para fornecedores individuais, a fim de desenvolver estratégias baseadas na vontade ou relutância dos fornecedores em atender às necessidades da agência; esta etapa pode indicar estratégias para tornar a entidade contratante mais atraente enquanto cliente, e assim aumentar a concorrência para atender às suas demandas.

A análise de mercado de fornecimento inclui diversos exemplos a fim de contribuir para o entendimento dos agentes de contratação em relação às etapas do estudo de mercado.

Fonte: Governo de Queensland Government, Departamento de Estado e Obras Públicas, *Supply Market Analysis: Office of the Chief Advisor – Procurement*, www.forgov.qld.gov.au/search-procurement-resources/supply-market-analysis.

O formulário eletrônico desenvolvido pelo Ministério da Economia para elaboração do ETP poderia incluir, por exemplo, um procedimento padronizado para o estudo de mercado. Isso ajudaria a garantir que todas as pesquisas de mercado atendessem pelo menos aos requisitos mínimos, e que as informações pudessem ser mais facilmente compartilhadas entre as autoridades contratantes.

Compartilhamento de boas práticas entre as entidades contratantes

O Comprasnet, a ferramenta brasileira de *e-procurement*, fornece uma boa plataforma para a publicação e compartilhamento de informações sobre licitações e contratos. Desde 1 de julho de 2020, o Comprasnet permite que as entidades contratantes tenham acesso aos ETPs realizadas por outras entidades, o que pode ajudar a padronizar os processos e promover a economia em termos procedimentais. Além desta troca eletrônica de informações, o Brasil poderia explorar formas pelas quais entidades de compras ativas em setores similares pudessem trocar detalhes valiosos de melhores práticas, por exemplo:

- Resultados comparados de diferentes licitações;
- Identificação de padrões suspeitos de licitação;
- Análises comparativas de pesquisas com fornecedores participantes em licitações para contratações similares e propostas de preços; e
- Inteligência de mercado.

Error! Reference source not found. ilustra como as autoridades contratantes de 17 esferas do governo da Argentina criaram uma rede para o compartilhamento de informações relevantes. O Brasil desenvolveu uma iniciativa similar, a Rede Nacional de Compras Públicas.⁸¹ Esta rede reúne agências contratantes à nível federal, distrital, estadual e municipal e promove o compartilhamento de experiências. A rede também visa a profissionalizar a função de compras públicas e integrar informações para a melhoria, modernização e maior eficiência das compras públicas. No momento de redação deste relatório, a rede ainda se encontrava em fase inicial. O Brasil poderia promover o compartilhamento de informações e práticas mencionadas acima, desenvolvendo e utilizando esta rede.

Box 6.9. Rede Federal de Compras Governamentais, Argentina

Na Argentina, cada um dos três níveis de governo - nacional, provincial e municipal - pode adotar seu próprio regime de contratação. Isto resultou em ineficiências para fornecedores, autoridades contratantes e cidadãos. Os fornecedores têm sido confrontados com diferentes regras de contratação e sistemas de *e-procurement*, e, ao fornecerem bens, serviços e obras em diferentes províncias, têm sido frequentemente solicitados a apresentar o mesmo documento para cada procedimento de contratação. Isto acarretou um aumento dos custos para apresentação de propostas e teve um impacto negativo para a concorrência.

Neste contexto, em 2009, as autoridades contratantes de 17 níveis de governo decidiram criar a Rede Federal de Compras Governamentais (*Red Federal de Contrataciones Gubernamentales*). Os principais objetivos da rede são os seguintes: 1) fortalecer os regimes de compras públicas de seus membros; 2) compartilhar boas práticas; 3) promover a capacitação; 4) estabelecer mecanismos de cooperação e intercâmbio de informações; e 5) promover a harmonização das leis.

A rede se reúne regularmente e convida funcionários ou especialistas de outras entidades (como a autoridade de concorrência) para conversar sobre temas relevantes. Os membros da rede relataram que as reuniões são úteis e lhes permitem melhorar seus processos de aquisição.

Fonte: (Montes & Fretes, 2013).

6.3. Recomendações de ação

O Brasil deve tornar obrigatória o estudo de mercado para todos os processos de contratação (possivelmente com exceção de licitações repetitivas de baixo valor, para as quais a pesquisa de mercado foi realizada recentemente) e adotar diretrizes sobre como conduzi-los. O formulário eletrônico desenvolvido pelo Ministério da Economia para ETP poderia incluir esse procedimento padronizado para o estudo de mercado.

A OCDE recomenda a criação de departamentos especializados em pesquisa de mercado dentro das entidades contratantes, ou a garantia de que os compradores públicos tenham recursos e apoio suficientes para conduzir uma análise completa do mercado através das estruturas existentes. As equipes responsáveis pelo estudo de mercado devem receber o orçamento necessário, as capacidades de TI e o pessoal com conhecimento sobre os desenvolvimentos e inovações do mercado no setor correspondente.

O Brasil deve tornar obrigatório o uso de todas as fontes de informação incluídas na Instrução Normativa nº 5/2014 sobre pesquisa de preços e na Instrução Normativa nº 40/2020 sobre pesquisas de mercado, incluindo o contato prévio com fornecedores na forma de audiências públicas, consulta pública ou diálogo informal transparente. Outras fontes de informação também podem ser consideradas ao conduzir pesquisas de preços e de mercado. Estas incluem:

- Experiências internacionais com a aquisição do mesmo produto, serviço ou obra equivalentes; mesmo que as condições de mercado possam diferir, esta poderia ser uma referência apropriada.
- Informações sobre a execução do contrato - para além do resultado das licitações - como falhas no fornecimento dos produtos, violação, modificação ou rescisão de contratos, especialmente por parte das unidades demandantes. Essas informações podem ser valiosas no desenho e na definição das especificações das licitações.

- Condições locais de oferta e demanda, que podem incluir a localização geográfica e proximidade de fontes de abastecimento ou características particulares em termos de padrão de consumo; estas informações devem embasar o desenho da licitação, incluindo a composição dos lotes ou a adjudicação de contratos para zonas geográficas.

Recomenda-se que todos os parâmetros sejam documentados e que sejam estabelecidas diretrizes quanto ao uso apropriado destes.

Em relação à participação previa dos fornecedores, as entidades públicas devem privilegiar a reunião de fornecedores individualmente em vez de reuni-los todos no mesmo lugar ou confiar em ferramentas digitais que garantam o anonimato dos participantes de tais reuniões, em particular, para licitações em mercados mais propensos a conluio (ver seção 9.4). Os órgãos públicos também devem se atentar para não adaptar os termos dos editais de licitação utilizando exclusiva ou fielmente informações fornecidas por contratantes potenciais durante a análise de mercado; os órgãos devem utilizar uma variedade de fontes e seu próprio julgamento para adaptar as propostas à realidade do mercado. A consulta antecipada aos fornecedores também deve estar sujeita às regras de publicidade e transparência.

O Brasil poderia explorar formas pelas quais as entidades de compras ativas em setores similares pudessem trocar detalhes valiosos de melhores práticas, tais como resultados comparativos de licitações de diferentes projetos, identificação de padrões de licitação suspeitos, Análises comparativas de pesquisas com fornecedores participantes em licitações para contratações similares, e preços oferecidos; e inteligência de mercado.

7. Otimização da participação de licitantes verdadeiramente competitivos

O incentivo à participação de um número maior de licitantes aumenta a concorrência e reduz o risco de cartel em licitação, que, por sua vez, aumenta a possibilidade de melhor emprego dos recursos (desde que a participação seja genuína).

7.1. Priorizando licitações competitivas

Entre 2017 e 2019, a maior parte dos fundos para contratações públicas no Brasil foram atribuídos utilizando contratações diretas. Em 2017, por exemplo, 75% do valor dos contratos federais foi adjudicado diretamente. Este percentual diminuiu desde então, o que é um desenvolvimento positivo, mas as contratações diretas ainda representavam 54% do valor dos contratos federais em 2019 (ver **Error! Reference source not found.**). O emprego de contratações diretas varia entre as autoridades contratantes no Brasil e parece estar inversamente relacionado com a complexidade dos contratos de aquisição. Por exemplo, apenas 6,23% do valor dos contratos de infraestrutura complexos realizados pelo Ministério da Infraestrutura em 2019 foi formalizado por meio de contratação direta. No caso do Ministério da Educação esse valor era de 50%, enquanto o Ministério da Saúde utilizou a contratação direta em 33% do valor de seus contratos.⁸²

No momento de elaboração deste relatório, a pandemia de COVID-19 havia criado uma crise econômica e sanitária sem precedentes que causou graves choques na cadeia de suprimento e distribuição de bens, obras e serviços utilizados pelo setor público. Ao mesmo tempo, os órgãos contratantes de todo o mundo precisaram urgentemente de bens específicos em volumes dramaticamente maiores, em particular para máscaras faciais, luvas de proteção, aparelhos de ventilação, leitos, medicamentos, material de terapia intensiva, testes de COVID-19, suprimentos de laboratório e infraestrutura hospitalar. (OCDE, 2020).

Quadro 7.1. Documento de orientação da OCDE, COVID-19: Concorrência e aquisições emergenciais

No contexto da pandemia de COVID-19, a OCDE publicou um documento de orientação contendo recomendações para as entidades de compras públicas e autoridades de concorrência em relação às aquisições emergenciais.

As entidades contratantes devem:

- Seguir as regras e diretrizes nacionais e internacionais sobre aquisições emergenciais relacionadas à COVID-19.
- Empregar contratações diretas apenas para atender a necessidades atuais, urgentes e imprevisíveis.
- Verificar de antemão a possibilidade de renovar ou estender os contratos existentes antes de realizar uma contratação direta.
- Certificar-se que o potencial fornecedor contratado é o único capaz de fornecer os bens, serviços e/ou obras necessárias dentro do prazo. Se houver como alternativa uma série de potenciais fornecedores, avaliar se há tempo para conduzir um concurso sumário. Se não houver tempo, a contratação direta de um ou mais dos fornecedores disponíveis pode ser justificada.
- Empregar, na medida do possível, a inteligência de mercado disponível para informar as decisões sobre compras emergenciais. Os dados existentes de aquisições relacionados aos sobre preços observados, fornecedores, capacidades, etc., podem ser úteis para obter um quadro geral das condições de mercado antes da pandemia e negociar preços e condições de entrega durante a crise.
- Reunir forças e conduzir aquisições conjuntas para atrair fornecedores, obter economia processual e limitar picos de preços através de economias de escala e exercício de poder de compra.
- Reduzir gradativamente os procedimentos de contratação direta à medida que as necessidades se tornam previsíveis e começar a planejar licitações competitivas para as necessidades de médio e longo prazo resultantes da crise.

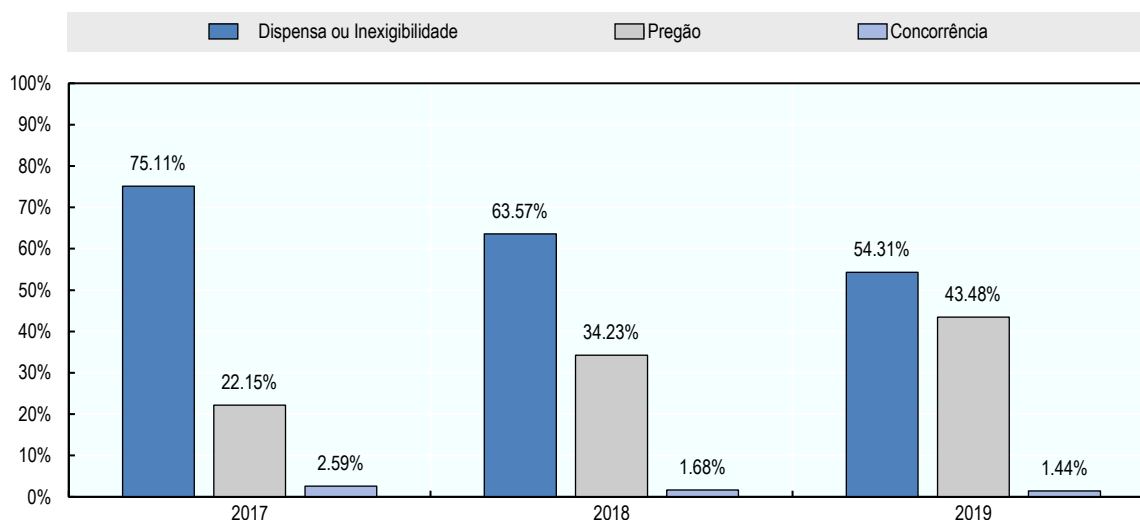
As autoridades de concorrência devem:

- Intensificar as iniciativas de advocacia da concorrência junto às entidades contratantes para alertá-las sobre os riscos e condições que devem ser atendidas antes de considerar a contratação direta.
- Manter vigilância e monitorar padrões suspeitos de venda (ou seja, preços altos) nas aquisições de emergência relacionadas à Covid-19.

Fonte: <https://www.oecd.org/competition/COVID-19-competition-and-emergency-procurement.pdf>

Este contexto de capacidade reduzida em termos de oferta e aumento da demanda tem exortado as administrações públicas em todo o mundo a usar cada vez mais contratações diretas para atender às necessidades emergenciais. Este também tem sido o caso no Brasil, onde 87% do valor dos contratos federais de janeiro a junho de 2020 foi relativo a contratações diretas.⁸³ A Lei Federal nº 13.979/2020, adotada para o enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente do coronavírus,⁸⁴ estabelece a dispensa de licitação para a aquisição de bens, serviços e insumos destinados ao enfrentamento da pandemia. A dispensa só será válida durante a emergência de saúde pública. A lei também simplificou o procedimento de licitação, por exemplo, eliminando a obrigação de realizar ETPs para bens e serviços comuns e permitindo termos de licitação simplificados.

Figura 7.1. Modalidades de licitação em termos de valores contratados, 2017-2019



Nota: O uso de outras modalidades de compras é pouco substancial. Note-se que os dados contratuais publicados em www.portaltransparencia.gov.br incluem os contratos celebrados entre entes públicos e empresas estatais, as quais estão isentas da aplicação das leis de contratação pública e são, em geral, adjudicados diretamente.

Fonte: www.portaltransparencia.gov.br/licitacoes?ano=2017.

A Recomendação da OCDE sobre Contratos Públicos estimula o emprego das licitações como procedimento padrão de contratação e a restrição quanto ao uso das contratações diretas (OCDE, OECD Recommendation of the Council on Public Procurement, 2015). A licitação competitiva é a maneira mais eficaz de obter uma boa relação de custo-benefício. A rivalidade genuína entre os participantes - quando elaboram e realizam propostas de forma totalmente independente – impulsiona eficiências, combate a corrupção, obtenção de preços justos e razoáveis e assegura resultados competitivos, resultando em soluções inovadoras e de maior qualidade. Por exemplo, o uso de licitações competitivas pelo Instituto Mexicano do Seguro Social (IMSS) entre 2013 e 2017 resultou em preços 11,2% a 11,9% mais baixos do que o preço prevalecente quando uma contratação direta ou um convite restrito foi empregado. (OCDE, 2018).

O Brasil deve limitar as condições relativas ao emprego da contratação direta (ver **Error! Reference source not found.** O país deve restringir ainda mais as condições em que esses procedimentos excepcionais são realizados, verificar se as condições necessárias são estritamente cumpridas e impedir a contratação direta injustificada. Quadro 7.2 ilustra uma investigação conduzida pelo Reino Unido relação aos contratos vencedores firmados durante os primeiros quatro meses da pandemia de COVID-19. A investigação encontrou irregularidades em alguns dos procedimentos de contratação (a maioria relativa a contratações diretas ou contratos diretos no âmbito de acordos preexistentes).

Quadro 7.2. Investigação conduzida pelo governo britânico sobre as compras públicas no contexto da pandemia de COVID-19

Em 18 de novembro de 2020, a Controladoria-Geral do Reino Unido (*UK comptroller and auditor general*) lançou um relatório relativo a uma investigação sobre as compras governamentais no contexto da pandemia de COVID-19, cobrindo o período de março a 31 de julho de 2020.

Até o dia 31 de julho de 2020, mais de 8.600 contratos relacionados à pandemia foram adjudicados, com um valor de 18 bilhões de euros. Novos contratos representaram 17,3 bilhões de euros, dos quais 60% foram adjudicados através de contratações diretas, 39% diretamente utilizando acordos preexistentes e 1% utilizando um procedimento de licitação competitiva ou um processo de licitação competitiva a partir de um contrato preexistente.

Embora o relatório reconheça que a pandemia da COVID-19 se tratou de uma circunstância excepcional, o documento enfatiza que o setor público deve sempre respeitar certos padrões. A investigação constatou que:

- Os órgãos contratantes não documentaram adequadamente a razão de um fornecedor específico ter sido escolhido e como quaisquer riscos associados à ausência de concorrência foram identificados e mitigados.
- Alguns contratos foram adjudicados depois de alguns trabalhos já terem sido realizados.
- Em certos casos, parte da documentação não justificava decisões chave relativas à contratação, como por exemplo, por que fornecedores com baixa classificação de devida diligência foram escolhidos ou como os conflitos de interesses foram gerenciados.
- Muitos dos contratos não foram publicizados em tempo hábil.

O relatório conclui com uma série de recomendações para os órgãos de premiação, inclusive:

- A publicação de informações básicas sobre as contratações dentro de 90 dias após a adjudicação.
- Provedimento de documentação clara ao estabelecer e utilizar outros procedimentos de contratação que não sejam as licitações.
- Nos casos de contratações diretas, documentar claramente como potenciais conflitos de interesse ou viesamentos foram considerados e gerenciados no processo de contratação.

Source: www.nao.org.uk/wp-content/uploads/2020/11/Investigation-into-government-procurement-during-the-COVID-19-pandemic-Summary.pdf

A crise causada pela COVID-19 não deve ser usada como justificativa para perpetuar a contratação direta. A duração da crise ainda é incerta e embora o impacto inicial da pandemia tenha sido inesperado, o planejamento das necessidades de aquisições a médio e longo prazo deve se tornar mais fácil. As contratações diretas devem, portanto, ser suprimidas gradativamente em favor de soluções de contratação mais competitivas. (OCDE, 2020).

7.2. Padronização dos documentos de contratação

A Advocacia Geral da União (AGU) elaborou documentos padrão para procedimentos comuns de contratação, disponibilizando-os em seu *website*.⁸⁵ Os modelos fornecem um ponto de partida na concepção de editais de licitação, termos de referência, projetos básicos de obras e serviços, e contratos, a fim de garantir a legalidade dos documentos de licitação e facilitar as verificações legais por parte da

AGU. A Instrução Normativa Nº 5/2017 torna obrigatório o uso dos modelos da AGU para a contratação de serviços.

Estes documentos padronizados agora incluem: pregões eletrônicos; aquisições no contexto da pandemia de COVID-19; contratação de obras por meio do regime diferenciado; pregão de serviços continuados, que não podem ser interrompidos sem causar danos à Administração Pública; contratação de serviços não continuados; pregão de serviços comuns de engenharia; serviços não comuns de engenharia; e serviços de TI.

O Ministério da Economia também está desenvolvendo modelos para a criação de PACs eletrônicos e ETPs por meio do Comprasnet. O TCU também elaborou modelo próprio de edital de licitação para as contratações na modalidade pregão eletrônico.⁸⁶

A utilização de formulários padrão de licitação que cubram todas as etapas do processo de aquisição (desde o planejamento até a execução do contrato) simplifica o processo, reduz os custos da licitação e incentiva a participação nos processos licitatórios.

O Brasil deve considerar o desenvolvimento de modelos padrão e obrigatórios para todos os tipos de contratação e todas as etapas do processo (planejamento, fase de licitação e execução do contrato). Todas as entidades envolvidas na supervisão geral das compras públicas - AGU, TCU, CGU, e eventualmente, o CADE - devem cooperar neste processo. Os modelos devem servir não apenas para assegurar a legalidade dos textos – tal qual o objetivo principal dos modelos desenvolvidos pela AGU - mas também considerar outros elementos, tais como clareza e planejamento estratégico; por exemplo, criando condições que favoreçam a participação e estimulando especificações técnicas.

Quadro 7.3. Manual de compras públicas do Ministério de Administração Pública do México

O Ministério da Administração Pública do México (*Secretaria de la Función Pública, SFP*) simplificou e padronizou os processos de contratação através do desenvolvimento de um manual de compras públicas. Publicado em 2010, o manual fornece um passo a passo para todas as etapas do ciclo de contratação - desde o planejamento e organização das propostas até a seleção da proposta vencedora - e padroniza os procedimentos utilizados pela Administração Pública mexicana. O documento inclui formulários de contratações padronizados (*formatos de contratación, FO-CONs*); modelos para os diferentes atos do ciclo de compras, tais como o plano anual de compras; solicitações de cotações; e o documento contendo os resultados do estudo de mercado. Os modelos são de uso obrigatório pelas entidades públicas e estão disponíveis no sistema eletrônico de aquisições mexicano, CompraNet, e na biblioteca on-line da SFP, sendo facultativos apenas nos casos em que exigências específicas justifiquem o uso de um formato diferente.

Fonte: (OCDE, 2018)

7.3. Uso restrito da pré-qualificação dos fornecedores

A Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) prevê a possibilidade de pré-qualificação dos licitantes.⁸⁷ A pré-qualificação exclui propostas de concorrentes não-qualificados, diminuindo assim o número de propostas a serem avaliadas e promovendo a economia de recursos no processo de licitação. A pré-qualificação de licitantes a fim de garantir que eles tenham a especialização técnica necessária e os recursos financeiros e de mão-de-obra para cumprir o contrato é compreensível quando há muitos concorrentes no mercado, e amplo fornecimento dos bens ou serviços demandados. Para contratos complexos que exigem uma preparação mais onerosa, restringir a participação de agentes

de mercado com altos níveis de especialização pode tornar a licitação mais atrativa, pois a chance de ganhar a proposta é maior para os concorrentes pré-qualificados do que seria em um procedimento na modalidade de concorrência (embora em tais casos o número de licitantes com a experiência e o faturamento exigidos ainda assim seja menor) (OCDE, 2014).

A pré-qualificação pode, no entanto, inibir a concorrência ao minimizar desnecessariamente o número de proponentes em uma licitação. Os processos licitatórios com número reduzido de licitantes pré-qualificados reduzem a concorrência em termos de preços e qualidade. Além disso, tendo em vista que o Brasil confere publicidade à pré-qualificação dos licitantes, como é o caso das aquisições sob o regime diferenciado de contratação, acrescenta transparência desnecessária ao processo (ver Seção 9.3). Tais circunstâncias podem facilitar a comunicação entre os licitantes e o conluio nas licitações (ver o Quadro 7.4).

Quadro 7.4. Licitação da Eletronuclear (Processo Administrativo nº 08700.007351/2015-51)

A investigação se iniciou a partir de um acordo de leniência assinado pela Superintendência Geral do CADE em conjunto com o Ministério Público Federal do Estado do Paraná e a empresa brasileira de engenharia civil e construção civil Construções e Comércio Camargo Corrêa. O acordo revelou indícios de esquema de cartel em licitação afetando os processos de contratação pública da Eletrobras Eletronuclear das obras relativas à usina nuclear Angra 3.

O desenho da licitação e, em particular, a fase de pré-qualificação, favoreceram o esquema de cartel que envolveu 7 empresas e 21 pessoas físicas. A licitação ocorreu em duas etapas: a pré-qualificação dos concorrentes e a concorrência. O contrato foi dividido em dois lotes e um proponente só poderia ter a proposta selecionada em um dos lotes. Depois que apenas dois consórcios foram pré-qualificados, os proponentes teriam fixado preços e dividido os lotes entre si.

Fonte: CADE (2015), "Cade instaura processo administrativo na investigação de cartel em licitação de Angra 3", www.cade.gov.br/noticias/cade-instaura-processo-administrativo-na-investigacao-de-cartel-em-licitacao-de-angra-3. Ver também [histórico de conduta](#).

Os órgãos contratantes devem se certificar que o emprego da pré-qualificação não limita a participação, quando, por exemplo, há poucos proponentes que possam oferecer o bem ou serviço com capacidade para entregar os volumes necessários no momento desejado. O estudo de mercado será valioso para avaliar a situação do mercado de suprimento. Além disso, se a pré-qualificação for utilizada, a identidade dos licitantes pré-qualificados deve ser mantida em sigilo. (ver Seção 9.3).

7.4. Maximização da participação de empresas estrangeiras

De acordo com o Artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitação e Contratos), os servidores públicos responsáveis pela seleção da proposta vencedora de uma licitação devem tratar as empresas nacionais e estrangeiras de forma isonômica; no caso de empate, no entanto, os bens ou serviços nacionais terão preferência.⁸⁸ O mesmo artigo estabelece restrições quanto à participação de empresas estrangeiras ao autorizar a preferência pela contratação de empresas nacionais sob certas circunstâncias.⁸⁹

A lei contém certas disposições que mencionam "licitações internacionais". Não está claro o significado preciso do termo, mas parece haver um entendimento geral entre os agentes públicos e privados de que ele se referiria a contratações financiadas por um órgão financeiro internacional ou uma agência de cooperação estrangeira, como o Banco Mundial ou o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). A nova lei 14.133/2021 esclarece este ponto. As licitações internacionais referem-se àquelas realizadas no

Brasil e onde são admitidos concorrentes estrangeiros, com a possibilidade de apresentar propostas em moeda estrangeira. Além disso, contemplarão licitações para contratos que podem ou devem ser executados em outro país.⁹⁰ No Brasil, os licitantes estrangeiros podem participar de todos os processos de aquisição desde que atendam a todos os requisitos legais e técnicos. Entretanto, o levantamento da OCDE mostrou que, na prática, as empresas estrangeiras enfrentam mais obstáculos do que as empresas nacionais. Uma empresa estrangeira que deseje participar sozinha de uma licitação local precisa obter uma ordem de autorização do Ministério da Economia para operar no país. Isto não é necessário se estiver participando de um consórcio, portanto, a maioria das empresas estrangeiras prefere concorrer em conjunto com uma empresa local, reduzindo artificialmente a participação em licitações.

Além disso, até 11 de maio de 2020, as empresas estrangeiras que não possuíam autorização formal não poderiam ser registradas no cadastro único de fornecedores do SICAF. No caso das contratações de obras e serviços de engenharia, a maioria dos editais de licitação exige que as empresas estrangeiras e seus engenheiros sejam registrados no Conselho Regional de Engenharia e Agricultura (CREA) correspondente, mas estes tendem a ser prejudicadas pelo procedimento de registro, pois a experiência internacional não é reconhecida pelo CREA.⁹¹

Embora o registro no CREA não seja exigido em licitações para contratos financiados por organismos internacionais, as empresas estrangeiras sem uma autorização formal do Ministério da Economia devem demonstrar o cumprimento de todos os requisitos de qualificação, apresentando documentos estrangeiros equivalentes autenticados pelo consulado pertinente e traduzidos por um tradutor juramentado. O cumprimento de todas essas formalidades torna a preparação das propostas mais cara e complexa, o que é particularmente desafiador quando os prazos das propostas são apertados.

É comum no Brasil, após apresentar uma proposta para uma licitação e ganhar o contrato, verificar alterações substanciais após a assinatura. (ver Seção 8.4). As empresas estrangeiras não estão habituadas a navegar no sistema de compras públicas brasileiro e, em especial, com as incertezas relativas às modificações contratuais após a assinatura. Isto torna complexo a avaliação dos riscos o que por muitas vezes impede a participação destas empresas nas licitações.

O Brasil anunciou recentemente a adoção de medidas para melhorar a isonomia no tratamento das empresas estrangeiras nos processos de licitação. Em 10 de fevereiro de 2020, o Ministério da Economia adotou a Instrução Normativa nº 10/2020 para reduzir a burocracia para as empresas estrangeiras. De acordo com este regulamento, as empresas estrangeiras poderão se registrar no SICAF apresentando documentos e certificações estrangeiras com tradução livre (e não juramentada). A tradução juramentada de documentos certificados pelo consulado competente só será exigida se a empresa estrangeira for vencedora da licitação. Além disso, em 18 de maio de 2020, o governo solicitou a adesão ao Acordo sobre Compras Governamentais (GPA) da Organização Mundial do Comércio, o qual exige que os processos de compras sejam abertos a licitantes estrangeiros.⁹²

O Brasil deve considerar outras opções para flexibilizar as regras de licitação envolvendo empresas internacionais e contribuir para maior participação independente - e não como parte de um consórcio - de empresas estrangeiras em licitações. O país poderia considerar a realização de uma avaliação do efeito que a flexibilização das regras e uma maior abertura das licitações aos participantes estrangeiros teria sobre as empresas nacionais e a economia como um todo. Isto proporcionaria uma visão sobre a melhor maneira de proceder por meio de alterações legais, tais como a redução das restrições impostas às empresas estrangeiras para se registrarem no CREA, ou o registro de suprimentos médicos estrangeiros na ANVISA.

7.5. Licitação de empresas em consórcio

De acordo com a Lei Federal nº 8.666/1993, as entidades contratantes podem permitir a participação conjunta das empresas em licitações através de consórcios e, quando permitido, devem aplicar regras específicas. As empresas participantes devem se comprometer a criar um consórcio que deve indicar uma empresa responsável, que deve ser uma empresa nacional nos consórcios compostos por empresas estrangeiras e nacionais. A responsabilidade pelos atos de um consórcio é igualmente compartilhada por seus membros. Finalmente, as empresas que participam de um processo de licitação não podem fazer parte de mais de um consórcio ou fazer parte de um consórcio e apresentar uma proposta separadamente.⁹³

De acordo com o TCU, as autoridades contratantes devem decidir se aceitam ou não a licitação conjunta, em uma análise caso a caso, com base em uma avaliação dos efeitos pró e anticoncorrenciais dos consórcios. Identificar quando uma proposta conjunta é suscetível de produzir efeitos pró-competitivos ou anticoncorrenciais não é simples. O TCU reconheceu que, em contratos complexos, os consórcios possibilitam que empresas sem capacidade de participar individualmente apresentem uma oferta conjunta com outros licitantes, o que aumenta a participação e fomenta a concorrência. Por outro lado, permitir o consórcio entre empresas que poderiam realmente competir entre si pode limitar a participação e prejudicar a concorrência.⁹⁴ A participação conjunta em licitações pode ser utilizada, por exemplo, para implementar um esquema de cartel por meio do compartilhamento de mercado entre os participantes (ver Quadro 7.6). A decisão do TCU está alinhada às indicações gerais da OCDE sobre a identificação de efeitos pró ou anticoncorrenciais da participação em conjunto nas licitações (ver Quadro 7.5).

Quadro 7.5. Critérios aplicados pela OECD para determinar a competitividade dos consórcios

Pró-competitivo	Anticompetitivo
Os fornecedores são ativos em mercados distintos.	Cada uma das empresas possui recursos econômicos, financeiros e técnicos para atender ao contrato individualmente.
Os participantes do consórcio oferecem um serviço integrado único que não poderia ser oferecido de forma independente.	O consórcio é formado pelos maiores concorrentes no mercado relevante.
Dois ou mais fornecedores ativos em diferentes áreas geográficas apresentam propostas que atendem a todo o território contratual, gerando eficiências.	O consórcio não gera eficiências ou as eficiências não são repassadas para os compradores em termos de redução de preços, maior qualidade ou melhor entrega.
Dois ou mais fornecedores combinam capacidades para atender a contratos amplos que não poderiam ser atendidos individualmente.	O consórcio permite que os membros troquem informações entre si que pode prejudicar a concorrência em contratações futuras.

Fonte: (OCDE, 2018)

Quadro 7.6. Cartel em licitações de projetos de infraestrutura de metrô, Brasil

Em julho de 2019, o Cade impôs multas no valor de R\$ 535 milhões a 11 empresas e 42 pessoas físicas por envolvimento em cartel nas licitações de construção de metrô.

O cartel, que afetou 26 licitações e 12 projetos nos estados de São Paulo, Distrito Federal, Minas Gerais e Porto Alegre, compreendeu a alocação das licitações entre os participantes e a simulação de concorrência nos processos licitatórios por meio, por exemplo, da combinação de preços das propostas. O esquema incluiu a participação em consórcios e subcontratação. Os membros do cartel definiram quais empresas participariam de um determinado consórcio e quais apresentariam propostas individualmente, quais empresas ou consórcios apresentariam propostas de cobertura, qual consórcio ganharia a proposta, e os mecanismos de compensação por perda de propostas, e quais concorrentes deveriam suspender ou omitir propostas. A compensação incluía pagamentos diretos e subcontratação.

Fonte: Cade, Processo Administrativo nº [08700.003241/2017-81](#).

Embora as autoridades de concorrência estejam bem-posicionadas para orientar os órgãos de contratação acerca da avaliação dos efeitos competitivos da participação conjunta em licitações, esta avaliação não deve depender exclusivamente desta análise; as agências de concorrência podem não ser as entidades mais bem posicionadas para avaliar e compreender outros aspectos do processo de contratação, tal como a complexidade técnica dos projetos.

Em 2018, a Autoridade Dinamarquesa de Concorrência e Defesa do Consumidor publicou diretrizes que fornecem um bom exemplo de como uma orientação ampla sobre critérios relevantes pode ajudar as autoridades contratantes a distinguir se uma proposta conjunta é pró-concorrencial ou anticompetitiva; as diretrizes também contêm orientações sobre questões relacionadas à troca de informações em licitações conjuntas (Danish Competition and Consumer Authority, 2018).⁹⁵ No Guia de combate a cartéis em licitação, o Cade estabelece algumas das condições sob as quais a formação de consórcios pode ser pró-concorrencial ou anticompetitiva. (CADE, 2019).

O Cade deve continuar desenvolvendo esses esforços e investir em outras iniciativas de advocacia, tais como capacitação, diretrizes detalhadas e consultas ad hoc, com o objetivo de aumentar a conscientização e informar os agentes de contratação sobre os efeitos que a formação de consórcios pode ter sobre as condições competitivas das licitações.

7.6. Subcontratações

Os órgãos contratantes brasileiros permitem que parte do objeto dos contratos sejam subcontratadas.⁹⁶ Essa possibilidade, assim como a parte do contrato que pode ser executada por terceiros, devem ser estabelecidas no edital de licitação e os licitantes vencedores devem comunicar toda a subcontratação à autoridade compradora. A jurisprudência do TCU estabeleceu que a subcontratação não é permitida para um contrato inteiro⁹⁷ e não deve alterar o objeto do contrato.⁹⁸ As empresas subcontratadas devem apresentar documentos que comprovem cumprimento dos requisitos legais, econômicos e técnicos.⁹⁹

Os efeitos competitivos e anticompetitivos gerados pela subcontratação são similares aos da licitação em consórcio, caso em que: as empresas capazes de cumprir um contrato sozinhas devem apresentar proposta individual concorrendo com as demais. As licitantes não devem figurar ao mesmo tempo como contratante e subcontratada ou utilizar a subcontratação como compensação em um esquema de conluio em licitação (ver Quadro 7.5).

Por exemplo, em 2014, o Cade sancionou duas empresas e duas pessoas físicas por cartel em um processo de licitação realizado pela empresa estatal de serviços postais, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT).¹⁰⁰ Uma das principais provas foi um contrato de subcontratação assinado quatro dias antes de o processo de compra ser decidido, no qual a empresa vencedora se comprometia a compartilhar a prestação de serviços com o licitante perdedor. Os réus argumentaram que os termos da licitação autorizavam contratos de subcontratação e que não tinham intenção de se envolver em qualquer conduta ilegal. A decisão do Cade considerou que, independentemente da intenção, os acordos de subcontratação restringiram a concorrência nesse processo de licitação pública.¹⁰¹

A OCDE recomenda que as entidades brasileiras exijam que os proponentes revelem não apenas se a subcontratação será realizada no processo de compra pública, como também:

- a identidade de quaisquer subcontratados; e
- as razões que justifiquem a necessidade da subcontratação para a devida execução do contrato.

As informações coletadas, especialmente as razões para a subcontratação, podem ser úteis para estabelecer se a subcontratação gera eficiências ou, ao contrário, efeitos anticoncorrenciais indesejáveis.

As entidades compradoras também devem estar atentas a qualquer subcontratação que ocorra durante a execução do contrato. É comum no Brasil que uma autoridade de compras contrate uma empresa separada para auditar a execução do contrato. Essas empresas também deveriam ser obrigadas a verificar a existência de subcontratação e solicitar informações sobre a identidade da subcontratada e motivos da subcontratação.

Alguns servidores públicos entrevistados relataram à OCDE situações em que a subcontratação não foi revelada. Outros alegaram que uma forma legal de negócio conhecida como sociedade em conta de participação permite a evasão das regras sobre subcontratação e seus relatórios. Uma sociedade em conta de participação é geralmente criada por um período limitado e para a conclusão de um projeto, e é composta de dois ou mais parceiros com um interesse comum. Como este tipo de sociedade não possui uma personalidade jurídica separada, não requer registro, e apenas um sócio é apontado publicamente como contratante, enquanto o(s) outro(s) membros(s) permanece(ão) anônimo(s). As responsabilidades e obrigações assumidas perante terceiros são feitas somente em nome do sócio público. Em teoria, um proponente perdedor poderia se tornar o membro anônimo de uma sociedade em conta de participação como forma de compensar a apresentação de uma proposta não genuína ou por omitir a apresentação de uma proposta em um esquema de cartel em licitação, sem ter que fazer uso e relatar a subcontratação (ver Quadro 7.7). O uso deste formato de negócios em processos licitatórios deve ser proibido ou, se permitido, deve ser relatado.

Quadro 7.7. Caso da Sabesp: Contornando as exigências de subcontratação por meio da sociedade em conta de participação

Em 2015, o CADE condenou duas empresas, Saenge Engenharia de Saneamento e Edificações e Ônix Construções (atualmente Concic Construções Especiais), e cinco funcionários dessas empresas por formação de cartel em procedimento licitatório organizado pela empresa de saneamento Sabesp (Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo) para execução de obras na área metropolitana da Baixada Santista. A autoridade de concorrência impôs multas de R\$ 19,6 milhões.

Durante o processo de licitação, as empresas haviam concordado em criar uma sociedade em conta de participação, na qual a Concic atuaria como sócia anônima e a Saenge como sócia pública. Após a conclusão do acordo, a Concic, que era a primeira colocada no certame, perdeu deliberadamente o prazo para apresentar esclarecimentos relativos à exequibilidade da proposta e retirou sua oferta. Isto levou a Saenge, segunda colocada no procedimento de licitação, a ser contratada por um valor 23,1% superior do que a oferta anulada pela Concic. No contexto da sociedade, as empresas haviam concordado em compartilhar 50% do contrato.

Fonte: Cade (2015), “Cade condena cartel em licitação realizada pela Sabesp”, www.cade.gov.br/noticias/cade-condena-cartel-em-licitacao-realizada-pela-sabesp

7.7. Consolidação e centralização

Existem duas formas de consolidação das aquisições no Brasil: 1) a centralização, que é mais frequentemente realizada pela central de compras (Central de Compras); ou 2) registro de preços¹⁰².

A centralização de compras se trata de um desenvolvimento recente no Brasil. A Central de Compras passou a existir apenas a partir de 2014, tendo sido instituída inicialmente para desenvolver projetos piloto para soluções de contratação inovadoras. Entre 2014 e 2019, o departamento desenvolveu dois importantes projetos de centralização de compras.

O primeiro projeto, Armazém Virtual Nacional, é uma plataforma eletrônica na qual as entidades públicas podem comprar material de escritório e pequenos dispositivos de TI para atender necessidades imediatas. Esta iniciativa resultou em economias de escala, simplificação de processos, economia de até 30% e uma drástica redução dos custos de armazenamento.

O segundo projeto, TáxiGov, é um serviço de transporte por aplicativo para servidores públicos. Antes de sua criação em 2017, os funcionários do governo federal utilizavam carros particulares alugados ou adquiridos para o transporte, o que envolvia altos custos com motoristas, gerenciamento e manutenção de frotas de veículos, combustível e limpeza. Com o TáxiGov, os servidores federais contratam motoristas e carros que trabalham para serviços de transporte, tais como Uber, Cabify, Easy Taxi, 99, Wappa, por meio do aplicativo TáxiGov. Esta iniciativa produziu uma economia de 65% (equivalente a R\$ 17,4 milhões) e uma redução estimada de 1.600 toneladas de emissões de CO₂.¹⁰³ Em 2019, o aplicativo foi lançado em todo o país, após fase de uso restrito no Distrito Federal.

Em 2019, os recursos da Central de Compras aumentaram, possibilitando a adoção de uma abordagem mais proativa e estratégica para as compras centralizadas. O departamento pode agora analisar mais amplamente as necessidades compartilhadas e as compras planejadas entre diferentes entidades federais e analisar melhor o mercado a fim de avaliar quando a centralização é adequada. O PAC recentemente adotado fornece informações extremamente valiosas no desenho de iniciativas de centralização que já estão sendo utilizadas pela Central de Compras. Vinte e três projetos de compras

centralizadas foram aprovados para 2020, incluindo um projeto sobre aquisições relacionadas à pandemia provocada pela COVID-19.¹⁰⁴ Entidades diretamente ligadas ao governo federal sem personalidade jurídica própria, patrimônio e autonomia administrativa, tais como ministérios, são obrigadas a utilizar o processo centralizado de aquisição, caso a contratação dos bens e serviços desejados tenha sido centralizada. Órgãos pertencentes à administração indireta - aquelas com personalidade jurídica própria, autonomia administrativa e orçamentária – podem utilizar o processo centralizado de compras, mas não são obrigados a tal.¹⁰⁵

Além da centralização, as entidades públicas utilizam o registro de preços para licitações conjuntas de bens e serviços e assim agregar a demanda. O registro de preços é semelhante ao sistema de compras dinâmico da União Europeia e é utilizado pelas entidades compradoras brasileiras quando um item é necessário, mas o volume exato das necessidades não pode ser estabelecido. A Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) prevê que todas as compras da Administração Pública devem, preferencialmente, ser realizadas através do registro de preços. Isto inclui as compras para as quais os volumes podem ser estabelecidos. A lei, no entanto, é omissa quanto à forma de aquisição ao utilizar este processo. O registro de preços foi regulamentado primeiramente pelo Decreto nº 3.931/2001, substituído pelo Decreto nº 7.892/2013.¹⁰⁶ O registro de preços é formalizado em ata de registro de preços, que envolve os fornecedores e a entidade pública que realizará contratações no futuro, em volumes correspondentes às necessidades que surgirem. O documento também identifica os fornecedores e entidades públicas participantes, os preços unitários e os termos e condições de contratos futuros. Os registros de preços devem ser licitados através da modalidade concorrência ou pregão.

Os compradores públicos que não fazem parte do processo inicial de registro de preços podem aderir após a fase de adjudicação do contrato e comprar sob os mesmos termos e condições que os participantes iniciais. A adesão a um registro de preço existente deve, entretanto, ser justificada por considerações de eficiência estabelecidas em um ETP; e está também sujeita à aprovação do fornecedor escolhido. As entidades aderentes estão limitadas a adquirir apenas até 50% da quantidade originalmente adquirida.

Nos países da OCDE, as centrais de compras estão ganhando importância estratégica como viabilizadores de maior eficiência. A centralização e a agregação de atividades de compra frequentemente aumentam a relação custo-benefício, permitindo aos governos reduzir a burocracia administrativa e os custos, enquanto aumentam o poder de barganha e obtêm melhores termos e condições (OCDE, 2019). O caso do Chile, explicado no Quadro 7.8, ilustra como os acordos-quadro podem gerar economias a partir da consolidação da demanda.

Quadro 7.8. Economias geradas pelos acordos-quadro no Chile

O Chile introduziu os acordos-quadro em 2003 e o órgão central de aquisições, ChileCompra, realizou a implementação, adjudicação e gestão desses acordos. A lei de compras públicas do Chile (Lei nº 19.886 de 30 de julho de 2003) estabeleceu o uso de acordos-quadro, tendo sido implementados também através do sistema nacional de compras eletrônicas, ChileCompra Express. A partir de 2014, nota-se uma tendência consistente de aumento no uso dos acordos para algumas categorias de produtos, tais como centros de dados e serviços associados. Como resultado, o Chile conseguiu economias substanciais tanto com a centralização como com a introdução de acordos-quadro.

Tabela 7.1. valores médios e total gerados pela ChileCompra entre 2015 e 2017

	2015	2016	2017
Economia média	11,7%	19,5%	21,2%
Montante total de transações (milhões de dólares)	2.197	2.661	2.999
Montante total economizado (milhões de dólares)	257	518	635

O ChileCompra calcula a economia de preços com base na diferença entre os preços propostos pelos licitantes adjudicados sob os acordos-quadro e o preço médio proposto por pelo menos três fornecedores fora deste instrumento de aquisição. Além disso, o aumento da cobertura do acordo-quadro para bens e serviços também gerou economias processuais. Estas são estimadas calculando a diferença entre os valores custeados pelas autoridades contratantes após a emissão de uma ordem de compra de um dos acordos-quadro do ChileCompra, e os custos gerados pela emissão de uma licitação pública ou procedimento de adjudicação direta. De acordo com o ChileCompra, a economia processual foi de 18,6 milhões de dólares em 2017, ou 0,62% do valor total da transações.

Fonte: (OCDE, 2019).

Outros benefícios da centralização consistem na profissionalização de funcionários públicos dedicados exclusivamente à aquisição de necessidades agregadas e maior controle sobre a execução de contratos (Sanchez Graells & Herrera Anchustegui, 2014). No entanto, a central de compras também pode ter consequências negativas sobre as estruturas de mercado a médio ou longo prazo. A agregação de compras pode resultar em maior concentração e poder de mercado (ver por exemplo o Quadro 7.9). Quanto maior o volume dos bens ou serviços adquiridos, menor o número de fornecedores com os recursos ou capacidade financeira para fornecer esses volumes. Como os contratos centralizados também são realizados com menor frequência, empresas menos resilientes podem ter que sair do mercado, em particular, se o órgão contratante for o comprador dominante de bens ou serviços (Sanchez Graells & Herrera Anchustegui, 2014). Isto pode resultar em um número reduzido de fornecedores potenciais, o que, por sua vez, também aumenta o risco de conluio. A longo prazo, a concentração do mercado tem o potencial de aumentar os preços e ter um impacto negativo sobre a variedade e a inovação.

Quadro 7.9. Caso KL-Kuntahankinnat

Em 2014, o *KL-Kuntahankinnat*, órgão central de compras finlandês, realizou um acordo-quadro de quatro anos para aquisição de suprimentos de saúde em favor de um hospital distrital e três municípios. O edital previa que outras entidades que utilizassem o *KL-Kuntahankinnat* - que poderia incluir todos os municípios finlandeses - poderiam aderir ao acordo-quadro no futuro.

O acordo-quadro estabeleceu que apenas uma empresa seria ganhadora do contrato; os licitantes não poderiam concorrer a lotes separados e seria exigida a apresentação de uma proposta global que cobrisse gestão de estoque, serviços de entrega domiciliar e um mínimo de 5.000 itens em cada uma das 12 categorias de produtos de saúde. Estas exigências impostas pelo *KL-Kuntahankinnat* excluíram efetivamente todos os licitantes potenciais ativos no mercado, exceto dois.

Quatro licitantes excluídos contestaram o procedimento de licitação perante o Tribunal de Mercado Finlandês, que rejeitou as reclamações. Essa decisão foi apelada perante o Supremo Tribunal Administrativo Finlandês, que considerou que as exigências da licitação restringiam a concorrência. De acordo com o Tribunal, a possibilidade de outros concorrentes se unirem através de consórcios ou subcontratação não eliminou as características discriminatórias, desproporcionais e restritivas à concorrência do processo licitatório. Os efeitos negativos do acordo-quadro contemplando um único fornecedor foram considerados particularmente graves devido à duração de quatro anos do contrato.

Fonte: Kirsi-Maria Halonen, "Framework Agreements Should Not Be Used Improperly or in Such a Way as to Prevent, Restrict or Distort Competition". www.howtocrackanut.com/blog/2016/12/8/framework-agreements-should-not-be-used-improperly-or-in-such-a-way-as-to-prevent-restrict-or-distort-competition-quest-post.

No entanto, para que esta estratégia seja efetiva, os órgãos públicos devem projetar os lotes adequadamente, o que nem sempre é simples (ver Seção **Error! Reference source not found.**). No Brasil, em atenção à Lei nº 8.666/1993, os compradores públicos devem dividir o contrato em lotes.

Quadro 7.10. Divisão em lotes de contratação, Serviço Almojarifado Virtual Nacional

O contrato do Serviço Almojarifado Virtual Nacional foi concebido e implementado pela primeira no Distrito Federal. Em 2020, o departamento central de compras estendeu o contrato para todo o país. A contratação foi realizada por meio de pregão que selecionou os proponentes que ofereceram o menor preço. Para evitar a concentração de mercado a médio e longo prazo, o departamento central de compras dividiu o contrato em dois lotes. Um lote cobre as regiões Norte e Sudeste e o outro as regiões Sul, Nordeste e Centro-Oeste.

Fonte: Ministério da Economia, "Apresentação do Serviço Almojarifado Virtual Nacional – AVN", www.youtube.com/watch?v=KUWPGNoBqa0&feature=youtu.be.

7.8. Divisão dos contratos em lotes

A fim de evitar a concentração de mercado e permitir a participação de PMEs em grandes contratos de compras centralizadas, alguns países dividem os contratos em lotes (Sanchez Graells, Albert, 2020). Como regra geral, a Lei Federal nº 8.666/1993 prevê que os compradores públicos devem parcelar os contratos em tantos lotes quanto for economicamente e tecnicamente possível. A Lei também prevê que a divisão dos contratos em lotes deve ter como objetivo aumentar a concorrência ao levar em consideração os efeitos positivos das economias de escala.¹⁰⁷

As autoridades de compras no Brasil devem avaliar se a divisão do contrato em lotes irá realmente aumentar o número de propostas. Devem considerar também se esses benefícios superam as economias resultantes das economias de escala que resultariam da realização de contratos maiores (ver Seção **Error! Reference source not found.**).

O departamento central de compras parece estar alinhado com a prática geral de dividir grandes contratos em lotes para evitar a concentração de mercado (ver o Quadro 7.10). O Fundo Nacional para o Desenvolvimento da Educação (FNDE), o departamento responsável pela centralização das compras das entidades nacionais de educação, também divide os contratos em lotes (neste caso, regiões) quando um ETP favorece esta solução.

Os órgãos contratantes também devem considerar que a forma como um contrato foi dividido em lotes pode facilitar a alocação de mercado entre os proponentes. O Quadro 7.11 versa sobre as orientações da OCDE quanto ao parcelamento dos contratos em lotes e como fazê-lo sem ter um efeito adverso sobre a concorrência.

Quadro 7.11. Checklist da OECD para defesa da concorrência ao parcelar contratos de licitação em lotes

Quando dividir os contratos em lotes

A decisão quanto ao parcelamento dos contratos em lotes pode ser tomada quando a autoridade contratante está preocupada com o risco de que grandes contratos agrupados possam reduzir a concorrência. Esta preocupação pode ser em razão de:

1. PMEs eficientes ou empresas especializadas são incapazes de fornecer o pacote completo de bens ou serviços que o comprador está adquirindo; e
2. as compras públicas representam a totalidade ou a maior parte do mercado para um determinado bem ou serviço, a adjudicação do contrato a uma única empresa pode aumentar o poder de mercado do fornecedor escolhido e reduzir o número de proponentes em licitações futuras.

Antes de dividir a proposta em lotes a fim de endereçar tais preocupações, os compradores devem conduzir uma análise de mercado para considerar se, dado o tipo de produto ou serviço que estão adquirindo, a licitação em lotes menores é de fato a melhor solução.

Para 1)

Existem outros métodos disponíveis que possam incentivar a participação de empresas especializadas menores? Por exemplo, a simplificação do processo de licitação poderia contribuir para a participação destas empresas na licitação? Será que elas poderiam participar da licitação como parte de um consórcio?

Para 2)

Os licitantes perdedores deixariam o mercado e, portanto, não participariam de licitações futuras, ou estas e outras empresas apresentariam propostas novamente em uma próxima licitação? Da mesma forma, para licitações futuras, as propostas rivais seriam limitadas pela falta de experiência destas empresas ou elas seriam capazes de fortalecer suas propostas e demonstrar sua experiência contratando pessoal do contratante titular?

Como dividir um contrato em lotes sem reduzir a concorrência

Na fase de **pré-candidatura**, a autoridade contratante deve:

1. Fornecer a todos os concorrentes potenciais documentos claros da licitação, incluindo todas as informações disponíveis e relevantes sobre o produto ou serviço a ser adquirido, a fim de minimizar qualquer vantagem para o fornecedor titular; isto pode ser feito eletronicamente e deve ser gratuito.

2. Considerar dividir um contrato em lotes quando for entendido que empresas pequenas ou especializadas não participarão da licitação de outra forma. Por exemplo, um lote adicional não deve ser criado se for esperado que esse lote tenha menos concorrentes do que haveria para um conjunto de lotes.
3. Permitir propostas conjuntas quando um proponente puder apresentar propostas para diferentes combinações de lotes para obter quaisquer sinergias de custo disponíveis ao fornecer um pacote maior de bens ou serviços; a obtenção dessas sinergias pode, por exemplo, encorajar proponentes não locais a concorrer a pacotes de lotes mesmo que eles não estejam dispostos a concorrer a lotes individuais.
4. Aplicar limites de adjudicação em vez de limites de participação para evitar que todos os lotes sejam adjudicados a uma única empresa, mas somente se os benefícios compensarem a redução da concorrência para o contrato.
5. Considerar estabelecer um número de lotes inferior ao número de concorrentes esperados, desde que isso não crie ineficiência; isto pode dificultar que os concorrentes pactuem propostas e acordem uma divisão de lotes, melhorando, assim, o valor alcançado.
6. Considerar a criação de lotes de tamanho diferente da participação de mercado dos concorrentes, desde que isso não crie ineficiência; isto pode dificultar que os concorrentes pactuem propostas e acordem uma divisão de lotes, melhorando, assim, o valor alcançado.
7. Considerar tornar a divisão em lotes imprevisível (por exemplo, alterando o tamanho ou a composição dos lotes) em licitações repetitivas, desde que isso não crie ineficiência; isso pode reduzir o risco de divisão de lotes e dificultar o conluio.

Na **fase de licitação**, a autoridade contratante deve:

1. Informar à autoridade de concorrência quaisquer ações suspeitas tomadas pelos concorrentes titulares com o intuito de entravar a capacidade dos rivais de apresentar uma proposta atrativa; a autoridade pode então determinar se isto constitui uma conduta anticoncorrencial de exclusão.
2. Informar à autoridade de concorrência quaisquer ações suspeitas adotadas pelos proponentes para fraudar a licitação.
3. Estar ciente de que a licitação em conjunto pode ser anticoncorrencial nos casos em que os proponentes são capazes de apresentar propostas separadas.

Fonte: OCDE Public Procurement Toolbox, "Checklist for protecting competition when splitting contracts into lots", www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/checklist-protecting-competition-splitting-contracts-lots.pdf.

Decisões sobre quando e como dividir um contrato em lotes implicam uma análise complexa. As autoridades de compras públicas devem levar em consideração as condições de mercado e o objeto do contrato, bem como os riscos de cartel em licitação. O Cade treinou agentes de contratação sobre a divisão dos contratos em lotes (ver Seção **Error! Reference source not found.**), mas o seu guia sobre o combate a cartéis licitação não aborda este tema. Apesar de serem treinados, muitos agentes de contratação podem não ter tempo, suporte técnico e conhecimento específico para dividir os contratos em lotes de forma ótima e competitiva (ver Seção **0e Error! Reference source not found.**). O Brasil deve considerar a adoção de diretrizes específicas sobre quando e como dividir os contratos em lotes; treinar adequadamente os agentes de compras públicas; e direcionar pesquisas de mercado para embasar estratégias corretas de divisão de lotes. O Cade também poderia considerar a elaboração de orientações específicas.

De acordo com o TCU, a Administração Pública costuma argumentar que os custos de gerenciar vários contratos e assegurar a coordenação entre vários pequenos projetos justificam a realização da licitação no escopo de um contrato amplo em vez de dividi-lo em lotes. O TCU reconhece que esta justificativa pode ser válida sob certas circunstâncias, mas tem sido aplicada de forma muito ampla. O Brasil deve

considerar limitar o uso desta justificativa e garantir que os contratos sejam divididos em lotes quando esta for a solução mais competitiva e que apresente melhor custo-benefício.

7.9. Uso da contratação eletrônica

O artigo 20 da Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) prevê que a licitação deve ser realizada pessoalmente nas instalações da entidade compradora. Isto significa que licitações na modalidade concurso, tomada de preços e convites – as modalidades de licitação previstas na lei - não podem ser realizados eletronicamente. Somente os pregões devem ser realizados eletronicamente, a menos que seja tecnicamente inviável ou prejudicial para a Administração Pública.¹⁰⁸ As compras realizadas sob o regime diferenciado de contratação podem ser feitas pessoalmente ou eletronicamente.

Na prática, a maioria das licitações públicas é realizada eletronicamente, já que cerca de 98% das licitações são feitas através da modalidade de pregão (ver Seção **Error! Reference source not found.**).

A nova lei n 14.133/2021 estabelece que a licitação eletrônica deve ser preferível em relação aos processos presenciais. As compras públicas presenciais ainda serão permitidas, se justificadas.

A maioria das entidades federais utiliza o Comprasnet para compras eletrônicas. Os módulos da plataforma, desenvolvidos nos anos 90, cobrem todas as etapas do processo de compras, desde a publicação do instrumento convocatório até a adjudicação do contrato.

No momento de redação deste relatório, a SEGES estava desenvolvendo uma atualização do Comprasnet. A nova versão da plataforma de compras eletrônicas, Comprasnet 4.0, tornará o sistema mais fácil de usar e acessível a mais compradores públicos, integrando o planejamento da contratação e a execução de contratos, atualmente gerenciados por módulos separados. O Comprasnet 4.0 também incluirá um mercado virtual, uma plataforma eletrônica para contratações diretas de pequeno valor e ferramentas para que os fornecedores possam obter informações e ser notificados sobre oportunidades de licitação em tempo real. A plataforma também permitirá o compartilhamento de informações digitais e experiências entre agentes de compras públicas e com órgãos de controle (tais como a CGU e o TCU). As informações contidas no Comprasnet 4.0, que agora incluirá o planejamento de compras e o monitoramento da execução de contratos, serão úteis para o cumprimento dos objetivos de transparência e contribuirá para o desenho de processos licitatórios competitivos. O uso de inteligência artificial para analisar dados de compras públicas poderia ajudar a Administração Pública neste esforço.

Os dados de compras públicas estão atualmente espalhados por diferentes plataformas eletrônicas de contratação o que torna sua coleta e análise um desafio. As informações compartilhadas no Comprasnet cobrem apenas parte das compras públicas realizadas em nível nacional, já que muitos municípios e estados utilizam outras plataformas de contratação eletrônica, incluindo a Licitações-e, desenvolvida pelo Banco do Brasil, e Licitações Caixa, criada pela Caixa Econômica Federal, uma instituição financeira pública federal.

O Brasil está tomando medidas para endereçar a questão das plataformas distintas. A Rede Nacional de Compras Públicas (RNCP) foi fundada em 2018 para promover o compartilhamento de experiências entre os agentes de compras públicas em todos os níveis. Desde então, criou uma plataforma que consolida as informações de contratações públicas dos sistemas de compras federais, municipais e estaduais. A Rede realiza também eventos de capacitação.¹⁰⁹

Além disso, a nova lei nº 14.133/2021 prevê a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), que pode ser utilizado pelos estados para a realização de compras eletrônicas. O uso desta plataforma, entretanto, não será obrigatório e as autoridades de compras em nível estadual poderão utilizar outras plataformas, desde que estejam integradas ao PNCP. O PNCP também centralizará a divulgação de informações relativas às compras conduzidas em nível federal, estadual e municipal.

A adoção da contratação eletrônica contribui para reduzir os riscos de conluio, eliminando a necessidade de os licitantes se reunirem no mesmo local para apresentar suas propostas ou para participar de outras etapas do processo de licitação. Além disso, é provável que as compras eletrônicas reduzam os custos de licitação para proponentes potenciais, em particular concorrentes estrangeiros ou concorrentes que operam em outras partes do país que não a sede da autoridade contratante, incentivando assim a participação e aumentando a concorrência na licitação.

Além disso, a contratação eletrônica pode resultar em economia para a Administração Pública graças à redução de tempo, recursos e espaço de armazenamento para documentos físicos e eventos, e custos mais baixos de organização e hospedagem para a apresentação e abertura de propostas e adjudicação de contratos.

O Brasil deve tornar obrigatório o uso da contratação eletrônica para todos os tipos de processos de licitação, e não apenas pregão. Também deve integrar em uma plataforma todas as etapas do processo de contratação, incluindo o planejamento da pré-publicação de um edital e a execução e monitoramento posterior à adjudicação do contrato. O Comprasnet 4.0 parece resolver muitas destas questões.

O Brasil também deve envidar esforços para consolidar os dados de compras públicas atualmente espalhados por diferentes plataformas. Isto pode exigir o uso obrigatório do Comprasnet para todos os compradores públicos que não sejam órgãos federais.

7.10. Preços anormalmente baixos

Nas compras realizadas no âmbito da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) e a Lei Federal nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas), o comprador público deve desqualificar as propostas com preços irrealistas desproporcionais aos preços de mercado, caso os proponentes não possam demonstrar a viabilidade da oferta documentando os custos dos insumos e as taxas de produtividade. No caso das obras públicas e serviços de engenharia, a lei considera inviáveis as propostas inferiores a 70% dos seguintes valores, qual seja o menor valor: (a) do orçamento estimado ou (b) do valor médio das propostas que são 50% superiores ao orçamento estimado. Se o valor global da proposta for inferior a 80% do valor acima, a administração pública deverá solicitar uma garantia adicional para a assinatura do contrato.

Diversas autoridades contratantes consideram arriscados os preços anormalmente baixos, tendo em vista que os vencedores da licitação com propostas de baixo valor podem tentar renegociar o contrato após a adjudicação e solicitar um contrato de preço mais alto (ver seção 8.4) ou simplesmente interromper o projeto porque o preço a ser pago não cobre seus custos, levando a orçamentos excedidos e longos atrasos (OCDE, 2015).

No entanto, um preço anormalmente baixo pode ser legítimo, como resultado de um novo participante no mercado ter uma estrutura de custos mais eficiente do que seus rivais, o uso de novas tecnologias ou economias de escala ou de escopo. A restauração das condições de concorrência em um mercado (por exemplo, o fim de um cartel após uma investigação conduzida pela autoridade de concorrência) também poderia explicar preços significativamente mais baixos em comparação com os preços oferecidos anteriormente. Portanto, os contratantes devem considerar os termos da licitação e a realidade do mercado ao decidir se um preço oferecido é muito baixo.

A OCDE recomenda que o Brasil considere a adoção de uma regulamentação mais detalhada nesta matéria. Ao fazer isso, o Brasil poderia seguir a lista de verificação da OCDE sobre como reduzir os riscos de preços anormalmente baixos ao mesmo tempo em que protege a concorrência, descrita no Quadro 7.12..

Quadro 7.12. Lista de verificação da OCDE para reduzir o risco de preços anormalmente baixos em licitações (ALT) e proteger a concorrência

1. Para mitigar os riscos de preços anormalmente baixos em licitações causar restrições à concorrência, na fase de apresentação de propostas, a entidade contratante deve:
 - Fornecer a todos os concorrentes potenciais documentação clara relativa à licitação, incluindo todas as informações relevantes disponíveis sobre o produto ou serviço a ser adquirido, a fim de ajudar os concorrentes a fazer as estimativas de custos mais realistas possíveis.
 - Assegurar que o tempo alocado aos fornecedores para responder seja proporcional ao tamanho e complexidade da licitação. Isto é particularmente importante em projetos tecnicamente complexos para os quais pode levar tempo para desenvolver estimativas de custos mais precisas.
 - Utilizar critérios de avaliação que enfoquem não apenas o preço, mas também fatores como qualidade, capacidade de entrega, valor ou outros fatores importantes para o comprador que os proponentes possam reduzir a fim de oferecer um preço muito baixo.
 - Exigir que o vencedor da licitação adote medidas preventivas para internalizar o risco, caso os custos forem mais altos do que o esperado. Por exemplo, assumindo responsabilidade profissional ou seguro do projeto, ou fornecendo uma garantia de desempenho compense o contratante caso o contratado não possa entregar o projeto nos termos originalmente acordados.
 - Explicitar na documentação da licitação que a renegociação só será considerada quando as informações originalmente fornecidas pela entidade contratante forem inexatas (incorretas ou incompletas), ou quando condições claramente especificadas forem satisfeitas (por exemplo, um aumento no preço de insumos específicos que não poderiam ter sido previstos pelo proponente). Além disso, a lei de aquisição aplicável pode prever as condições que devem ser cumpridas para que a renegociação seja permitida.
 - Incluir sanções no contrato para qualquer licitante que retire ou não entregue os termos de seu contrato, a menos que as informações originalmente fornecidas pelo contratante provem ser imprecisas (incorretas ou incompletas). Estas sanções podem incluir sanções financeiras, proibição de contratar com o setor público de empresas ou indivíduos, ações de reparação de danos pela autoridade contratante contra o contratado. Na grande maioria dos casos, as sanções são suficientemente dissuasivas, os fornecedores entregam nas condições em que a proposta foi decidida, e nenhuma ação extra é necessária. Quaisquer sanções precisariam ser consistentes com a lei de contratação aplicável.
 - Estabelecer na documentação da licitação que se um órgão comprador suspeitar que uma empresa apresentou uma proposta estratégica abaixo de seu custo variável médio, deverá encaminhar o caso à autoridade de concorrência, que pode decidir avaliar se a ação é problemática sob as normas relevantes.
 - Considerar, em projetos de alto valor, a criação de recompensas para denunciadores por relatar provas de que uma empresa apresentou uma proposta a um preço que pretende renegociar posteriormente, especialmente se acompanhada de provas de corrupção com agentes de compras.
2. Para mitigar os riscos de preços anormalmente baixos em licitações sem atuar de forma que reduza a concorrência, na fase de licitação, a entidade contratante deve:
 - Avaliar todas as propostas com base em seus critérios de avaliação, que podem incluir a qualidade ou a capacidade de execução da proposta, e não excluir automaticamente uma proposta tendo como base exclusiva o baixo valor. Tal ação implicaria o risco, por exemplo, de

exclusão de novos participantes que fizessem propostas de baixo valor a obter uma posição em um mercado.

- Verificar as estimativas de custo da licitação vencedora para garantir a capacidade de entrega do projeto, seja uma licitação de valor anormalmente baixo ou não. Quaisquer verificações realizadas precisam ser proporcionais à aquisição em questão para evitar a criação de custos desnecessários e atrasos no processo de licitação.

Fonte: OECD Public Procurement Toolbox, Checklist for protecting competition when managing the risks of very low tenders, www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/checklist-protecting-competition-managing-risks-very-low-tenders.pdf

7.11. Recomendações de Ação

Em circunstâncias normais, o Brasil deve limitar as condições em que as contratações diretas podem ser utilizadas. O país deve intensificar o controle quanto ao uso destes procedimentos excepcionais, verificar se as condições necessárias são estritamente atendidas e impedir as adjudicações diretas injustificadas. A crise causada pela COVID-19 não deve ser usada como justificativa para perpetuar a dispensa de licitação. A nova lei 14.133/2021 intensifica a supervisão das contratações diretas ao exigir que a AGU realize uma análise legal preliminar durante a fase de planejamento.¹¹⁰ Além disso, a nova lei prevê que os processos de contratação direta devem ser acompanhados por uma lista de documentos que comprovem sua legalidade. Estes documentos incluem a justificativa da escolha do proponente, o preço pago e a autorização do uso do processo de dispensa de licitação pela autoridade competente. Caso a contratação direta apresente irregularidades, a empresa contratada e o servidor público competente serão responsabilizados conjuntamente pelos danos causados ao erário..

O Brasil deve considerar o desenvolvimento de modelos obrigatórios para todos os tipos de contratação pública e todas as etapas do processo (planejamento, fase de licitação e execução do contrato). As entidades envolvidas na supervisão dos processos de compras públicas - AGU, TCU, CGU, e eventualmente o CADE - devem atuar em cooperação. Os modelos devem servir não apenas para garantir a legalidade dos textos - o objetivo principal dos modelos desenvolvidos pela AGU - mas também considerar outros elementos, tais como clareza e planejamento estratégico. Alguns dispositivos da nova lei 14.133/2021 se alinham a esta recomendação. A nova lei prevê a criação de modelos de documentos, tais como as atas do edital, os termos de referência ou contratos padronizados.¹¹¹

As entidades contratantes devem certificar-se de que o uso da pré-qualificação não limita a participação. Caso a pré-qualificação dos proponentes seja utilizada, a identidade dos licitantes pré-qualificados deve ser mantida em sigilo (ver seção 9.3).

O Brasil deve considerar opções para flexibilizar as regras para participação de empresas estrangeiras em processos de licitação, permitindo a participação independente destas empresas - e não como parte de um consórcio. O país poderia considerar a realização de uma avaliação do efeito que a flexibilização das regras e a abertura de propostas a participantes estrangeiros teria sobre as empresas nacionais e a economia nacional como um todo. Ao fazer isso, o Brasil também deveria considerar os prováveis efeitos positivos de permitir maior participação de empresas estrangeiras nos processos de licitação, tais como maiores opções de escolha e inovação, e redução de preços. Esta análise proporcionaria uma visão sobre a melhor maneira de proceder em relação a modificações legislativas e práticas de contratação. O Brasil poderia considerar, por exemplo, a redução das restrições impostas às empresas estrangeiras para registro no CREA.

As entidades de compras também devem estar atentas sobre a natureza competitiva ou anticompetitiva das licitações conjuntas e subcontratações. O Cade deve promover outras iniciativas de advocacia da concorrência, tais como capacitação, guias detalhados e consultas *ad hoc*, visando aumentar a

conscientização e informar os agentes de compras públicas sobre os efeitos que a licitação conjunta e a subcontratação podem ter sobre as condições competitivas das licitações.

A OCDE recomenda que os contratos de licitação exijam que os licitantes revelem não apenas se a subcontratação será realizada, mas também:

1. a identidade da(s) empresa(s) subcontratada(s); e
2. as razões que justificam a necessidade de subcontratação para a correta execução do contrato.

Os órgãos centrais de compras e entidades participantes ou aderentes às iniciativas de registro de preço devem:

- acompanhar de perto a participação dos fornecedores nas licitações centralizadas ou realizadas através de registro de preços; devem estar atentos a quaisquer indícios de que os fornecedores estão sendo desestimulados a apresentar propostas ou impossibilidades de atender aos montantes requeridos;
- monitorar desenvolvimentos no mercado para além da licitação em específico, para identificar e prevenir concentrações de mercado desnecessárias em termos de oferta, o que é especialmente relevante para grandes contratações centralizadas ou sistemas de registro de preço de longa duração; e
- adotar iniciativas para prevenir a concentração de mercado do lado da oferta (como por exemplo a divisão de contratos em lotes) quando justificadas por estudos técnicos preliminares; o parcelamento dos contratos deve maximizar a participação e estimular a concorrência. As entidades contratantes também devem levar em consideração que a maneira que os contratos foram divididos em lotes pode facilitar a alocação de mercado entre os licitantes (ver o Quadro 7.11 sobre os princípios gerais da OCDE para divisão dos contratos em lotes).

A nova lei 14.133/2021 estabelece uma preferência pela contratação eletrônica, mas ainda permite a licitação presencial, quando justificada. O Brasil deve tornar a contratação eletrônica obrigatória e limitar as exceções ao seu uso aos casos em que a apresentação de amostras físicas ou maquetes seja necessária.

A contratação eletrônica também deve integrar em uma plataforma todas as etapas do processo de compra pública, incluindo a pré-publicação de edital de planejamento da licitação, adjudicação do contrato, execução e monitoramento. O Comprasnet 4.0 parece resolver muitas destas questões.

Além disso, o Brasil deve envidar esforços para consolidar os dados de compras que estão atualmente espalhados por diferentes plataformas. Isto pode exigir que o uso do Comprasnet seja obrigatório para todos os compradores públicos. O PNCP estabelecido pela nova lei tenta centralizar os dados de compras públicas nacionais e poderia endereçar esta recomendação se efetivamente implementado.

8. Aperfeiçoando os termos das licitações e critérios de seleção de propostas

8.1. Termos de licitação pouco claros ou incompletos

Os termos das licitações devem ser projetados para maximizar a participação dos licitantes. Por exemplo, quanto mais claros forem os termos da licitação, mais fácil será para os potenciais fornecedores tomarem uma decisão informada sobre a eventual apresentação de uma proposta. Se os termos da licitação não forem claros, os licitantes podem não assumir o risco de participar do certame. A jurisprudência do TCU está de acordo com este princípio. O Acórdão nº 79/2010 estabeleceu que é essencial que o licitante conheça as especificidades do objeto da licitação, tais como os serviços solicitados, o tipo de material e a qualificação do pessoal necessário, para preparar uma proposta adequada e estimar o preço de forma precisa. Segundo o TCU, um proponente sem acesso a estes elementos não pode orçar adequadamente sua oferta e, portanto, pode decidir não participar do processo de licitação.¹¹²

De acordo com a legislação brasileira, os compradores públicos podem organizar reuniões presenciais ou virtuais para esclarecer elementos relacionados ao objeto da licitação. O edital da licitação deve conter informações sobre data e hora, locais e códigos de acesso de comunicação à distância para esta reunião.¹¹³ Os proponentes também podem impugnar o edital de licitação se as especificações técnicas não forem suficientemente claras ou compreensíveis.¹¹⁴ Estas iniciativas ajudam tanto a Administração Pública quanto os proponentes a compreender e esclarecer as áreas cinzentas nos termos da licitação, aumentar a certeza e maximizar as chances de sucesso dos proponentes, permitindo que as propostas sejam genuinamente adaptadas às exigências.

Antes da publicação de um edital de licitação de alto valor, a entidade contratante deve organizar uma audiência pública (ver seção 6.1). Este evento informativo pode ser utilizado tanto pelo setor privado quanto pelo setor público para trocar informações sobre questões técnicas e compreender melhor as exigências da licitação. Além de aumentar o envolvimento prévio e maximizar o número de proponentes, esta iniciativa pode racionalizar o processo reduzindo o número de editais de licitação sejam impugnados por falta de clareza.

A maior parte dos *stakeholders* entrevistados pela OCDE considera que os processos de compras públicas organizados no âmbito da Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) e da Lei Federal nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) incluem termos de licitação claros e compreensíveis. Por outro lado, os termos das licitações de projetos adquiridos sob a modalidade de contratação integrada (ver seção 3.2) não são especificados; o órgão público realiza a contratação de obras e serviços de engenharia sem emitir termos concretos de licitação. O edital de licitação da contratação integrada contém uma minuta de projeto de engenharia com documentos técnicos que permitem traçar o perfil das obras ou serviços, incluindo o: 1) descrição e justificativa da demanda, uma visão geral dos investimentos e do nível de serviço; 2) condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega; 3) estética do projeto

arquitetônico; e 4) parâmetros para atender aos objetivos de interesse público, economia, facilidade de execução, impacto ambiental e facilidade de acesso. As empresas contratadas assumem a responsabilidade de projetar as especificações técnicas do projeto e assumem os riscos para sua conclusão.

As contratações integradas foram concebidas inicialmente para contratação de projetos de engenharia excepcionalmente inovadores e complexos¹¹⁵ que atendam às seguintes condições: 1) envolvem uma inovação tecnológica; 2) quando o projeto pode ser concluído utilizando diferentes metodologias; ou 3) quando o projeto pode ser executado utilizando tecnologias complexas, que são oferecidas por um número limitado de empresas.

Alguns *stakeholders* acreditam que a falta de estudos de mercado completos e de planejamento adequado por parte das entidades contratantes, o que impede uma definição adequada dos critérios técnicos dos projetos, levou a um crescimento no uso dessas contratações para projetos que não são particularmente complexos nem inovadores. Dar início a uma licitação enquanto um contrato ainda não está claramente definido pode prejudicar a concorrência, caso os licitantes que não estejam dispostos a assumir os riscos do projeto sejam desestimulados a apresentar propostas. Alternativamente, as empresas que decidirem apresentar propostas refletiriam suas suposições de projeto e riscos de implementação em seu preço oferecido, o que poderia levar a soluções mais econômicas para o setor público. Alguns concorrentes podem até mesmo oferecer preços baixos irrealistas e tentar usar os riscos de entrega do projeto, se eles se materializarem, como razões para concordar com um aumento do preço do contrato. Por todas estas razões, o Brasil deve limitar a licitação de contratos que não estejam totalmente definidos a projetos que possam claramente se beneficiar da inovação e do know-how do setor privado.

8.2. Priorizar os requisitos funcionais e permitir substitutos ou soluções alternativas

As entidades e órgãos públicos compradores devem respeitar as especificações técnicas do edital de licitação, que devem ser descritas de forma concisa. As entidades contratantes têm interpretado esta regra rigorosamente e os termos das licitações tendem a ser específicos, deixando pouco espaço para inovação, sendo que soluções substitutas ou alternativas raramente são aceitas. A relutância dos agentes de compras públicas em inovar e propor termos de licitação que se concentrem em outros elementos além do preço provavelmente será influenciada pelas questões identificadas na Seção 5, as dificuldades de profissionalização dos agentes de compras públicas, as penalidades excessivas impostas a funcionários por erros processuais e a falta de diretrizes claras sobre a interpretação das regras de contratação.

Por outro lado, a jurisprudência do TCU favorece uma interpretação mais ampla da lei. De acordo com o TCU, os requisitos da licitação devem encorajar a concorrência e ser limitados ao estritamente necessário para atingir o objeto da licitação.¹¹⁶ O destaque de marcas específicas, especificações exclusivas ou produtos é permitido somente por razões técnicas.¹¹⁷ Se uma marca for utilizada para fins indicativos, o edital de licitação deve aceitar expressamente a apresentação de soluções equivalentes, similares ou superiores. O TCU aceitou também o uso de requisitos funcionais descrevendo o resultado ou função de uma licitação, ao invés de especificar as características detalhadas do produto ou processo.

As Diretrizes da OCDE recomendam que, em geral, os órgãos públicos definam as especificações das licitações em termos de requisitos funcionais - baseadas no desempenho - para que se concentrem no objetivo e não no método de sua implementação. Isto pode incentivar soluções alternativas ou inovadoras e, assim, reduzir o risco de conluio.

A contratação baseada no desempenho define claramente os objetivos gerais a serem alcançados pelo vencedor da licitação, deixando a critério da empresa vencedora a maneira específica empregada para alcançar tais resultados. Este método de contratação difere dos contratos tradicionais que se concentram

em insumos e procedimentos. O bom desempenho pode ser medido por medidas de resultados comumente aceitas que são apropriadas ao produto em questão, tais como pontualidade, confiabilidade e cumprimento das metas do contrato. Os contratos baseados em desempenho geralmente contêm um esquema de penalidades ou recompensas pelo desempenho durante todo o período do contrato. Como a remuneração da empresa contratada está vinculada à sua capacidade de atingir as metas, tais acordos fornecem um incentivo para o contratante melhorar seu desempenho e eficiência (OCDE, 2006) (OCDE, 2014). As recompensas ou penalidades podem ser monetárias, mas também podem incluir extensões de contratos para serviços de qualidade ímpar. Por exemplo, a licitação para contratação de serviço de transporte de ônibus de Londres introduziu incentivos de desempenho para investir em qualidade baseados na concessão de extensões do contrato (Ver Quadro 8.1) (OCDE, 2014).

Quadro 8.1. Incentivos de qualidade na licitação de transporte rodoviário de Londres

Os contratos para a prestação de serviços de transporte por ônibus na Grande Londres, Reino Unido, são adjudicados através de um processo de licitação gerenciado pela autoridade de transportes *Transport for London* (TfL); as adjudicações e os contratos são projetados com o objetivo de melhorar a qualidade do serviço. As empresas rodoviárias privadas concorrem a contratos para executar rotas específicas por períodos de cinco anos. O critério de seleção das propostas se baseia na "melhor relação custo-benefício", levando em conta a qualidade e a segurança. São concedidas prorrogações automáticas de dois anos se o desempenho atender a uma série de indicadores de qualidade. A cada ano, cerca de 15 a 20% da rede está sujeita a licitação.

A partir de 2001, os incentivos de qualidade foram introduzidos e generalizados progressivamente. Estes incentivos abrangem principalmente contratos de custo bruto com um esquema de pagamento de incentivos e penalidades dissuasórias relacionadas à quilometragem e confiabilidade e baseados na qualidade observada. Outros esquemas de pagamento de desempenho foram introduzidos em 2008 relacionados a qualidade da condução e apresentação dos veículos (avaliados usando pesquisas e inspeções surpresa das viagens). A qualidade é medida através de critérios incluindo confiabilidade operada por quilometragem (regularidade em serviços de alta frequência, pontualidade em serviços de menor frequência); qualidade do motorista e do veículo; qualidade de engenharia; satisfação do cliente; segurança dos passageiros e da equipe rodoviária. Diversos sistemas de monitoramento são usados para a avaliação, incluindo pesquisas com consumidores.

Fonte: (OCDE, 2014)

O Departamento Central de Compras do Ministério da Economia do Brasil lançou um projeto piloto para a aquisição de serviços de limpeza baseado em requisitos funcionais (ou de desempenho). Em 11 de maio de 2020, o Ministério publicou um edital introduzindo requisitos funcionais e especificações baseadas em desempenho que visavam mitigar os problemas identificados no sistema anterior, ou seja, baixa qualidade de serviço, requisitos de qualificação inadequada e monitoramento de execução de contratos abordando apenas questões de direito trabalhista e responsabilidade civil. O objetivo da licitação era contratar serviços para garantir que os edifícios do Ministério estivessem limpos para o pessoal e visitantes. Como a capacidade de monitoramento de desempenho é essencial para o funcionamento dos esquemas de incentivo, os proponentes também eram obrigados a fornecer uma solução tecnológica para monitorar a execução do contrato e o cumprimento dos indicadores de desempenho, por meio de um aplicativo web e móvel. O pagamento dos serviços está sujeito ao cumprimento de indicadores de desempenho, conforme especificado nos termos de referência.¹¹⁸

O Brasil deve reforçar esta iniciativa e incentivar o uso de requisitos funcionais pelos órgãos contratantes quando apropriado.

8.3. Critérios de seleção de propostas

De acordo com o Artigo 45 da Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos), os órgãos contratantes no Brasil devem realizar o julgamento das propostas segundo os seguintes critérios:

- **Menor preço ou maior desconto.**
- **Melhor qualidade técnica.** Utilizado para serviços de natureza predominantemente intelectual, em particular na elaboração de projetos, cálculos, auditorias, supervisão e consultoria de gestão e engenharia. O comprador público avalia as ofertas técnicas com base nas capacidades e experiência prévia dos proponentes, bem como na qualidade técnica da proposta, incluindo sua metodologia, organização, tecnologia e recursos humanos. Em seguida, ocorre uma negociação de preços com base em um preço máximo indicado no edital de licitação. Para ser considerada para a fase de negociação, uma proposta deve atender a requisitos técnicos mínimos. O comprador público inicia as negociações com o proponente que apresentou a melhor oferta técnica. Se a negociação fracassar, o órgão dará continuidade com o próximo proponente e assim por diante.¹¹⁹
- **Qualidade técnica e preço.** Caso o órgão contratante adote este critério, as propostas serão classificadas de acordo com a média ponderada da pontuação obtida tanto pelas propostas técnicas como pelas propostas de preço. O contrato será adjudicado à proposta com a média ponderada mais alta.
- **Maior retorno econômico.** Este critério só pode ser utilizado em licitações realizadas sob o regime de diferenciado de contratação e em relação a "contratos de eficiência". Este tipo de contrato refere-se a contratos de serviços cujo objetivo é gerar economia para a Administração Pública.¹²⁰ O vencedor da licitação recebe um percentual da economia.¹²¹

A Administração Pública utiliza as licitações na modalidade pregão, inicialmente projetadas para bens e serviços comuns, de forma ampla em todos os tipos de contratação. Cerca de 98% das licitações em caráter de concorrência são realizadas através do Pregão (Seções **Error! Reference source not found.** e **Error! Reference source not found.**). Isto significa que quase todas as contratações realizadas por meio de concurso são adjudicadas ao proponente que apresentar a oferta de menor preço ou maior desconto. Os agentes de contratação podem achar que um critério objetivo e claro, como o preço, limita o risco de questionamentos quanto à imparcialidade e impugnação da decisão em juízo. Além disso, a avaliação das propostas com base no preço é menos onerosa e complexa do que o emprego de critérios não monetários.

Os critérios baseados apenas no preço são adequados para bens, obras ou serviços mais padronizados para os quais o preço é a principal questão para a autoridade contratante. Os critérios não monetários são mais adequados para propostas em que o preço é insuficiente para fornecer uma boa resposta às exigências das autoridades contratantes (OCDE, 2015). Para projetos técnicos, complexos e inovadores, critérios de seleção de propostas baseados na qualidade e não no preço podem produzir resultados melhores de contratação e reduzir o risco de conluio, uma vez que a qualidade é mais difícil de ser combinada do que os preços. No México, por exemplo, critérios não monetários, tais como critérios baseados em pontuações e avaliação de custo-benefício, são obrigatórios quando os bens ou serviços que estão sendo adquiridos são tecnicamente altamente especializados ou inovadores.¹²²

Os critérios de qualidade podem estar relacionados ao desempenho técnico, características estéticas e funcionais, serviço de manutenção, assistência técnica e qualidade do pessoal. Outros critérios podem incluir histórico de desempenho; por exemplo, o Canadá se refere a "competências" relacionadas, por exemplo, à estrutura gerencial, pessoal chave, experiência industrial anterior, instalações e solidez financeira (OCDE, 2015).

As regras de pontuação que medem a importância relativa de cada critério aplicando, por exemplo, pesos ou métricas, devem ser claramente indicadas no edital. Na Espanha, a lei estipula que os critérios devem ser traduzíveis em números ou porcentagens, obtidos através da aplicação de fórmulas incluídas nas especificações da licitação. Alguns sistemas de contratação pública permitem uma classificação decrescente dos critérios sempre que não for possível especificar pesos (por exemplo, na UE, Suécia, Espanha, Bulgária e República Tcheca). Na Suíça, a jurisprudência estipulou que o preço deve ter um peso de pelo menos 20% na regra de pontuação; na Ucrânia, o peso relativo do preço na regra de pontuação não pode ser inferior a 70%, preço ou custo agregado do ciclo de vida; e no Brasil e na Costa Rica, o preço deve ter um peso maior do que os critérios não monetários (OCDE, 2015).

A OCDE recomenda que o Brasil incentive o uso de critérios não monetários, tais com a técnica e preço, quando a qualidade é uma dimensão relevante dos bens, serviços e obras contratados. Os critérios de seleção baseados em qualidade devem melhorar o valor do objeto contratado, recompensar a inovação e as medidas de redução de custos, e promover a competitividade do processo licitatório.

8.4. Restringir modificações contratuais após a adjudicação

De acordo com o Artigo 65 da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), a Administração Pública pode modificar unilateralmente os contratos se: 1) houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; e 2) a modificação do valor do contrato for necessária em vista de uma variação do objeto contratado. O contratado é obrigado a aceitar mudanças que representem até 25% do valor do contrato e até 50% no caso de contratos de construção ou reformas urbanas. A Administração Pública e a empresa contratada também podem concordar com modificações contratuais, se for o caso: 1) conveniente para substituir a garantia de execução; 2) necessário para alterar o regime de execução de obras ou serviços públicos ou fornecimento de bens; 3) necessário para alterar a forma de pagamento; e 4) necessário para restabelecer o equilíbrio econômico e financeiro original do contrato no caso de eventos imprevisíveis, ou consequências imensuráveis de eventos previsíveis.

A missão de verificação factual da OCDE verificou que os contratos relacionados a obras de infraestrutura ou serviços de engenharia são alterados com frequência. Esta tendência também é observada em outros países. Durante os anos 90 e 2000, no setor de concessões na América Latina, excluindo as telecomunicações, até 41% das concessões de infraestrutura foram renegociadas. A ocorrência aumentou para 55% para transportes e 75% para as concessões de água e saneamento. Também foi estimado que o valor dos custos econômicos das modificações nos contratos de pavimentação de rodovias no estado da Califórnia variou de 7,5 a 14% da proposta vencedora (OCDE, 2014). É comum no Brasil que as partes concordem em modificações que vão além dos limites legais. O desenho inadequado das especificações técnicas dos projetos resulta em taxas mais altas de renegociação.

O Regime Diferenciado de Contratações Públicas tentou resolver esta questão criando a modalidade de contratação integrada para projetos altamente inovadores e complexos. Como explicado na Seção **Error! Reference source not found.**, nesta modalidade o contratante, que possui melhores condições de dominar e compreender a complexidade técnica e as estimativas de custo do projeto, é responsável pela definição das especificações.

A possibilidade de os contratos serem facilmente modificados após a adjudicação pode desencorajar a participação de licitantes mais avessos ao risco. As empresas que esperam ter que renegociar o contrato e se sentem confiantes sobre sua posição de negociação com a Administração Pública podem reagir estrategicamente, diminuindo suas propostas. Isto pode levar à seleção das propostas dos licitantes mais confiantes quanto à sua capacidade de renegociação, em vez dos mais eficientes (OCDE, 2014). No Brasil, o TCU nomeou esta prática de manipulação das estimativas de preço de jogo de planilha. O licitante subestima os custos de itens ou serviços que provavelmente não serão executados ou terão seus volumes reduzidos através de renegociações, enquanto superfatura os preços de itens ou serviços cujos volumes são suscetíveis de serem acrescidos por modificações contratuais.¹²³ O TCU desenvolveu medidas para

abordar esta questão através de metodologias para renegociar preços unitários de tal forma que o equilíbrio econômico original do contrato público seja preservado. Nem a lei nem a jurisprudência enfocam o impacto que as modificações contratuais podem ter sobre a participação inicial dos proponentes.

Na maioria das jurisdições, quando um contrato público precisa ser substancialmente modificado, a hipótese inicial é que a modificação desencadeará um novo concurso público a fim de dar a todos os concorrentes potenciais a oportunidade de apresentar propostas que atendam às circunstâncias alteradas (SIGMA, 2016).

Modificações limitadas a um contrato público existente são frequentemente permitidas quando são necessárias e justificadas, tais como em situações em que circunstâncias genuinamente imprevisíveis ocorrem. O Quadro 8.2 mostra como a Diretiva de Compras Públicas da União Europeia regulamentou as modificações.

Quadro 8.2. Modificações dos contratos sob a Diretiva da EU relativa aos contratos públicos

A Diretiva 2014/23 da União Europeia relativa aos contratos públicos permite a modificação de um contrato sem necessidade de condução de um novo processo licitatório somente dentro de limites rigorosos e em situações específicas. Em geral, os contratos podem ser modificados quando as alterações não são substanciais.

A diretiva estabelece seis modificações não substanciais permitidas durante o período de vigência do contrato.

1. **Modificações expressamente previstas nos documentos iniciais de compra.** As cláusulas de revisão nos documentos de compra devem ser claras, precisas e inequívocas; devem especificar o escopo e a natureza das possíveis modificações ou opções, assim como as condições sob as quais elas podem ser utilizadas. As cláusulas de revisão não devem alterar a natureza geral do contrato.
2. **Obras, serviços ou suprimentos adicionais** que se tornaram necessários, mas que não foram incluídos na aquisição inicial. Estes só são possíveis quando a empresa contratada não puder ser alterada por razões econômicas ou técnicas, tais como intercambialidade ou interoperabilidade com equipamentos, serviços ou instalações existentes, adquiridos no âmbito da aquisição inicial, e as alterações causariam inconvenientes significativos ou duplicação substancial de custos para a autoridade contratante. Qualquer aumento de custos decorrente de modificações não deve exceder 50% do valor do contrato original. As autoridades contratantes que utilizam esta disposição para modificar um contrato devem publicar um aviso de modificação no Jornal Oficial da União Europeia (OJEU).
3. **Modificações devidas a circunstâncias imprevistas** que uma autoridade contratante diligente não poderia ter previsto e que não alteram a natureza geral do contrato. Qualquer aumento nos custos devido a modificações não deve exceder 50% do valor do contrato original. As autoridades contratantes que utilizam esta disposição para modificar um contrato devem publicar um aviso de modificação no OJEU.
4. **A substituição de um parceiro contratual** é permitida em três situações: a) quando é consequência de uma cláusula de revisão clara, precisa e inequívoca que estabelece o escopo e a natureza da substituição, bem como as condições sob as quais ela pode ser utilizada; b) quando um contratante enfrenta mudanças estruturais durante um contrato, tais como uma reorganização interna, aquisição, fusão, aquisição, ou mesmo insolvência; c) quando a própria autoridade contratante assume as principais obrigações do contratante para com seus subcontratados.

5. **Modificações de baixo valor, não substanciais.** Estas modificações devem ser: a) abaixo do limite financeiro relevante da UE para o contrato; e b) menos de 10% do valor inicial do contrato para um contrato de fornecimento de serviços ou menos de 15% para um contrato de obras.
6. **Outras modificações não substanciais.** As modificações são consideradas substanciais e exigem um novo concurso quando tornam o contrato "materialmente diferente em caráter do contrato inicialmente concluído". De acordo com a Diretiva, este é o caso quando a modificação: a) tem um impacto no procedimento licitatório inicial; b) altera o equilíbrio econômico em favor do contratado; c) amplia consideravelmente o escopo do contrato; d) vê o contratado substituído em outras situações que não as mencionadas acima como alterações não substanciais ao contrato.

Fonte: Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=EN;); (SIGMA, 2016).

A legislação brasileira deve estabelecer regulamentos mais específicos que permitam alterações contratuais somente nos casos em que as modificações não sejam substanciais ou estejam expressamente previstas nas cláusulas de revisão do contrato; por exemplo, permitir que as partes concordem em modificações que vão além dos limites legais seria muito provavelmente contrário a este princípio. A lei dever impor a exigência de realização de um novo processo licitatório quando as modificações forem tão substanciais que mudem o domínio concorrencial inicial.

8.5. Recomendações de ação

Os termos das licitações relativas aos projetos adquiridos sob a modalidade de contratação integrada geram incerteza entre os licitantes. Os atores entrevistados pela OCDE relataram que este tipo de contratação, criada inicialmente aquisição de projetos técnicos complexos, estão sendo cada vez mais utilizados para projetos que não são particularmente complexos nem inovadores. O Brasil dever limitar a realização de licitações que não estão definidas exaustivamente aos projetos que possam ser claramente beneficiados pelas inovações e expertise do setor privado.

O Brasil deve incentivar os órgãos públicos a definir requisitos funcionais - baseados em desempenho - para que possam se concentrar no objetivo e não no método de implementação da licitação. O projeto piloto de aquisição de serviços de limpeza baseado em requisitos funcionais lançado pelo Departamento Central de Compras do Ministério da Economia do Brasil é uma iniciativa positiva e o Brasil poderia desenvolver outras iniciativas inspiradas nesta experiência.

A OCDE recomenda que o Brasil encoraje o emprego de critérios não-monetários de seleção de propostas, tais como técnica, quando a qualidade é uma dimensão relevante dos bens, serviços e obras contratados. Os critérios qualidade para seleção da proposta vencedora devem melhorar o valor do objeto adquirido, beneficiar a inovação e as medidas de redução de custos, e promover a competitividade dos processos licitatórios. As regras de pontuação que medem a importância relativa de cada critério utilizado devem ser claramente indicadas no edital de licitação.

A legislação brasileira deve estabelecer regulamentos mais específicos que permitam alterações contratuais somente nos casos em que as modificações não sejam substanciais ou estejam expressamente previstas nas cláusulas de revisão do contrato; por exemplo, permitir que as partes concordem em modificações que vão além dos limites legais (até 25% do valor do contrato e até 50% no caso de contratos relativos a equipamentos de construção ou reforma) seria muito provavelmente contrário a este princípio. A lei dever impor a exigência de realização de um novo processo licitatório quando as modificações forem tão substanciais que mudem o domínio concorrencial inicial.

9. Transparência, publicidade e integridade das propostas apresentadas

A OCDE recomenda que os governos garantam um grau adequado de transparência em todas as etapas do processo licitatório. A transparência nas compras públicas previne a má administração, a fraude, a corrupção e a assimetria de informação (OCDE, OECD Recommendation of the Council on Public Procurement, 2015). As compras transparentes devem:

- promover um tratamento justo e equitativo para potenciais fornecedores, fornecendo informações adequadas e oportunas;
- permitir livre acesso às informações sobre as contratações públicas, através de um portal on-line, para todos os interessados, incluindo potenciais fornecedores nacionais e estrangeiros, a sociedade civil e o público em geral;
- assegurar a visibilidade do fluxo de fundos públicos, desde o início do processo orçamentário, ao longo de todo o ciclo de compras públicas

Por outro lado, os processos de contratação demasiadamente transparentes podem facilitar o conluio. Os compradores públicos devem evitar a divulgação de informações comercialmente sensíveis, a menos que sejam exigidos por lei (OCDE, 2012).

De acordo com o Artigo 3 da Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos), os processos de contratação devem ser estritamente alinhados ao princípio geral de transparência. O Brasil desenvolveu diferentes plataformas para divulgar informações sobre as compras públicas.

- O **painel de compras**¹²⁴ dirigido pelo Ministério da Economia contém dados agregados de compras realizadas por entidades do governo federal. A plataforma inclui informações de PACs, procedimentos de compras e execução de contratos. A plataforma permite que os dados sejam exportados em vários formatos e a personalização das consultas.
- O **painel de preços**, também dirigido pelo Ministério da Economia, contém informações sobre preços pagos pelo governo federal para aquisição de bens e contratação de serviços; a plataforma é particularmente útil para pesquisas de mercado e estimativas de preços de referência.
- O **portal da transparência**, administrado pela CGU, foi lançado em 2004 e contém informações sobre despesas públicas, incluindo as compras públicas. Uma nova versão foi lançada em 2018 e inclui uma melhor apresentação dos dados, ferramentas de pesquisa e gráficos mais intuitivos, e integração às redes sociais. Os dados divulgados pelo portal de transparência são retirados de várias fontes oficiais, incluindo o Sistema Integrado de Administração Financeira (SIAFI) e o Sistema Integrado de Administração de Recursos Humanos (SIAPE).

Além destas plataformas, o Comprasnet é uma ferramenta mais operacional na qual os proponentes podem participar dos processos de licitação e interagir com a Administração Pública. O Comprasnet contém informações sobre as diferentes etapas de uma licitação, desde a publicação do instrumento convocatório, abertura das propostas, esclarecimentos sobre o edital, recursos, até a adjudicação dos contratos. O Comprasnet é acessível apenas aos licitantes registrados na plataforma, e aos compradores

públicos. Esta informação também é publicada no Diário Oficial da União e em outros sites institucionais para compras presenciais.

Algumas das informações relativas às contratações publicadas nestas plataformas ou por outros meios são comercialmente sensíveis e podem facilitar o conluio, dependendo do grau de detalhamento e do momento da divulgação. Este é o caso do PAC, do ETP e da divulgação dos lances .

9.1. Limitar a divulgação da versão integral do Plano Anual de Contratações

A publicação do PAC tem efeitos pró-competitivos, pois informa os fornecedores sobre oportunidades de participação em licitações, permitindo que elaborem um caso de negócios e eventualmente apresentem uma proposta. Entretanto, se o plano publicado for muito detalhado incluindo, por exemplo, volumes, custos, locais de entrega e cronogramas, poderia servir como base para um esquema de cartel (OCDE, 2016).

Os órgãos e entidades federais contratantes devem criar um PAC detalhado a cada ano e registrá-lo em um módulo do Comprasnet.¹²⁵ Em geral, a versão detalhada só está disponível para funcionários públicos, enquanto uma versão menos abrangente é publicada no portal de compras, que indica os itens que cada entidade administrativa ¹²⁶ planeja adquirir no ano seguinte, mas não inclui volumes, preços de referência, cronogramas de compras e locais de entrega.

As entidades federais de compras públicas também são obrigadas a publicar versões simplificadas de seus PACs em seus websites.¹²⁷ Entretanto, alguns órgãos, como o FNDE, divulgam a versão detalhada, pois os cidadãos têm o direito de solicitar tal acesso nos termos da Lei de Acesso à Informação (Lei Federal nº 12.527/2011).¹²⁸ Existe um *trade-off* a ser considerado entre a transparência e possíveis efeitos negativos sobre a concorrência, dado que a transparência de mercado é um fator facilitador de conluio. Ao tempo em que cumprem com as exigências legais relevantes, as entidades contratantes devem assegurar que nenhuma informação seja compartilhada de forma desnecessária. As entidades devem evitar tornar a versão completa do PAC automaticamente disponível para o público e limitar a publicação à versão simplificada, conforme exigido por lei. A versão mais detalhada deve ser usada para fins internos, como o compartilhamento de experiências e informações entre funcionários públicos ou a aplicação de inteligência artificial para a adoção de decisões estratégicas de contratação.

O Comprasnet 4.0 integrará todas as etapas do processo de licitação - planejamento, processo de licitação, adjudicação e execução de contratos - que agora estão sendo realizadas e gerenciadas por módulos separados, em uma única plataforma. Ainda não está claro até que ponto e de que forma as informações contidas no Comprasnet 4.0, incluindo o PAC, serão colocadas à disposição do público.

9.2. Limitar a divulgação do Estudo Técnico Preliminar (ETP)

O ETP deve ser anexado ao edital de licitação e, portanto, está disponível ao público desde o início do processo licitatório.

O ETP contém as análises, tais como pesquisas de mercado e de preços, e as fontes utilizadas pela Administração Pública para adotar decisões estratégicas de contratação. O compartilhamento destas informações poderia facilitar a formação, o monitoramento e a perpetuação de esquemas de cartéis em licitação. O ETP não deve ser divulgado ao público.

Em certas jurisdições, como o México, estudos de mercado são considerados parte do processo deliberativo dos funcionários públicos e a sua divulgação é restrita até que o contrato seja adjudicado (OCDE, 2018). Caso a publicação do ETP seja necessária, o Brasil deve considerar resguardar as informações no ETP até que o processo de contratação seja concluído, com base no parágrafo 3 do Artigo

7 da Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), que protege informações que servem como base de um processo decisório da Administração Pública.

9.3. Limitar a divulgação de informação sobre os licitantes e propostas

Conforme a Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos), os envelopes contendo os documentos de habilitação dos licitantes e suas ofertas são abertos em sessões públicas. A identidade dos proponentes e suas propostas são, portanto, conhecidas antes que o contrato seja adjudicado. No entanto, é pouco provável que os licitantes utilizem estas informações para manipular as propostas durante o processo de licitação, já que a proposta e o envelope contendo os documentos de habilitação são apresentados ao mesmo tempo no início do processo de licitação. Além disso, a desistência de propostas é vedada após a fase de habilitação, evitando a realização de acordos entre os proponentes a fim de reduzir o número de propostas. No entanto, as informações sobre as propostas e sobre os licitantes poderiam ser utilizadas para monitorar e eventualmente aplicar medidas de retaliação contra as empresas que decidirem não cooperar em um esquema de cartel.

As diferentes rodadas de lances das licitações realizadas na modalidade pregão são públicas, mas a identidade dos concorrentes participantes é confidencial, sendo revelada apenas depois da adjudicação do contrato.

No regime diferenciado de contratação, caso a entidade contratante decida pela pré-qualificação dos proponentes, a lista de candidatos pré-selecionados é tornada pública após esta fase.

A OCDE reconhece que existem considerações de cunho de política pública para decidir se as informações sobre as propostas são divulgadas, incluindo a responsabilidade dos funcionários públicos, transparência em relação à alocação dos recursos dos órgãos públicos, combate à corrupção, assim como o direito dos participantes de recorrer das decisões das autoridades contratantes. Estes objetivos ainda podem ser alcançados, no entanto, se a divulgação de informações sobre propostas e licitantes for adiada até certo tempo após a conclusão da contratação – por exemplo, entre seis e oito meses após a adjudicação do contrato - ou se as informações dos licitantes forem mantidas anônimas, por exemplo, identificando-os usando um código conhecido apenas pela entidade contratante. Isto dificultaria o monitoramento da licitação em tempo real por parte dos membros de um esquema colusivo. O vencedor da licitação ainda seria anunciado publicamente (OCDE, 2018).

O *trade-off* entre tornar a aquisição o mais transparente possível e proteger os segredos comerciais relativos às propostas e licitantes com vistas a preservar o processo competitivo tem sido interpretado de forma ampla pela jurisprudência da União Europeia.

Quadro 9.1. European Dynamics Luxemburgo e Outros contra a Comissão Europeia, Processo T-536/11

Neste acórdão de 2015, o Tribunal Geral negou recursos contra uma decisão da Comissão Europeia de limitar a divulgação de informações sobre licitações a um proponente vencido em um processo licitatório.

O Tribunal decidiu que a autoridade contratante tinha o direito de não divulgar certos detalhes cuja divulgação pudesse distorcer a concorrência entre os proponentes. Afirmou que: "no contexto de um recurso interposto de uma decisão tomada por uma autoridade contratante em relação a um procedimento de direito público, o princípio do contraditório não implica um direito de acesso ilimitado e absoluto das partes à totalidade das informações relativas ao procedimento de adjudicação em questão. Pelo contrário, esse direito de acesso deve ser ponderado com o direito dos outros operadores econômicos à proteção de suas informações confidenciais e de seus segredos comerciais. [...] O princípio da proteção das informações confidenciais e dos segredos comerciais deve ser observado de forma a conciliar as exigências de proteção jurídica efetiva e os direitos de defesa das partes em litígio e, no caso de revisão judicial, de forma a garantir que o processo como um todo esteja de acordo com o direito a um processo equitativo".

Fonte: Acórdão do Tribunal Geral da UE (Nona Seção) de 8 de julho de 2015 no Processo T-536/11, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011TJ0536>

Como ilustrado no Box 9.2, alguns países da OCDE adotaram regras de divulgação que levam em consideração não apenas requisitos relativos à transparência, como também critérios concorrenciais.

Box 9.2. Regras de divulgação de informações relativas às licitações públicas na França e na Alemanha

Na França, as autoridades contratantes devem garantir a confidencialidade dos segredos industriais ou comerciais, bem como a não divulgação de informações que possam prejudicar a concorrência, tais como informações genéricas ou detalhadas dos preços das propostas durante o processo de compra. A prática tem sido proteger os certames contra o acesso de licitantes concorrentes. Informações sobre a proposta vencedora, tais como preços gerais devem, no entanto, ser divulgadas aos concorrentes após a licitação. Os detalhes técnicos e financeiros da proposta vencedora (tais como preços unitários) podem ser omitidos para preservar a confidencialidade. O objetivo é evitar a possibilidade de conluio.

Na Alemanha, os segredos comerciais são entendidos amplamente como "todos os fatos, circunstâncias e processos referentes a uma empresa, que não são óbvios, mas acessíveis somente a um número limitado de pessoas e nos quais a pessoa jurídica tem um interesse justificado de não revelação". Os segredos comerciais cobrem a totalidade das propostas apresentadas nos processos licitatórios e a autoridade contratante é obrigada a protegê-los durante o processo de licitação.

Fonte: (Sanchez-Graells, 2018)

Em consonância com as práticas internacionais e a Recomendação da OCDE, o Brasil deve considerar medidas para evitar tornar pública:

- a lista de candidatos pré-qualificados nos processos licitatórios realizados segundo o regime diferenciado de contratações durante a fase de licitação e, em vez disso, considerar enviar convites confidenciais para apresentação de propostas aos licitantes pré-selecionados;
- a lista de proponentes nos processos licitatórios realizados segundo a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) durante a licitação; e
- informações sobre os proponentes e as propostas; tais informações devem ser divulgadas apenas após a adjudicação do contrato ou até mesmo numa fase posterior para prevenir o monitoramento imediato e retaliações de membros de um cartel.

9.4. Regular as audiências e consultas públicas e inspeções

Nos processos licitatórios relativos a aquisições de alto valor, os órgãos e entidades públicas contratantes são obrigadas a organizar uma audiência pública. Além disso, podem ser realizadas consultas públicas com potenciais licitantes para a preparação do ETP. Finalmente, as empresas podem ser convidadas para inspeções técnicas das instalações quando necessário ou útil para elaboração de uma proposta (por exemplo, para serviços de engenharia, segurança ou limpeza).¹²⁹

O Brasil não regulamentou a forma em que estes eventos ocorrem. A OCDE recomenda evitar a reunião de potenciais licitantes no mesmo local e horário, pois isso pode facilitar a comunicação entre os concorrentes e, eventualmente, a formação de cartel. O TCU tem enfatizado estas preocupações em relação às inspeções de instalações.¹³⁰

Se possível, as inspeções das instalações devem ser organizadas individualmente e contar com a participação de dois agentes de contratação para mitigar as preocupações relativas ao risco de corrupção, que podem surgir quando um proponente se reúne com um oficial de compras por conta própria. A autoridade contratante também poderia aprimorar a eficiência e evitar a reunião de concorrentes potenciais utilizando tecnologia como drones para inspeções no local.

As audiências ou consultas públicas com as partes interessadas podem ser difíceis de organizar e administrar individualmente por razões práticas. Estes eventos podem, entretanto, ocorrer eletronicamente para limitar as oportunidades de os licitantes se encontrarem pessoalmente. Caso as atas desses eventos sejam publicizadas, a unidade contratante não deve divulgar os detalhes de contato das empresas participantes. Como alternativa, as empresas poderiam ser identificadas através de um código confidencial. Seguindo uma recomendação da OCDE, o Instituto Mexicano do Seguro Social (IMSS) adotou medidas para realizar a maior parte dos eventos relacionados às licitações à distância. Reuniões de esclarecimento, apresentações e abertura de propostas em licitações eletrônicas são agora realizadas em reuniões fechadas na presença de uma testemunha social (um indivíduo de uma lista de organizações não governamentais e pessoas físicas selecionadas pelo Ministério da Administração Pública do México, que participam dos processos licitatórios superiores a certos limites para promover o escrutínio público) e da unidade de controle interno (auditores internos do IMSS). Os proponentes não são convidados a participar dessas reuniões, mas as atas são publicadas no CompraNet, o sistema mexicano de contratações eletrônicas, para fins de transparência. Especialmente no caso das licitações consolidadas (compras conjuntas entre o IMSS e outras entidades de compras, geralmente para a aquisição de medicamentos), o IMSS realizou a transmissão das reuniões de esclarecimento, apresentação e abertura de propostas, e a adjudicação de contratos em redes sociais (Facebook e YouTube) e no site do IMSS (OCDE, 2018).

O Brasil deve regulamentar a forma como as audiências públicas, as consultas públicas e a inspeção técnica de instalações são realizadas. Ao organizar esses eventos, os órgãos de compras públicas devem

evitar reunir potenciais concorrentes no mesmo local. As inspeções de instalações poderiam ser feitas por meios eletrônicos, como drones, e as audiências e consultas públicas poderiam ser realizadas remotamente, mantendo a identidade dos participantes em sigilo.

9.5. Valor estimado

Dependendo da modalidade do processo de licitação, diferentes regras são aplicáveis no que tange à publicação de preços-teto máximos e orçamentos estimados.

De acordo com a Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos), o orçamento estimado do objeto adquirido deve constar em anexo e ser publicado com o edital de licitação.¹³¹

Nos pregões eletrônicos, o valor estimado do contrato ou valor máximo aceito é confidencial e só será divulgado quando a sessão de licitação for encerrada. Por outro lado, se o critério de seleção da proposta vencedora for o maior desconto, o preço máximo de referência deve ser indicado no edital.¹³²

No caso do regime diferenciado de contratações, o orçamento estimado do projeto é confidencial, a menos que o critério de seleção da proposta vencedora seja o maior desconto ou a melhor técnica.¹³³ As Diretrizes da OCDE recomendam o uso de preços máximos de aquisição somente quando forem resultado de uma pesquisa de mercado cuidadosa e as autoridades contratantes estiverem convencidas de sua natureza competitiva (ver seção **Error! Reference source not found.** para recomendações sobre a revisão da análise de mercado). Os preços de referência devem permanecer confidenciais, pois a sua publicação informa aos concorrentes o valor que autoridade contratante está disposta a pagar, o que facilita a fixação de preços. Isto também estabelece um ponto de referência sobre o qual os licitantes provavelmente estimarão suas propostas, independentemente de concordarem explicitamente em fixar preços (OCDE, 2009).

As entidades contratantes brasileiras não devem divulgar o orçamento estimado do objeto contratado no edital de licitação. Esta informação pode ser divulgada após o encerramento do processo de licitação e adjudicação do contrato. Esta decisão teria embasamento legal na Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) que protege as informações utilizadas no processo administrativo deliberativo (ver seção 9.2). Os compradores públicos também devem evitar, na medida do possível, o uso do critério de maior desconto para a seleção das propostas vencedoras, tendo em vista que procedimento exige a divulgação dos preços máximos conferindo aos concorrentes uma referência com base na qual poderiam firmar acordos de fixação de preços.

9.6. Recomendações de ação

Os órgãos/entidades contratantes devem evitar tornar a versão completa do PAC automaticamente disponível ao público e limitar a publicação à versão simplificada, conforme exigido por lei.

O Brasil deve considerar a proteção de informações do ETP. Caso seja necessária a divulgação do ETP, o país poderia considerar a proteção dessas informações até o encerramento do processo licitatório, com base no parágrafo 3 do Artigo 7 da Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação), que protege as informações que servem como base para o processo decisório pela Administração Pública. A nova lei 14.133/2021 confere à administração pública a possibilidade de manter o valor estimado do contrato e o preço unitário de referência incluído no ETP em sigilo até o final do processo licitatório.¹³⁴ Os órgãos compradores devem fazer uso extensivo desta prerrogativa e considerar a proteção dos demais elementos do ETP.

O Brasil deve considerar medidas para evitar que se torne pública:

- a lista de candidatos pré-qualificados nos processos licitatórios realizados segundo o regime diferenciado de contratações durante a fase de licitação e, em vez disso, considerar enviar convites confidenciais para apresentação de propostas aos licitantes pré-selecionados;
- a lista de proponentes nos processos licitatórios realizados segundo a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos) durante a licitação; e
- informações sobre os proponentes e as propostas; tais informações devem ser divulgadas apenas após a adjudicação do contrato ou até mesmo numa fase posterior para prevenir o monitoramento imediato e retaliações de membros de um cartel.

O Brasil deve regulamentar a forma como as audiências e consultas públicas, e a inspeção técnica de instalações são realizadas. Ao organizar esses eventos, as entidades de compras devem evitar reunir potenciais concorrentes no mesmo local. As inspeções de instalações poderiam ser feitas por meios eletrônicos, como drones, e as audiências e consultas públicas poderiam ser realizadas remotamente, mantendo a identidade dos participantes em sigilo. A nova lei 14.133/2021 prevê a possibilidade de realizar audiências públicas eletronicamente.¹³⁵ As audiências públicas eletrônicas devem ser preferíveis em relação aos eventos presenciais. A nova lei também prevê inspeções individuais no local, o que, em princípio, evitaria a reunião de potenciais concorrentes no mesmo local.¹³⁶

As entidades brasileiras contratantes não devem revelar o orçamento estimado do objeto adquirido no edital ou em uma etapa posterior durante o processo de licitação. Esta informação poderia ser divulgada após o encerramento do processo licitatório e adjudicação do contrato. Esta decisão poderia ser baseada na Lei Federal nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) que protege as informações utilizadas no processo deliberativo administrativo (ver seção 9.2). Os compradores públicos também devem evitar, na medida do possível, o uso do maior critério de desconto para a adjudicação de contratos.

O Brasil deve considerar a adoção de regulamentos mais detalhados nesta área e evitar a exclusão automática de ofertas de baixo valor. Ao fazer isso, o Brasil poderia seguir a lista de verificação da OCDE sobre como reduzir os riscos de preços anormalmente baixos ao mesmo tempo em que protege a concorrência.

10. Promoção da conscientização quanto aos riscos de cartel em licitação

10.1. O papel da autoridade de concorrência em termos de aplicação da lei e conscientização

Uma fiscalização da concorrência forte e regular é importante para a prevenção e detecção de cartéis em licitações. A atuação do Cade em relação ao combate a cartéis em licitações tem sido excelente, especialmente nas investigações iniciadas no contexto da Operação Lava Jato. No entanto, a atuação do Cade tem sido menos ativa em iniciativas de advocacia da concorrência em parceria com outros órgãos públicos, incluindo o Legislativo, contra os cartéis em licitação e em defesa de processos licitatórios competitivos.

Como observado na Seção 4.2, embora os órgãos governamentais e legislativos não sejam obrigados a consultar o Cade ao promulgar legislação sobre compras públicas, a autoridade possui discricionariedade para fornecer comentários de uma perspectiva concorrencial sobre a legislação em discussão, caso julgue apropriado ou se solicitada por um órgão público. O Cade não emite pareceres com frequência, mas já o fez no passado. Por exemplo, em maio de 2020, o Cade expressou preocupações em relação a uma Medida Provisória autorizando o Instituto Nacional do Seguro Social a contratar empresas estatais no mercado de tecnologia da informação sem um processo de licitação; o posicionamento foi emitido a pedido do Ministério da Justiça.¹³⁷ A SEAE também possui poderes para comentar proposições legislativas, mas parece não possuir os recursos necessários para emitir pareceres regulares sobre compras públicas e cartéis em licitações.

O Cade também possui poderes para comentar sobre procedimentos de compras públicas, e o tem feito com pouca frequência. Por exemplo, no contexto da venda de refinarias pela empresa estatal brasileira Petrobrás, o Cade aconselhou que as refinarias fossem vendidas a vários compradores em vez de apenas um para maximizar seu valor para a Petrobrás. Atualmente, o Cade está assessorando o governo brasileiro na aquisição de tecnologia 5G. A SEAE também possui competência para analisar editais de contratações públicas e emitir pareceres sobre estratégias de compras governamentais.

A união de forças entre o Cade e a SEAE na coordenação de esforços de advocacia da concorrência seria positiva. Atualmente, não existem acordos formais de cooperação entre os dois órgãos, ainda que cooperem informalmente em questões específicas.

Além disso, tanto o Cade quanto a SEAE devem adotar um papel consultivo mais ativo na emissão de pareceres sobre a legislação relevante de compras públicas e procedimentos de contratação. Notavelmente, o Cade e a SEAE não comentaram o projeto de lei sobre compras públicas, que estava sendo discutido no Congresso Nacional no momento da elaboração. Seria aconselhável uma coordenação mais aproximada entre ambos os atores para assegurar que ao menos uma das instituições opine sobre a legislação relevante de compras públicas e procedimentos licitatórios de forma consistente. O Cade e a SEAE devem adotar um conjunto de critérios, como o valor do contrato e o setor envolvido, para determinar sobre quais procedimentos de compras normalmente seria esperada a emissão de parecer.

10.2. Capacitação dos agentes de compras públicas

Promover a conscientização dos agentes de compras públicas sobre os custos e riscos de conluio é importante no combate aos cartéis em licitações. As Diretrizes da OCDE recomendam que as agências de compras públicas treinem regularmente seu pessoal na prevenção e detecção de cartéis em licitações.

Como explicado na Seção 4.2, o Cade realiza eventos e cursos de treinamento com o objetivo de combater os cartéis em licitações. O Cade firmou um acordo com a Escola Nacional de Administração Pública (ENAP)¹³⁸ para desenvolver 10 cursos (ver Box 10.1). Até agora, o Cade lançou dois cursos: um sobre prevenção e detecção de cartéis em compras públicas e um segundo sobre seu programa de leniência.¹³⁹ Ambos são destinados principalmente aos funcionários responsáveis pelas compras públicas, mas qualquer um pode se registrar e realizar o curso. Além disso, o Cade realizou palestras e cursos para funcionários do Ministério Público e órgãos de controle, abordando questões relacionadas à concorrência, técnicas investigativas e o Projeto Cérebro (ver **Error! Reference source not found.**). Além de disseminar conhecimento, esses eventos visam criar uma rede de órgãos parceiros permitindo a condução de investigações mais coordenadas eficazes contra condutas anticompetitivas.

Por outro lado, os eventos e cursos de treinamento do Cade não fazem parte de um programa geral de treinamento voltado para agentes de compras e para servidores que, de outra forma, poderiam contribuir no combate a cartéis em licitações, tais como procuradores públicos, e servidores da CGU e do TCU. Na verdade, os *stakeholders* entrevistados pela OCDE apontaram que os funcionários que desejam obter treinamento sobre compras públicas precisam identificar eles mesmos os recursos disponíveis. Isto pode explicar por que nem todos os órgãos públicos relevantes estão cientes da orientação e dos esforços de capacitação do Cade.

Box 10.1. Curso realizado pelo Cade e ENAP sobre a detecção de cartéis em licitações

Em outubro de 2019, o Cade lançou um curso on-line em parceria com a ENAP sobre prevenção e detecção de cartéis em licitações. O programa é dirigido principalmente aos funcionários responsáveis pelas compras públicas, embora não seja obrigatório. O curso é aberto ao público e acessível através da Escola Virtual do Governo (EVG), uma plataforma educacional.

O programa leva 30 horas para ser concluído e, até o momento de elaboração deste relatório, dentre os 6.100 inscritos, cerca de 2.500 participantes haviam concluído o treinamento. O objetivo é preparar os agentes de contratação para identificar indícios de conluio entre concorrentes e relatar tal comportamento às autoridades competentes, a fim de prevenir, detectar e reprimir cartéis em licitações.

Fonte: OCDE a partir de informações de www.escolavirtual.gov.br/curso/152 e <https://emnumeros.escolavirtual.gov.br/indicadores/>.

O curso Cade/Enap sobre detecção de cartéis em compras públicas é relativamente interativo, exigindo que os participantes respondam a perguntas em seus quatro módulos e oferecendo diversos exemplos. Ainda assim, com base na avaliação dos *stakeholders* fornecida pelo Cade,¹⁴⁰ o conteúdo do curso é muito genérico, carece de foco em compras públicas e é muito teórico, oferecendo, por exemplo, poucas dicas práticas sobre como os agentes de compras públicas devem atuar para prevenir ou quando detectam um cartel. De fato, os materiais do curso lidam de forma muito ampla com questões irrelevantes para os agentes de compras públicas, tais como abuso de posição dominante, discussões teóricas sobre os efeitos dos cartéis em relação ao bem-estar do consumidor e o papel das provas indiretas na persecução de cartéis. Além disso, as explicações são muito abstratas e possivelmente excessivamente detalhadas para o público leigo. As dicas práticas destinadas aos funcionários públicos são limitadas.

Estas falhas podem explicar por que, até o momento de redação do relatório, 33,4% dos inscritos haviam desistido do curso.¹⁴¹

O Cade e a ENAP devem considerar os resultados da avaliação de forma cuidadosa e implementar mudanças visando tornar o curso mais prático e compreensível aos agentes de compras públicas. O manual de treinamento elaborado pela OCDE como parte deste projeto poderia ser usado como base. Os módulos poderiam se beneficiar de uma redução do conteúdo textual e um foco mais claro em tópicos relevantes para o combate ao cartel em licitações públicas. Muitos destes tópicos, como a detecção de conluio em licitações, já estão cobertos, mas talvez não tenham o alcance adequado, dada a quantidade de informações fornecidas no curso. Além disso, o curso deve abranger mais materiais audiovisuais e exercícios práticos (como uma encenação hipotética) para tornar o curso mais interativo.

A capacitação dos funcionários é uma ferramenta extremamente útil no combate a cartéis em licitações. Ao adquirir conhecimento apropriado, os servidores públicos podem elaborar licitações que dificultem a ocorrência de cartéis. Além disso, poderiam detectar mais facilmente acordos anticompetitivos. De fato, os servidores do Cade notaram que as reclamações registradas por outros servidores públicos aumentaram depois que se beneficiaram do treinamento, embora seja difícil estimar o impacto exato.

O Brasil deve considerar o desenvolvimento e a implementação de um programa abrangente e de longo prazo de capacitação em compras públicas e combate a cartéis em licitações, em vez de promover apenas iniciativas isoladas. O curso da ENAP e do Cade, e o manual de treinamento produzido pela OCDE sobre cartéis em licitações desenvolvido no âmbito deste projeto fornecem uma base adequada para o desenvolvimento deste programa. O treinamento sobre cartéis em licitações deve ser obrigatório para todos os funcionários envolvidos nas contratações públicas e fazer parte de uma eventual estratégia de profissionalização e certificação do pessoal responsável pelas compras públicas (ver recomendação na Seção 5). A capacitação deve enfatizar a importância de denunciar os cartéis em licitações e os canais de comunicação disponíveis, e esclarecer que os servidores não sofrerão consequências negativas ao comunicar este tipo de conduta, desde que não estejam realmente envolvidos no esquema.

10.3. Promover a conscientização do setor privado quanto aos riscos de cartéis em licitações

As iniciativas para melhorar o treinamento sobre os riscos concorrenciais nas contratações públicas para o setor privado, incluindo as PMEs, foram identificadas como um assunto para trabalho futuro no relatório de 2016 sobre a implementação da recomendação da OCDE sobre o combate a cartéis em licitações públicas. A promoção da conscientização do setor privado sobre os riscos de cartéis é um passo importante na luta contra os cartéis em licitações. As empresas devem estar cientes de que o conluio em licitações é ilegal, as consequências legais em termos de sanções civis, administrativas e penais, e seus efeitos negativos sobre a reputação empresarial e oportunidades futuras.

A Lei Federal nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) promulgada em 2013 menciona explicitamente que os programas de *compliance* serão levados em consideração de forma positiva na aplicação das sanções.¹⁴² Isto resultou no rápido desenvolvimento de programas de *compliance* anticorrupção no Brasil.

A Lei Federal nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) não menciona os programas de *compliance* como um elemento que pode ser levado em consideração no cálculo de multas por conduta anticoncorrencial, mas eles são geralmente considerados como um fator atenuante pelo Cade. De acordo com a Lei de Defesa da Concorrência, ao calcular as multas, o Cade deve levar em consideração variáveis como a boa-fé do infrator, a extensão dos danos causados pelas infrações, os efeitos no mercado, e qualquer reincidência. A existência de um programa de *compliance* robusto pode ser considerada prova de boa-fé por parte da empresa infratora e da redução dos efeitos econômicos negativos derivados da prática ilegal. Além disso, os programas de *compliance* são discutidos com frequência durante as

negociações de acordos. Caso a empresa infratora concorde em desenvolver um programa de *compliance* ou possua um programa em vigor, o Cade pode considerar a concessão de um desconto maior na multa. O Cade, entretanto, somente levará em consideração programas de *compliance* sérios e sólidos que estejam de acordo com o Guia de programas de *compliance* concorrencial desenvolvido pela autarquia.¹⁴³

A política de sanções do Cade, que atribui um valor positivo aos programas de *compliance*, as investigações da Operação Lava Jato e o sucesso do programa de leniência têm incentivado a adoção de programas de *compliance* e cultura pró-concorrência por um número crescente de empresas. Entretanto, o desenvolvimento de programas de *compliance* concorrencial difere entre os setores e varia de acordo com o tamanho da empresa.

Alguns estados, notadamente Rio de Janeiro¹⁴⁴ e Distrito Federal,¹⁴⁵ exigem que as empresas possuam um programa de *compliance* e integridade como condição para participar de processos licitatórios de alto valor. No caso do Rio de Janeiro, o valor do contrato deve ser acima de R\$ 1,5 milhão para obras públicas e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 para bens e serviços, em contratos de duração superior a 180 dias. No Distrito Federal, o valor do contrato deve ser superior a R\$ 5 milhões. Não existe menção explícita, no entanto, à observação da lei de concorrência como elemento que deve ser abrangido por estes programas. Outros países também possuem regras que obrigam as empresas a adotar programas de *compliance* (às vezes concorrencial) e de integridade. Esta tendência está frequentemente associada à adoção de regimes de responsabilidade criminal empresarial (ver Quadro 10.2).

Quadro 10.2. Programas de *compliance* na Argentina e Espanha

Argentina

Em 8 de novembro de 2017, o governo argentino promulgou a Lei 27.401, que estabelece a responsabilidade criminal empresarial por crimes contra a Administração Pública e por suborno internacional. De acordo com a lei, as pessoas jurídicas que contratam com o governo são obrigadas a implementar um programa de integridade, que deve ser adaptado aos riscos específicos de suas atividades, tamanho, capacidade econômica e, eventualmente, regulamentações setoriais específicas. O programa deve conter pelo menos os seguintes elementos: 1) um código de ética ou conduta, ou a existência de políticas e procedimentos de integridade aplicáveis a todos os funcionários; 2) regras e procedimentos específicos para prevenir atos ilícitos no âmbito de licitações públicas, na execução de contratos administrativos ou em qualquer outra interação com o setor público; e 3) treinamento regular de todos os funcionários no programa de integridade. Não há regras que exijam um programa de *compliance* concorrencial para contratar com o governo.

Espanha

As reformas do Código Penal espanhol de 2010 e 2015 introduziram a responsabilidade criminal empresarial direta por infrações penais cometidas por representantes legais ou funcionários de uma empresa não sujeitas a controles adequados. Isto exigiu que empresas de todos os tamanhos implementassem programas de *compliance* efetivos.

De acordo com o guia de *compliance* publicado pela autoridade de concorrência da Espanha (*Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, CNMC), os programas de *compliance* concorrencial podem ser considerados como um fator atenuante para redução de possíveis sanções. Além disso, a Lei Espanhola de Contratações Públicas (*Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público*) estabelece que um operador econômico sob investigação pode evitar uma sanção de proibição de contratar com o setor público ou ter a sanção anulada ao implementar um programa de *compliance* efetivo, ou aprimorar um programa pré-existente.

Fonte: Marval O'Farrell Mairal (2017), "Corporate Criminal Liability Regime", www.marval.com/publicacion/responsabilidad-penal-para-las-personas-juridicaspor-delitos-de-corrupcion-13091&lang=en; CNMC (2020), Antitrust Compliance Programmes Guidelines, www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL_eng.pdf

A exigência de programas de *compliance* como condição para participação em processos licitatórios pode proteger a Administração Pública contra atos ilícitos, garantir que os contratos sejam executados de acordo com a lei e reduzir o risco da ocorrência de atos ilegais, tais como corrupção e cartéis em licitação. Esta exigência pode, entretanto, tornar-se um obstáculo para as empresas e, em particular as PMEs, que não disponham de capacidade e recursos para desenvolver programas sólidos de conformidade. As autoridades podem levar isso em consideração - assim como o estado do Distrito Federal ¹⁴⁶ - para proporcionar um tratamento diferenciado e preferencial às PMEs.

O Brasil poderia analisar os custos e benefícios de exigir a adoção de um programa de *compliance*, abrangendo a lei de concorrência, para as empresas que participam de processos licitatórios federais.

Além do guia de *compliance* concorrencial, o CADE poderia considerar a realização de treinamento para empresas privadas sobre os requisitos que um programa de conformidade deve cumprir para ser considerado robusto e eficaz.

Os agentes de contras públicas também podem contribuir para aumentar a conscientização das empresas sobre os riscos de cartel em licitações, informando-as nos documentos de contratação sobre a ilegalidade e as consequências de práticas que violem a lei de concorrência. Embora os editais de licitação no Brasil mencionem as infrações e sanções previstas na Lei Federal nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos) e na Lei Federal nº 10.520/2002 (Lei do Pregão Eletrônico), estes instrumentos não contêm nenhuma referência explícita às leis que sancionam cartéis em licitações.

O Brasil deve considerar mencionar explicitamente as leis que proíbem e sancionam os cartéis em todos os editais de licitação. Estas regras também poderiam aparecer explicitamente na Declaração de elaboração independente da proposta, que contém apenas uma referência geral à lei e ao Artigo 299 do Código Penal Brasileiro referente à falsa declaração (ver Anexo A).

10.4. Recomendações de ação

O Cade e a SEAE devem coordenar seus esforços de advocacia da concorrência e adotar um papel consultivo mais ativo sobre a legislação de compras públicas e procedimentos de compras estratégicas, complexas ou de alto valor. Ambos devem certificar-se de que as leis e procedimentos relevantes sejam revisados e que não haja sobreposição dos pareceres. Nesse sentido, as instituições podem adotar um acordo de cooperação formal que delimite seus papéis e estabeleça os critérios usados para determinar quais procedimentos licitatórios devem ser analisados.

O Brasil deve estabelecer um programa abrangente e de longo prazo de capacitação sobre o combate a cartéis em licitações para servidores responsáveis pelas compras públicas e funcionários envolvidos no combate aos cartéis em licitações, como procuradores públicos. A participação neste treinamento deve ser obrigatória e compor uma eventual estratégia de profissionalização e certificação do pessoal envolvido nas compras públicas. A nova lei 14.133/2021 exige que o TCU promova a capacitação dos agentes de contratação. O treinamento sobre o combate a cartéis em licitações deve ser parte deste esforço.

A capacitação sobre o combate a cartéis em licitações deve enfatizar a importância de relatar suspeitas de conluio, por meio dos canais de informação disponíveis, e que os servidores que relatarem qualquer ato ilícito não serão afetados negativamente, a menos que tenham participado da prática ilegal.

O Cade e a Enap devem atualizar o curso online sobre prevenção e detecção de cartéis em licitações públicas, de modo que contemple tópicos mais focados no combate a cartéis em licitações e mais dicas práticas para os agentes de contratação pública.

O Brasil poderia analisar os custos e benefícios de exigir a adoção de um programa de *compliance*, abrangendo a conformidade com a lei de concorrência, para as empresas que participam de processos de compras públicas federais.

Além do guia de *compliance* concorrencial, o Cade poderia considerar a realização de treinamento para empresas privadas sobre os requisitos que um programa de conformidade deve cumprir para ser considerado robusto e eficaz.

O Brasil deveria considerar a menção explícita em todos os editais de licitação às leis que proíbem e sancionam cartéis. Essas leis também poderiam ser mencionadas explicitamente na Declaração de elaboração independente da proposta, que contém apenas uma referência geral à lei e ao Artigo 299 do Código Penal Brasileiro referente à falsa declaração

11. Detecção e punição de cartéis

11.1. Cooperação com outras autoridades de fiscalização

Diversos *stakeholders* apontaram que o sistema que controla os cartéis em licitação no Brasil pode ser de difícil compreensão para as empresas, tendo em vista a complexidade das estruturas legais e institucionais. As empresas podem não ter certeza sobre qual lei ou leis são aplicáveis a uma conduta específica e qual autoridade de fiscalização está envolvida. Uma maior cooperação entre as autoridades de fiscalização poderia trazer **segurança jurídica e simplificar os procedimentos**. As autoridades poderiam esclarecer quais condutas são investigadas por qual órgão e de acordo com qual enquadramento legal. Existem inúmeros memorandos bilaterais de entendimento e outros acordos entre as autoridades de fiscalização (ver seção **Error! Reference source not found.**), mas não há uma estrutura global formal especificando o papel de cada autoridade.

A cooperação entre as autoridades de fiscalização também é importante para assegurar a eficácia dos **programas de leniência** do Cade, da CGU e do instrumento de colaboração premiada utilizado pelos ministérios públicos. As empresas podem ter menos incentivos para aplicar ao programa de leniência de determinado órgão, caso temam que, como resultado, possam ser punidas por outros órgãos de persecução. Os *stakeholders* indicaram que, apesar das iniciativas para estabelecer protocolos, na prática, há pouca coordenação entre as autoridades no contexto dos programas de leniência. Por exemplo, no Caso da Operação Lava Jato, apenas uma empresa obteve os benefícios da leniência de todas as autoridades relevantes. Os entrevistados também se queixaram que algumas empresas apesar de terem firmado acordos de leniência com certas autoridades, ainda assim foram penalizadas pelo TCU. Parece haver também problemas de coordenação entre os Ministérios Públicos. Os *stakeholders* relataram que mesmo que uma empresa assine um acordo de colaboração premiada com um Ministério Público, outro Ministério Público - como um de outro estado – poderia penalizá-la se possuir competência para tal, caso a conduta também tenha ocorrido naquele segundo estado, por exemplo.

Alguns *stakeholders* mencionaram que um balcão único para pedidos de leniência e pedidos de colaboração premiada ajudaria as empresas a se sentirem confiantes em cooperar com os órgãos de fiscalização e impulsionaria o uso dessas ferramentas de detecção. Até o momento de elaboração deste relatório, uma empresa que queira negociar acordos de leniência com outras autoridades além do Cade, deve fazer a negociação separadamente. Na prática, de acordo com o Guia do Programa de Leniência, o Cade facilita a negociação com outras autoridades a fim de que os signatários da leniência não estejam em situação menos favorável que demais empresas quando investigados por outras autoridades. O Cade ressaltou que a cooperação com outras autoridades funciona bem caso existam relações de trabalho preexistentes entre as equipes de ambos os órgãos; geralmente, este é o caso das autoridades administrativas federais e o Ministério Público Federal, mas menos comum para outras autoridades, como servidores do Ministério Público na esfera estadual. Os Termos de Compromisso de Cessão de Conduta são tratados pelo Cade de maneira similar que os acordos de leniência,

Além disso, as empresas signatárias de acordo de leniência não recebem imunidade quanto à possibilidade de serem impedidas de contratar com o serviço público. Em 2019, o TCU penalizou quatro empresas com tal proibição em razão de terem participado de cartel nas licitações para contratação da

montagem eletromecânica da usina nuclear de Angra 3, no Rio de Janeiro, incluindo uma empresa, a UTC Engenharia, que havia assinado acordos de leniência tanto com o CADE quanto com a CGU.

Além disso, os diferentes programas de leniência divergem quanto à imunidade para pessoas físicas. Por exemplo, ao contrário do Cade, o programa de leniência da CGU não protege os indivíduos envolvidos na conduta.

A cooperação entre as autoridades de fiscalização também pode ser útil na **detecção e investigação de infrações**. Diferentes órgãos públicos fornecem ao Cade séries de dados que, juntamente com informações obtidas de bancos de dados públicos, permitem que a autoridade aplique filtros de inteligência artificial para detectar cartéis; isto ocorre principalmente por meio do Projeto Cérebro (ver **Error! Reference source not found.**). Desde 2010, a CGU concedeu acesso aos dados contidos no Observatório da Despesa Pública e o Cade indicou que está trabalhando para alcançar acordos similares com outros órgãos públicos, incluindo o Ministério Público.

No entanto, existem alguns desafios no contexto da troca de informações. Alguns órgãos públicos não estão dispostos a fornecer informações ao Cade e a outras autoridades de fiscalização, temendo que as informações possam ser usadas para investigá-los. Mesmo quando os dados são fornecidos ou disponibilizados publicamente no site de um órgão, o formato pode não ser compatível com as ferramentas de análise do Cade ou não possuir qualidade; por exemplo, os itens podem não ser classificados na categoria ou formato correto. Estes problemas parecem estar sendo corrigidos. Por exemplo, o TCU e os tribunais de contas estaduais estão atuando para fornecer dados compatíveis com o Cérebro. Além disso, as autoridades de fiscalização podem precisar pagar para obter os dados; este é o caso das informações que pertencem ao Ministério da Economia. Mesmo quando os agentes de fiscalização têm acesso aos dados, o Ministério da Economia não revela informações que considera confidenciais, como o endereço IP dos licitantes que participam dos procedimentos eletrônicos.

Cerca de 30% das investigações do Cade foram iniciadas a partir da cooperação com outras entidades. A coordenação entre as autoridades de fiscalização ainda pode ser difícil devido às diferentes culturas institucionais. O Cade alega que a comunicação com os Ministérios Públicos, especialmente na esfera federal, é relativamente próxima. Na esfera estadual, as comunicações são mais limitadas, mas acontecem. Por exemplo, no passado, agentes de compras públicas de pequenas cidades contataram o Ministério Público, por sua vez, contactou o Cade. Os servidores também entram em contato diretamente com o Cade.

Os métodos de cooperação entre as autoridades envolvidas ou interessadas no combate a cartéis em licitações foram identificados como um tópico para trabalho futuro no Comitê de Concorrência da OCDE (OCDE, 2016). Em novembro de 2019, os EUA anunciaram a criação de uma força tarefa para coordenar a resposta nacional de combate aos crimes antitruste e esquemas relacionados em compras públicas, subsídios e programas de financiamento (ver **Error! Reference source not found.**).

Quadro 11.1. Força tarefa de combate a cartéis em licitações, EUA

Em novembro de 2019, o Departamento de Justiça, em Washington, D.C. anunciou a criação da Força Tarefa de combate a cartéis em licitações (*Procurement Collusion Strike Force - PCSF*) com foco na dissuasão, detecção, investigação e persecução de crimes antitruste, tais como cartéis em licitações e fraudes relacionadas, que prejudiquem a concorrência nas compras públicas, subsídios e programas de financiamento público.

O PCSF é uma parceria entre agências que abrange autoridades da Divisão Antitruste, representantes de 22 Procuradorias e investigadores do FBI, do Departamento de Defesa, do Serviço Postal, do Departamento de Investigações Especiais da Força Aérea e do Departamento de Segurança Nacional, do Escritório do Inspetor Geral de outros escritórios federais parceiros do Gabinete de Inspeção Geral.

Os procuradores da Divisão Antitruste e as Procuradorias dos EUA participantes, juntamente com agentes do FBI e escritórios parceiros do Inspetor Geral, trabalham em conjunto para conduzir o apoio e treinamento dos agentes de contratação pública sobre os riscos antitruste nos processos licitatórios. Além disso, os procuradores e agentes de investigação parceiros realizam a investigação e persecução conjunta dos casos que resultam de esforços direcionados.

Mais de vinte investigações ativas foram abertas durante os primeiros anos de existência da PCSF.

A PCSF possui um site disponível ao público em <https://www.justice.gov/procurement-collusion-strike-force>, onde funcionários do governo e público em geral podem analisar informações sobre as leis federais antitruste e programas de treinamento, e relatar suspeitas de atividades criminosas que afetam as compras públicas.

Pessoas físicas e empresas também podem contatar a PCSF se tiverem informações sobre uma conduta anticompetitiva enviando um e-mail para pcsf@usdoj.gov

Fonte: www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-procurement-collusion-strike-force-coordinated-national-response e www.justice.gov/atr/blog/justice-department-s-procurement-collusion-strike-force-caps-successful-inaugural-year

11.2. Anulação ou revogação do procedimento licitatório e contratos públicos em razão de cartel

De acordo com o Artigo 49 da Lei de Licitações e Contratos, a autoridade competente só poderá revogar o procedimento licitatório por motivos de interesse público decorrentes de fatos devidamente comprovados, pertinentes e suficientes para justificar tal decisão. A entidade de compras deve fundamentar a anulação de um processo de licitação mediante parecer escrito.

Foi relatado que os agentes de compras públicas não usam esta prerrogativa com frequência, ao menos no caso de cartéis em licitações. Não há um entendimento comum sobre o que justificaria a anulação de um processo de licitação. Além disso, os agentes não dispõem de poderes de investigação e tempo para verificar se um fato específico é comprovado, pertinente e justifica tal ação. Além disso, a anulação de um processo licitatório pode resultar em escassez de bens ou serviços que são essenciais e urgentes. De fato, o Cade recomenda que os servidores públicos sopesem os custos da escassez de bens e serviços essenciais em relação aos custos de um cartel ao decidir se devem ou não anular o processo de aquisição. Os agentes de compras públicas também devem considerar que um cartel pode ser punido em um estágio posterior, os danos causados reivindicados e o contrato anulado; ainda assim, a anulação do contrato não é uma solução prática se a entrega prevista no contrato tiver começado, enquanto a concessão de

indenizações será mais fácil se a ação for baseada na primeira decisão do Cade de que houve cartel em licitação (ação "follow-on" seção 11.3).

Ao suspeitar que os licitantes estão manipulando o processo e decidir revogar o procedimento licitatório, a autoridade contratante dá início a uma investigação administrativa, notifica os licitantes sobre o suposto comportamento ilegal e os questiona sobre as suspeitas.

Caso a suspeita de cartel for detectada durante a execução do contrato, a parte contratante pode suspender a execução do contrato para investigar os fatos.¹⁴⁷

O Brasil deve considerar incentivos voltados aos agentes de compras públicas para que relatem qualquer indício de cartel em licitação ao Cade antes de anular o processo licitatório e iniciar uma investigação. Caso a entidade contratante ainda considere que o processo licitatório deve ser anulado, a autoridade deve coordenar a ação com o Cade. É aconselhável que a anulação do processo e a abertura de uma investigação pela autoridade competente ocorra uma vez que o Cade tenha realizado operações de busca e apreensão, a fim de evitar que as empresas cientes da anulação do processo eliminem provas-chave para a investigação concorrencial.

O Judiciário ou o TCU costumam suspender os processos de licitação após uma denúncia ou recurso. Nesses casos, também é recomendada a coordenação e consulta ao Cade.¹⁴⁸

11.3. Reparações de danos decorrentes de cartéis em licitações

Como explicado na seção **Error! Reference source not found.**, do ponto de vista do direito civil, os membros de um cartel também podem ser responsabilizados pelos danos causados aos compradores públicos e a terceiros; o órgão lesado pode apresentar pedido de reparação de danos contra os membros do cartel. Outros Órgãos públicos, mesmo que não diretamente afetados pela conduta de cartel em licitação, podem apresentar uma ação civil pública nos termos da Lei Federal nº 7.347/1985 ou da Lei Federal nº 8429/1992. Finalmente, os cidadãos podem mover uma ação popular, de acordo com a Lei Federal nº 4.717/1965.

As ações judiciais independentes são permitidas no Brasil. Isto significa que não é necessária a constatação pelo Cade de conduta anticompetitiva para que uma ação de responsabilidade civil seja iniciada. Ações subsequentes (*Follow-on actions*) - aquelas desencadeadas a partir de uma decisão do Cade estabelecendo uma infração à Lei Federal nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) - também são permitidas no Brasil. Nelas, a decisão da autoridade de concorrência torna-se uma fonte de provas para processos civis. Em particular, e de acordo com o Artigo 93 da Lei Federal nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), as decisões de infração proferidas pelo Cade são consideradas ordens constituem título executivo extrajudicial, permitindo que as vítimas de infrações antitruste utilizem a decisão da autoridade como prova de dano em processos judiciais.

Embora o sistema brasileiro de responsabilidade civil normalmente só permita a concessão da reparação de danos em um único caso, as vítimas de conduta antitruste podem buscar o pagamento de danos em dobro com base no Artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990). Em 2010, em um esforço para promover ações de reparação subsequentes à decisão antitruste, o Cade incluiu em uma decisão de cartel, pela primeira vez, uma ordem para que uma cópia da decisão fosse enviada aos potenciais lesados para que pudessem recuperar os danos. Como resultado, várias partes supostamente lesadas pelo cartel submeteram pedidos de reparação de danos aos tribunais de todo o país (OCDE, 2018).¹⁴⁹ Também é comum que o Cade emita uma carta oficial com uma cópia da decisão endereçada ao Ministério Público Federal, para reconhecimento e eventual apresentação de pedidos de reparação de danos concorrenciais.

O Senado brasileiro está atualmente discutindo o Projeto de Lei nº 11.275/2018 que visa estabelecer mecanismos para fomentar o *enforcement* privado. O Projeto de Lei prevê a reparação em dobro (a parte lesada tem o direito de ser compensada com o dobro do valor do dano). Prevê também que a prescrição legal para reclamações de danos à concorrência será suspensa enquanto o Cade estiver investigando a conduta anticoncorrencial.

O acesso aos documentos oriundos de acordos de leniência para ajuizamento de ações de reparação de danos concorrenciais tem sido objeto de certa controvérsia. Em 2016, o Superior Tribunal de Justiça do Brasil determinou que o Cade conferisse acesso a documentos confidenciais oriundos de leniência. Em 2018, uma decisão judicial esclareceu que os documentos de leniência só poderiam ser divulgados após uma decisão final do Cade e que os documentos divulgados não poderiam incluir segredos comerciais e informações comercialmente sensíveis. A Resolução nº 21/2018 e a Portaria nº 869/2019 do Cade estabelecem regras e procedimentos para acesso a documentos e informações provenientes de investigação da autoridade, incluindo aqueles decorrentes de acordos de leniência e termos de cessação de conduta.¹⁵⁰ De acordo com estes dispositivos, os documentos e informações contidos nos processos do Cade são públicos, exceto: (a) documentos de leniência elaborados pela unidade investigativa do Cade com base em informações autoincriminatórias apresentadas voluntariamente durante a negociação de acordos de leniência e acordos de cessação de conduta (notadamente o "Histórico de Conduta"); e (b) outros documentos apresentados para fins de leniência, tais como documentos protegidos por ordem judicial ou segredos industriais e comerciais. Entretanto, o acesso a esses documentos pode ser conferido se exigido por lei ou por uma ordem judicial.¹⁵¹

A leniência é fundamental para a detecção de esquemas secretos de cartéis. Apesar da regulamentação adotada pelo Cade para proteger os documentos de leniência, o acesso ainda é possível se determinado por um tribunal ou um ato legal. Existe, portanto, ainda uma preocupação de que o aumento da exposição de potenciais candidatos à leniência à responsabilidade civil reduzirá os incentivos para se apresentar e apresentar pedido de leniência. Caso os documentos sensíveis de leniência possam ser divulgados, o beneficiário da leniência poderá estar mais exposto a pedidos de reparação de danos do que aqueles membros do cartel que não firmaram acordo de leniência (OCDE, 2018). O Brasil deve considerar a adoção de uma regra com status de lei que aumente a segurança jurídica sobre a proteção das declarações e documentos provenientes de leniência e documentos sujeitos às regras de transparência do art. 5o. LX, da Constituição.

A UE fornece um bom exemplo de como adotar uma abordagem matizada no que diz respeito à divulgação de documentos oriundos de leniência para pedidos de reparação de danos (ver **Error! Reference source not found.**).

Quadro 11.2 Divulgação de documentos oriundos de acordos de leniência para ações de reparação de danos na UE

A Diretiva da União Europeia sobre Ações de Reparação de Danos Concorrenciais (Diretiva 2014/104/UE) apresenta um exemplo sobre como as regras de divulgação podem variar a depender do tipo de documento a fim de equilibrar os interesses dos beneficiários do programa de leniência e dos potenciais requerentes das ações subsequentes de reparação de danos. A Diretiva faz a distinção entre três categorias de documentos:

- Declarações submetidas no âmbito de um acordo de leniência e acordo de cessação de conduta (*settlements*), que jamais podem ser disponibilizados por ordem judicial.
- Documentos elaborados para fins da investigação, como respostas a solicitações de informação, que podem ser divulgados por ordem judicial apenas posteriormente à publicação da decisão da agência competente quanto ao caso ou conclusão do processo.
- Materiais preexistentes cuja elaboração não tenha relação com a investigação, como textos de e-mails ou atas de reuniões, que podem ser divulgados mediante ordem judicial a qualquer momento.

Fonte: OCDE (2019), *Background note – Access to the case file and protection of confidential information*, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2019\)6/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2019)6/en/pdf).

Para preservar a atratividade dos programas de leniência, algumas jurisdições reduziram a responsabilidade civil dos beneficiários. Por exemplo, nos EUA, um candidato à leniência só está sujeito ao pagamento de valor único da indenização – em vez de pagamento triplice – pelos danos causados, na condição de que coopere também com requerentes privados nas ações de reparação de danos contra os demais participantes do cartel.¹⁵² Da mesma forma, a Diretiva sobre ações de reparação da UE limita a responsabilidade civil do beneficiário da leniência aos danos causados a seus compradores ou fornecedores diretos ou indiretos, isentando-o das regras de responsabilidade conjunta e solidária¹⁵³ (OCDE, 2018). A OCDE declarou que é importante que a concepção do sistema de *enforcement* privado leve em consideração a necessidade fundamental de preservar a efetividade dos programas de leniência (OCDE, 2015). O Brasil deve considerar a redução da responsabilidade dos beneficiários da leniência. O Projeto de Lei No. 11.275/2018 já considera a aplicação da reparação individual pelos danos causados (em oposição à pena em dobro) aos beneficiários da leniência. O projeto prevê também a imunidade aos beneficiários da leniência em relação à responsabilização conjunta e solidária. De acordo com o Projeto de Lei, os signatários de acordo seriam considerados responsáveis apenas pelos danos que causaram.

Ações privadas bem-sucedidas de reparação de danos concorrenciais são limitadas no Brasil, apesar dos elementos fundamentais do ordenamento estarem em vigor. No Brasil, os tribunais geralmente não estão familiarizados com as leis de concorrência e sua complexa análise jurídica e econômica, o que pode dificultar a apresentação de ações de reparação de danos (OCDE, 2019). Dessa forma, mais iniciativas como a descrita abaixo realizada no âmbito deste projeto (ver **Error! Reference source not found.**) seriam desejáveis.

Quadro 11.3. Workshops realizados pelo Cade e OCDE sobre Ações de Reparação de Danos Concorrenciais

Durante as semanas de 15 a 22 de março de 2021, o Cade e a OCDE organizaram quatro eventos on-line de capacitação para magistrados brasileiros sobre ações de reparação de danos concorrenciais. Durante os seminários, juízes de alto escalão de diferentes jurisdições (Espanha, Holanda, Canadá, Reino Unido e Brasil) e especialistas brasileiros e internacionais discutiram os seguintes tópicos:

- Determinação dos danos causados por uma conduta anticompetitiva e formas de identificação de causalidade entre dano e conduta anticompetitiva
- Coexistência e complementaridade da aplicação pública e privada do direito da concorrência
- Ações coletivas de indenização em processos de cunho concorrencial
- Metodologias para quantificar os danos e o tratamento dos danos à concorrência por tribunais especializados.

Cerca de 80 juízes e procuradores brasileiros participaram dos *workshops*.

11.4. Recomendações de ação

Todas as autoridades envolvidas na persecução de cartéis em licitações - incluindo o Cade, Ministérios Públicos, a CGU e o TCU - devem fornecer clarificações sobre quais comportamentos são investigados por cada uma; isto poderia ser feito, por exemplo, através da elaboração de documentos de orientação por escrito. Além disso, as autoridades são encorajadas a cooperar estreitamente e adotar um acordo estrutural multilateral para delimitar o papel de cada.

O Brasil deve considerar a criação de um balcão único para apresentação de pedidos de leniência ou, se isso não for possível, o Cade, os Ministérios Públicos, a CGU e o TCU devem adotar protocolos para garantir que as empresas e pessoas físicas que cooperam com uma autoridade no contexto de um programa de leniência ou similar não estejam em situação menos favorável que a dos demais infratores que não tenham cooperado.

O Cade e as demais autoridades envolvidas na persecução dos cartéis em licitação devem ter acesso a todos os dados relevantes dos órgãos de compras públicas. Os dados devem ser fornecidos em um formato de fácil utilização para tornar possível a extração e tratamento (para conduzir, por exemplo, análises estatísticas ou econométricas dos padrões licitatórios).

O Brasil deve considerar incentivar os agentes de compras públicas a relatar ao Cade quaisquer indícios de cartéis em licitação antes de anular o processo licitatório e abrir um inquérito. Caso a entidade contratante ainda considere que o processo licitatório deve ser revogado, deve coordenar com o Cade. É aconselhável que a revogação do processo e a abertura de uma investigação pela entidade contratante ocorra uma vez que o Cade tenha realizado buscas e apreensões a fim de evitar que as empresas cientes da anulação do processo eliminem provas-chave para a investigação concorrencial.

O Brasil deve estabelecer regras claras sobre o acesso dos potenciais requerentes aos documentos provenientes de investigação do Cade. Os requerentes de ações de reparação de danos devem ter acesso às evidências que embasem os pedidos de reparação de danos concorrenciais. Entretanto, o acesso aos apartados do Cade não deve ser concedido: (i) se a investigação ainda estiver em andamento; (ii) quando o acesso prejudique atividades em andamentos de aplicação da lei, seja no Brasil ou no exterior; (iii) caso as evidências possam ser disponibilizadas para as partes sem necessidade de acesso ao processo. As declarações oriundas de leniência e termos de cessação de conduta jamais devem ser divulgadas.

A fim de preservar e proteger o programa de leniência, o Brasil pode considerar limitar a exposição aos danos em relação aos signatários de leniência, conforme previsto no Projeto de Lei nº 11.275/2018.

O Brasil deve desenvolver as competências e capacidades técnicas dos tribunais cíveis e dos juízes que tratam de ações de reparação de danos concorrenciais. Os tribunais e juízes devem ter acesso à capacitação em conceitos gerais de direito da concorrência, bem como em questões mais complexas relacionadas às ações de reparação de danos concorrenciais, como metodologias para o cálculo do dano.

Anexo A. Minuta de Declaração de Elaboração Independente da Proposta

(identificação do processo licitatório)

(identificação completa do representante da empresa), como representante devidamente constituído (identificação completa da empresa ou consórcio) doravante denominada/o (empresa/consórcio) para fins do disposto no item (preencher) do Edital (preencher com a identificação do Edital), declara, sob as penas da lei, em especial o Artigo 299 do Código Penal Brasileiro, que:

(a) a proposta apresentada para participar da (identificação do processo licitatório) foi elaborada de maneira independente pela (Empresa/Consórcio), e o conteúdo da proposta não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado, discutido ou recebido de qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação do processo licitatório), por qualquer meio ou por qualquer pessoa;

(b) a intenção de apresentar a proposta elaborada para participar da (identificação do processo licitatório) não foi informada, discutida ou recebida de qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação do procedimento licitatório), 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 do procedimento licitatório) quanto a participar ou não da referida licitação;

(d) que o conteúdo da proposta apresentada para participar da (identificação do procedimento licitatório) não será, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, comunicado ou discutido com qualquer outro participante potencial ou de fato da presente Licitação antes da adjudicação do objeto da referida licitação;

(e) que o conteúdo da proposta apresentada para participar da (identificação do procedimento licitatório) não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado, discutido ou recebido de qualquer integrante do 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.

_____[nome]_____, em ___[dia]___ de _____[mês]____ de ___[ano]___

(Representante legal da empresa/consórcio, no âmbito da licitação, contendo a identificação completa)"

Anexo B. Acordos de Cooperação Técnica celebrados entre o Cade e outras instituições

Tabela A 0.1. Acordos de cooperação técnica celebrados entre o Cade e outras instituições

Acordo de Cooperação Técnica	Órgão colaborador (acrônimo)	Data de assinatura
No. 01/2020	Ministério Público Federal (MPF)	Fevereiro de 2020
No. 22/2019	Ministério Público do Estado do Amazonas (MP-AM)	Novembro de 2019
No. 17/2019	Estado de Santa Catarina	Outubro de 2019
No. 14/2019	Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul (MP-MS)	Julho de 2019
No. 02/2019	Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte (MP-RN)	Junho de 2019
No. 01/2019	Ministério Público do Estado de Roraima (MP-RR)	Junho de 2019
No. 15/2019	Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MP-RJ)	Maio de 2019
No. 06/2019	Ministério Público do Estado de Pernambuco (MP-PE)	Maio de 2019
No. 006/2013	Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP)	Abril de 2013; alterado em fevereiro de 2019
No. 24/2018	Ministério Público do Estado do Amapá (MP-AP)	Dezembro de 2018
No. 22/2018	Ministério Público do Estado do Ceará (MP-CE)	Dezembro de 2018
No. 29/2018	Ministério Público do Estado da Bahia (MP-BA)	Novembro 2018
No. 21/2018	Ministério Público do Estado do Tocantins (MP-TO)	Outubro de 2018
No. 19/2018	Ministério Público do estado do Piauí (MP-PI)	Setembro de 2018
No. 18/2018	Ministério Público do Estado de Mato Grosso (MP-MT)	Setembro de 2018
No. 17/2018	Ministério Público do Estado de Alagoas (MP-AL)	Setembro de 2018
No. 16/2018	Ministério Público do Estado da Paraíba (MP-PB)	Agosto de 2018
No. 15/2018	Ministério Público do Estado de São Paulo (MP-SP)	Agosto de 2018
No. 14/2018	Ministério Público do Estado de Sergipe (MP-SE)	Agosto de 2018
No. 07/2018	Ministério Público do Estado do Maranhão (MP-MA)	Agosto de 2018
No. 01/2018	Ministério Público do Estado do Espírito Santo (MP-ES)	Agosto de 2018
No. 12/2017	Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP)	Setembro de 2018
No. 11/2017	Ministério Público do Estado de Santa Catarina (MP-SC)	Dezembro de 2017
No. 14/2016	Tribunal de Contas do Município de São Paulo (TCM-SP)	Dezembro de 2016
No. 12/2016	Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios (MP-DFT)	Outubro de 2016
No. 09/2016	Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP-RS)	Maio de 2011; alterado em 2016
No. 08/2016	Ministério Público do Estado de Minas Gerais (MP-MG)	Março de 2011; alterado em 2016
No. 06/2016	Ministério Público do Estado de Goiás (MP-GO)	Fevereiro de 2011; alterado em 2016
No. 27/2015	Secretaria de Segurança Pública do Paraná	Outubro de 2010; alterado em 2015
No. 24/2015	Ministério Público do Estado do Acre (MP-AC)	Outubro de 2010; alterado em 2015
No. 23/2015	Ministério Público do Estado de Rondônia (MP-RO)	Agosto de 2010, alterado em 2015
No. 20/2015	Banco do Brasil	Julho de 2015
No. 15/2015	Ministério Público do Estado de Minas Gerais (CGE-MG)	Julho de 2015
No. 14/2015	Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares	Janeiro de 2016
No. 13/2015	Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ)	Abril de 2015
Não fornecido	Ministério Público do Estado do Pará (MP-PA)	Junho de 2010, alterado em 2015
No. 27/2014	Controladoria Geral do Município de São Paulo (CGM-SP)	Setembro de 2014
No. 03/2014	Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG)	Junho de 2014, alterado em 2019
No. 02/2014	Controladoria Geral da União (CGU)	Janeiro de 2014

Fonte: Pereira Neto

Notas

¹ Ver parecer do Departamento de Estudos Econômicos/Cade sobre o Processo Administrativo nº 08012.009611/2008-51.

² 18 Membros da OCDE (Austrália, Canadá, Chile, Dinamarca, Estônia, França, Grécia, Islândia, Irlanda, Israel, Japão, Coreia do Sul, México, Noruega, República Eslovaca, Eslovênia, Reino Unido e Estados Unidos) preveem sanções criminas para cartéis hard core (incluindo, dessa forma, cartéis em licitações). E outros 11 membros (Áustria, Bélgica, Colômbia, República Tcheca, Finlândia, Alemanha, Hungria, Itália, Polônia, Portugal e Turquia) preveem sanções criminais somente em casos de cartéis em licitações. Ver www.oecd.org/daf/competition/review-of-the-1998-oecd-recommendation-concerning-effective-action-against-hard-core-cartels.htm

³ Ver www.oecd.org/competition/cartels/fightingbidrigginginpublicprocurement.htm.

⁴ Ver http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2019-2022/2021/Lei/L14133.htm#art193.

⁵ Regulado pela Lei 8.987/1995.

⁶ Regulado pela Lei 11.109/2005.

⁷ Regulado pela Lei 13.303/2016.

⁸ Ver <http://www.portaltransparencia.gov.br/contratos>.

⁹ Os Estados, o Distrito Federal e municípios também têm poder para adotar normas (Decretos e Instruções Normativas). No nível federal, a competência para padronização recai sobre Secretaria de Gestão do Ministério da Economia em relação à maior parte do governo federal (governo central, agências e fundações). A Secretaria de Gestão está ciente de que alguns estados e o Distrito Federal, embora tenham sua própria capacidade regulatória, têm usado normas emitidas em nível federal.

¹⁰ O plenário da Câmara dos Deputados aprovou o texto principal da nova Lei de Licitações (Projeto de Lei 1292/95) em 25 de junho de 2019; atualmente o PL está sendo discutido no Senado Federal.

¹¹ De acordo com a Lei 10520/0 (Lei do Pregão), bens e serviços comuns são aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”. Obras complexas de engenharia, por exemplo, não são consideradas “bens e serviços comuns”.

¹² O Regime Diferenciado De Contratações Públicas pode ser usado para obras de engenharia e serviços para o sistema público de saúde e construção, expansão, restauração e administração de estabelecimentos penitenciários, e unidades de serviço socioeducacional; iniciativas no âmbito de segurança pública; obras de engenharia e serviços associados a melhorias em mobilidade urbana ou

expansão de infraestrutura logística; e iniciativas em órgãos e entidades dedicadas à ciência, tecnologia e inovação.

¹³ Ver Lei 14.065, de 30 de setembro de 2020.

¹⁴ Ver <https://portal.tcu.gov.br/espanol/el-tcu/auditoria/>.

¹⁵ Artigo 71 da Constituição Federal.

¹⁶ Artigo 46 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

¹⁷ Ver www.gov.br/cgu/pt-br.

¹⁸ Ver www.portaltransparencia.gov.br.

¹⁹ Sistema eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão, <https://esic.cgu.gov.br/sistema/site/index.aspx>.

²⁰ Ver www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm.

²¹ Artigo 38 da Lei 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos).

²² Artigo 28 da Lei 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos).

²³ Documentos modelo podem ser encontrados em www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/modelos-de-convenios-licitacoes-e-contratos/modelos-de-licitacoes-e-contratos.

²⁴ Decreto 9.745/2019, www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9745.htm#anexo1.

²⁵ Instrução Normativa nº 01/2019, www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/59109742/do1e-2019-01-11-instrucao-normativa-n-1-de-10-de-janeiro-de-2019-59109733.

²⁶ Instrução Normativa nº 40/2020, www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-40-de-22-de-maio-de-2020-258465807.

²⁷ Instrução Normativa nº 5/2017, www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783.

²⁸ Instrução Normativa nº 01/2019. www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/70267659/do1-2019-04-05-instrucao-normativa-n-1-de-4-de-abril-de-2019-70267535.

²⁹ Capítulo IV, Artigo 43 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e Artigo 8 da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas).

³⁰ Ver Artigo 39 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

³¹ Ver Instrução Normativa 2/2009, www.comprasnet.gov.br/legislacao/legislacaoDetalhe.asp?ctdCod=265.

³² Ver parágrafo 6, Artigo 43, da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

³³ O cadastro no SICAF possui 6 critérios: 1) acreditação; 2) elegibilidade legal; 3) cumprimento da lei tributária federal; 4) cumprimento das leis tributárias estatal e municipal; 5) qualificação técnica; e 6) qualificação econômica e financeira.

³⁴ Ver Artigo 34 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e Decreto nº 3722/01.

³⁵ Ver Artigo 22 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

³⁶ Requisitos de elegibilidades incluem conformidade com todas as formalidades legais relacionadas à criação e registro de uma empresa, e com obrigações tributárias e trabalhistas. As empresas também devem apresentar evidências de suas qualificações técnica, por meio de registro em entidade profissional relevante ou provando que emprega funcionários com qualificações relevantes. Ver Artigos 27-31 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

³⁷ No nível federal, a modalidade de tomada de preço está atualmente fixada em R\$3.3 milhões para serviços de construção e engenharia e R\$1.43 milhões para produtos e outros serviços.

³⁸ Ver Artigo 22 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

³⁹ Ver parágrafo XXVII, Artigo 22, da Constituição Federal.

⁴⁰ Até 10% do limite estabelecido para a utilização de convites para obras e serviços de engenharia e até 10% do limite estabelecido para a utilização de convites para outros bens e serviços (ver Tabela 3.1).

⁴¹ Ver Artigos 24 e 25 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Quando se trata de contratações diretas, a lei faz distinção entre dispensas, quando um procedimento licitatório formal contrariaria o interesse público, e inexigibilidades, quando a condução de procedimentos licitatórios não é possível.

⁴² Ver Artigo 45, parágrafo 1, I, II e III da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

⁴³ Ver Artigo 56 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

⁴⁴ Ver Artigo 86 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

⁴⁵ Ver Artigo 77 da Lei Federal 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

⁴⁶ Ver Artigo 41, parágrafo 1, da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos)..

⁴⁷ Ver Artigo 36, §3º, inciso I, alínea (d).

⁴⁸ O registro dos nomes dos infratores no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor está previsto no Artigo 38 da Lei de Concorrência brasileira (Lei 12.529/2011) como uma das possíveis penalidades a serem aplicadas às pessoas físicas ou empresas que infringem a lei. Contudo, o Cadastro ainda está em processo de estruturação e não está operando até o momento. A autoridade de concorrência brasileira detém uma base de dados com os infratores aos quais a penalidade é aplicada. Uma vez que o Cadastro for lançado, os detalhes sobre os infratores serão registrados e tornados públicos. Espera-se que o principal efeito desse Cadastro seja impactar negativamente a reputação desses infratores. Ver www.oecd.org/daf/competition/review-of-the-1998-oecd-recommendation-concerning-effective-action-against-hard-core-cartels.htm

⁴⁹ Lei 8.137/1990 (Lei de crimes contra a ordem econômica), www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm

⁵⁰ Ver Artigo 4 da Lei 8.137/1990 (Lei de crimes contra a ordem econômica).

⁵¹ Ver Artigo 12 da Lei 8.137/1990 (Lei de crimes contra a ordem econômica).

⁵² Decreto-lei 2.848/1940 (Código Penal), www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.

⁵³ Artigo 335 da Lei 2.848/1940 (Código Penal) diz respeito às licitações públicas realizadas pela administração federal, estatal ou municipal, ou por uma entidade paraestatal.

⁵⁴ Ver Artigo 90 da Lei 8.666 /1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). O Artigo 93 da mesma lei proíbe qualquer ato que impeça, perturbe ou fraude a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público em termos mais gerais; ao contrário do Artigo 90, o Artigo 93 não lida com práticas anticompetitivas entre os licitantes. O Artigo 93 foca em atos considerados fraudulentos ou de má fé, ou que tenham a intenção de prejudicar, enganar ou invalidar a realização um dever imposto pela lei ou pelo

edital. Esses atos podem incluir, por exemplo, a falsificação de um documento ou a entrega de bens diferentes daqueles contratados. O Artigo 178 do Projeto de Lei 4253/2020 irá inserir essa cláusula no Código Penal brasileiro como Artigo 337-F.

⁵⁵ O Artigo 5 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) proíbe quaisquer condutas praticadas pelas pessoas jurídicas que “que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro e que vão contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais”, e em relação às licitações e contratos, os atos que frustrarem ou fraudarem, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.

⁵⁶ Ver Artigo 24 do Decreto nº 8.420/2015.

⁵⁷ Artigo 47 da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

⁵⁸ Artigos 186 e 927 da Lei 10.406/2002 (Código Civil).

⁵⁹ Lei 7.347/1985, www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm.

⁶⁰ Lei 4.717/1965, www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm.

⁶¹ Imunidade penal inclui a proteção contra as penalidades previstas na Lei 8.137/1990 (Lei de crimes contra a ordem econômica) e crimes correlatos, incluindo a Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) e o Decreto-lei 2.848/1940 (Código Penal).

⁶² Para informações detalhadas ver OCDE (2018), *Challenges and Coordination of Leniency Programmes* at , e ICN (2019), *Cartel Working Group, report on “Good Practices for Incentivising Leniency Applications”* disponível em: .

⁶³ Ver www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-cursos-on-line-sobre-leniencia-antitruste-e-deteccao-de-carteis-em-licitacoes.

⁶⁴ <https://emnumeros.escolavirtual.gov.br/indicadores/>.

⁶⁵ CADE (2019), *Guia de Combate a cartéis em licitação*, www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf.

⁶⁶ Departamento de Proteção e Defesa Econômica de Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (2008), *Combate a cartéis em licitações: Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação*, www.cade.gov.br/noticias/cade-publica-guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao.

⁶⁷ CADE (2016), *Medidas para estimular o ambiente concorrencial dos processos licitatórios: Contribuições do Cade*, www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/contribuicoes-do-cade/contribuicoes-cade-ppi.pdf/view.

⁶⁸ SEAE (2014), *Aplicação do Direito da Concorrência a Licitações Públicas; Cartéis*, www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/2-seae_aplicacao_direito_concorrenca_licitacoes_publicas_carteis.pdf/view.

⁶⁹ SEAE (2014), *Questões prático-operacionais de licitações públicas para servidores*, www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/5-seae_questoes_pratico_operacionais_licitacoes_servidores.pdf.

⁷⁰ A Lei 13.334/2016 (Programa de Parcerias de Investimentos, PPIs) estabelece que órgãos envolvidos no projeto de parceria devem adotar as práticas recomendadas pelo CADE (Capítulo III, Artigo 6). Contudo, PPIs não estão contemplados pelo relatório.

⁷¹ A Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) comentou certas legislações de contratação pública, que não contemplavam licitação. Primeiramente, a SEAE apresentou comentários a

respeito da Medida Provisória 752/2016 (que foi convertida na Lei 13.448/2017), que estabelece as diretrizes gerais para a extensão de prazos e nova licitação para contratos de parceria com o Governo Federal relacionados aos setores rodoviário, ferroviário e aeroviário. A SEAE também apresentou os possíveis impactos desfavoráveis do Decreto 9048/2017, que permitiu a extensão de contratos de arrendamento de portos até o limite máximo de setenta anos.

⁷² Artigo 20 da Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

⁷³ Ver Artigos 3-A ao 7 da Lei 12.850/2013, que definem Organizações Criminosas.

⁷⁴ Alguns exemplos de persecução de casos “puros” de cartel são os processos criminais 2003.71.00.007397-5 e 0115992-93.2005.8.21.0027, relacionados a cartéis, que foram julgados e punidos.

⁷⁵ Artigo 46 da Lei 8.443/1992 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União).

⁷⁶ Artigos 16 e 17 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

⁷⁷ CGU (2019), *Relatório de Avaliação: Contratos de Terceirização*, <https://auditoria.cgu.gov.br/download/13680.pdf>.

⁷⁸ Ver Artigo 58 da Lei 8.443/1992, www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8443.htm e Portaria-TCU nº 15 de 15 de janeiro de 2021, <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881F77142EC001771632497F56A1&inline=1>.

⁷⁹ Unidos Contra a Corrupção (2018), *Novas Medidas Contra a Corrupção*, FGV, São Paulo e Rio de Janeiro.

⁸⁰ Ver Decreto 9.412/2018, https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/26370034/do1-2018-06-19-decreto-n-9-412-de-18-de-junho-de-2018-26369935.

⁸¹ Ver www.gov.br/compras/pt-br/assuntos/rede.

⁸² Dados obtidos em www.portalttransparencia.gov.br (acessado em 21 de outubro de 2020).

⁸³ Dados obtidos em www.portaldetransparencia.gov.br (acessado em 8 de julho de 2020).

⁸⁴ Ver www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm.

⁸⁵ Ver www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/modelos-de-convenios-licitacoes-e-contratos/modelos-de-licitacoes-e-contratos.

⁸⁶ [Portaria conjunta segedam/conjur n.º 1, de 8 de julho de 2009.](#)

⁸⁷ Parágrafo III do Artigo 14 da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas).

⁸⁸ Em ordem de preferência, os servidores públicos encarregados pela contratação escolherão: 1) produtos fabricados no Brasil; 2) produtos ou serviços fabricados ou fornecidos por empresas brasileiras; 3) produtos ou serviços fabricados ou fornecidos por empresas que investem em pesquisa e desenvolvimento tecnológicos no Brasil; e 4) produtos ou serviços fabricados ou fornecidos por empresas que estão em conformidade com a quota prevista na Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), ou pessoas que participam de programas sociais para reabilitação..

⁸⁹ Os servidores públicos encarregados pela contratação podem estabelecer preferência por produtos fabricados ou serviços que estejam em conformidade com os padrões brasileiros, bens ou serviços produzidos ou fornecidos por empresas que contrataram pessoas com deficiências ou que participam de programas de reabilitação, ou produtos e serviços que resultam de desenvolvimento ou inovação que ocorreu no Brasil.

⁹⁰ Ver Artigo 6, parágrafo XXXV, da nova Lei 14.133/2021.

⁹¹ As mesmas regras se aplicam a todos os Conselhos Regionais de Engenharia e Agronomia (CREA), uma vez que são todos regulados pelo Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA).

⁹² Ver www.wto.org/english/news_e/news20_e/gpro_19may20_e.htm.

⁹³ Artigo 33 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

⁹⁴ Acórdão do TCU nº 1946/2006.

⁹⁵ No momento de elaboração do Relatório, as diretrizes estavam sendo revisadas pela Autoridade de Concorrência da Dinamarca, mas uma versão preliminar das novas diretrizes foi publicada para consulta pública em maio de 2020, www.en.kfst.dk/media/56474/20200507-joint-bidding.pdf.

⁹⁶ Artigo 72 da Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

⁹⁷ Acórdão do TCU nº 2189/2011 do TCU.

⁹⁸ Acórdão do TCU nº 14193/2018.

⁹⁹ Parágrafo XXXIII, Artigo 7 da Constituição Federal.

¹⁰⁰ Processo Administrativo nº 08012.010362/2007-66, decidido pelo Tribunal em 19 de fevereiro de 2014.

¹⁰¹ Ver comunicado de imprensa do Cade, <http://en.cade.gov.br/press-releases/cade-sanctions-three-anticompetitive-conducts> e https://ibrac.org.br/UPLOADS/Livros/arquivos/Brazilian_Competition_Law_-_5_years_Preliminary_Version.pdf.

¹⁰² Artigo 15 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

¹⁰³ Ver www.gov.br/antt/pt-br/assuntos/noticias/antt-adere-ao-servico-do-taxigov-30.

¹⁰⁴ Esses projetos incluem serviços de limpeza, serviços de segurança, a implementação do Tágigov e do Armazém Virtual Nacional a nível nacional (até o momento somente implementado no Distrito Federal), compras de passagens aéreas, softwares e serviços de armazenamento em nuvem.

¹⁰⁵ Iniciativas de centralização de processos de compras, por meio da Central de Compras, são estabelecidas via Portaria ou Instrução Normativa que atribui exclusividade para a realização de tais procedimentos, por exemplo: - TaxiGov – Portaria nº 6, de 15 de janeiro de 2018 - <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=16/01/2018&jornal=515&pagina=61&totalArquivos=80> – Armazém Virtual Nacional – Instrução Normativa nº 8, de 27 de setembro de 2018 - https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/42826861/do1-2018-09-28-normative-instruction-n-8-of-27-september-of-2018-42826604.

¹⁰⁶ Ver www.gov.br/compras/pt-br/assuntos/rede.

¹⁰⁷ Artigo 23 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

¹⁰⁸ Decreto nº 10.024/2019, www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10024.htm.

¹⁰⁹ Ver www.gov.br/compras/pt-br/assuntos/rede.

¹¹⁰ Artigo 52 do Projeto de Lei 4253/2020.

¹¹¹ Artigo 19 do Projeto de Lei 4253/2020..

¹¹² Acórdão nº 79/2010 do TCU.

¹¹³ Ver Capítulo VIII, Artigo 40, da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

¹¹⁴ Ver parágrafo 1, Artigo 41, da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

¹¹⁵ Artigo 9 da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas).

¹¹⁶ Acórdão 1.229/2008 do TCU.

¹¹⁷ O Acórdão nº 2.206/2014 do TCU declara que a indicação de uma marca é restrita à circunstância na qual haja justificativas baseadas em parâmetros objetivos, que demonstrem de forma clara que tal opção é a melhor para o governo em termos técnicos e econômicos.

¹¹⁸ www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/licitacoes/pregoes/2020/pregao-eletronico-no-1-2020-central-de-compras-uasg-201057.

¹¹⁹ Artigo 46 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

¹²⁰ O objeto da licitação será fornecido por meio de um contrato de eficiência. É um tipo de contrato que correlaciona a remuneração da empresa contratada com o retorno econômico que o contrato irá gerar para a administração pública. Como exemplo, pode-se ter um contrato de serviços que provê não somente o objeto ou serviço a ser realizado, mas também as economias estimadas que a empresa propõe a gerar para a Administração, tais como a redução de gastos, etc. Dessa forma, a remuneração da empresa contratada é estipulada com base na porcentagem de economias geradas para a administração pública. Sendo assim, há riscos envolvidos: o benefício às pessoas físicas será proporcional ao ganho gerado para a administração pública. Consequentemente, se o objetivo não for alcançado, a empresa contratada estará sujeita à penalidade. Ver https://www.justen.com.br/pdfs/IE58/Nester_RDC.pdf.

¹²¹ Artigo 24 da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas). Se a economia pretendida pela Administração Pública não for atingida mediante contrato: 1) a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração da contratada; ou 2) se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior à remuneração da contratada, será aplicada multa por inexecução contratual no valor da diferença.

¹²² Artigo 36 da Lei de Aquisições, Arrendamentos e Serviços do Setor Público, LAASSP.

¹²³ Acórdão nº 2.640/2007 do TCU.

¹²⁴ Ver <http://paineldecopras.economia.gov.br/planejamento>.

¹²⁵ O Módulo é chamado Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações, PGC.

¹²⁶ Unidade de Administração de Serviços Gerais, UASG.

¹²⁷ Parágrafo 3 do Artigo 8 da Instrução Normativa 1/2019, www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/59109742/do1e-2019-01-11-instrucao-normativa-n-1-de-10-de-janeiro-de-2019-59109733.

¹²⁸ Lei 12.527/2011, www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm.

¹²⁹ Baseado no Artigo 30 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

¹³⁰ Acórdão nº 110/2012 do TCU. Nessa decisão, o TCU estabeleceu que “para os casos onde haja a imprescindibilidade da visita, deve-se evitar de reunir os licitantes em data e horário marcados capaz de dar-lhes conhecimento prévio acerca do universo de concorrentes ou mesmo restringir a participação”.

¹³¹ Ver Artigo 40 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

¹³² Ver Artigo 15 da Lei 10.024/2019 que regula o pregão eletrônico.

¹³³ Ver Artigo 6 da Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas).

¹³⁴ Ver Artigo 18 da nova Lei 14.133/2021.

¹³⁵ Ver Artigo 21 da nova Lei 14.133/2021.

¹³⁶ Ver Artigo 63 da nova Lei 14.133/2021.

¹³⁷ O relatório do Cade está disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNPIW3MVDDiFfU0nMyhszj-uaTnnYBSNwIO8DRiAF7tnVZYaw88E4L3rxXz7g2lpFwHlAtAIHr3eBCulOpxwio.

¹³⁸ A Enap é uma fundação pública, sob a tutela do Ministério da Economia, cujo propósito estatutário é promover, formular e implementar programas de capacitação em recursos humanos para o governo federal.

¹³⁹ Ver www.cade.gov.br/noticias/cade-lanca-cursos-on-line-sobre-leniencia-antitruste-e-deteccao-de-carteis-em-licitacoes.

¹⁴⁰ ENAP (2020), *Relatório de avaliação da turma piloto de cursos EAD*.

¹⁴¹ <https://emnumeros.escolavirtual.gov.br/indicadores/>.

¹⁴² Ver parágrafo VIII, Artigo 7 da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

¹⁴³ Ver www.cade.gov.br/ acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/compliance-guidelines-final-version.pdf. Ver também Artigo 49 da Lei Geral de Licitações e Contratos.

¹⁴⁴ Lei 7.753/2017, <https://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/511266335/lei-7753-17-rio-de-janeiro-rj>.

¹⁴⁵ Lei 6.112/2018, www.legisweb.com.br/legislacao/?id=356400.

¹⁴⁶ A Lei Distrital 6.112/2018 estabelece que os requisitos de conformidade para as microempresas e empresas de pequeno porte devem ser reduzidos.

¹⁴⁷ De acordo com o parágrafo 14 do Artigo 78 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a suspensão temporária não pode exceder prazo superior a 120 dias.

¹⁴⁸ De acordo com o capítulo XXII da Lei 8446, o TCU pode suspender, caso não seja contratada, a execução de contratos contestados, ao comunicar a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. Os recursos do Tribunal têm poder de impugnação.

¹⁴⁹ Pelo menos três ações de reparação de danos foram apresentadas no Brasil, como resultado da decisão e da divulgação da condenação do cartel de gases industriais: em 2009, pela Associação dos Hospitais de Minas Gerais; em 2011, pela Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp); e em 2012, pelo Ministério Público Federal.

¹⁵⁰ <https://thelawreviews.co.uk/title/the-private-competition-enforcement-review/brazil>.

¹⁵¹ Caso a confidencialidade seja renunciada pela parte que submeteu a informação e o Cade concorde com a divulgação; ou como resultado de cooperação entre o Cade e uma autoridade estrangeira, e somente mediante acordo com a parte que forneceu a informação.

¹⁵² Seção 213(b) do *Antitrust Criminal Penalty and Reform Act* de 2004, Pub L No, 108-237.

¹⁵³ Contudo, na Europa, as outras partes prejudicadas somente podem apresentar ações de reparação de dano a partir do requerente de dispensa quando mostrarem que elas não podem obter compensação integral das outras empresas que estavam envolvidas na mesma infração. A quantidade de contribuição do requerente de dispensa não deve, de nenhuma forma, exceder a quantidade de dano causada aos seus compradores ou fornecedores diretos ou indiretos. Ver UE Diretiva sobre Danos, Art. 11(4) to 11(6).

Bibliografia

- CADE. (2019). Guia Combate a cartéis em licitação. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf
- Danish Competition and Consumer Authority. (2018). *Joint bidding under competition law*. Disponível em www.en.kfst.dk/media/53640/joint-bidding-guidelines-2019.pdf.
- Montes, V., & Fretes, M. (2013). Una experiencia de armonización intergubernamental. Red Federal de Contrataciones Públicas. Disponível em www.asociacionag.org.ar/pdfcap/6/MONTES_FRETES.pdf
- OCDE. (2006). Guidelines for Performance-Based Contracts between Municipalities and Water Utilities in Eastern Europe, Caucasus and Central Asia (EECCA).
- OCDE. (2009). *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/guidelinesforfightingbidrigginginpublicprocurement.htm>
- OCDE. (2009). *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Acessado em 20 de maio de 2019, disponível em: www.oecd.org/competition
- OCDE. (2009). OECD Principles for Integrity in Public Procurement. Disponível em www.oecd.org/gov/ethics/48994520.pdf
- OCDE. (2012). OECD Integrity Review of Brazil: Managing Risks for a Cleaner Public Service. *OECD Public Governance Reviews*. OECD Publishing, Paris. doi:<https://dx.doi.org/10.1787/9789264119321-en>
- OCDE. (2012). *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Acessado em 20 de maio de 2019, disponível em: www.oecd.org
- OCDE. (2012). *Recommendation of the OECD Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0396>
- OCDE. (2014). *Hearing on the Use of Tenders and Auctions-Issues Note by the Secretariat*. Acessado em 15 de abril de 2019, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/tenders-and-auctions.htm>
- OCDE. (2015). *Hearing on Auctions and Tenders. Further Issues Note by the Secretariat*. Acessado em 15 de abril de 2019, disponível em www.oecd.org/daf/competition/tenders-and-auctions.htm
- OCDE. (2015). Note by the Secretariat on the relationship between public and private enforcement. Disponível em [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3\(2015\)14&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP3(2015)14&doclanguage=en)
- OCDE. (2015). OECD Recommendation of the Council on Public Procurement. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0411>
- OCDE. (2016). Checklist for Supporting the Implementation of the OECD Recommendation of the Council on Public Procurement,. Disponível em: www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/search/checklist-implementation-oecd-recommendation.pdf
- OCDE. (2016). Fighting Bid Rigging in Public Procurement: A review of the procurement rules and practices of PEMEX in Mexico. Retrieved from www.oecd.org/daf/competition/OECD-PEMEX-review-2016.pdf
- OCDE. (2016). *Fighting Bid Rigging in Public Procurement: Report on Implementing the OECD Recommendation 2016*. Acessado em 06 de março de 2019, disponível em <http://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf>

- OCDE. (2016). Improving ISSSTE's Public Procurement for Better Results. In *OECD Public Governance Reviews*. OECD Publishing, Paris. doi:<https://dx.doi.org/10.1787/9789264249899-en>
- OCDE. (2016). Towards Efficient Public Procurement in Colombia: Making the Difference. In *OECD Public Governance Reviews*. OECD Publishing, Paris. doi:<https://dx.doi.org/10.1787/9789264252103-en>
- OCDE. (2018). Fighting Bid Rigging in IMSS Procurement: Impact of OECD Recommendations. Retrieved from www.oecd.org/daf/competition/IMSS-procurement-impact-OECD-recommendations2018-ENG.pdf
- OCDE. (2018). Fighting bid rigging in the procurement of public works in Argentina. Disponível em: www.oecd.org/competition/fighting-bid-rigging-in-public-procurement-in-argentina.htm
- OCDE. (2018). Individual and Collective Private Enforcement of Competition Law: Insights for Mexico. Retrieved from www.oecd.org/daf/competition/EN-WEB-private-enforcement-competition-law-mexico-2018.pdf
- OCDE. (2019). *Government at a Glance 2019*. Disponível em: www.oecd-ilibrary.org/governance/government-at-a-glance-2019_8ccf5c38-en
- OCDE. (2019). OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>
- OCDE. (2019). OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>
- OCDE. (2019). OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>
- OCDE. (2019). Public Procurement in Germany: Strategic Dimensions for Well-being and Growth. Disponível em: <https://www.oecd.org/publications/public-procurement-in-germany-1db30826-en.htm>
- OCDE. (2019). Report on the Implementation of the Recommendation of the Council on Public Procurement. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/C\(2019\)94/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/C(2019)94/FINAL/en/pdf)
- OCDE. (2020). *COVID-19: Competition and emergency procurement*. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/COVID-19-competition-and-emergency-procurement.pdf>
- Sanchez Graells, A., & Herrera Anchustegui, I. (2014). Impact of public procurement aggregation on competition. *University of Leicester School of Law Research Paper No. 14-35*.
- Sanchez Graells, Albert. (2020). *Public Procurement by Central Purchasing Bodies, Competition and SMEs: towards a more dynamic model?* Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3610180
- Sanchez-Graells, A. (2018). Transparency and Competition in Public Procurement: A Comparative View on Their Difficult Balance. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3193635
- SIGMA. (2016). *Contract modifications*. Acessado em 11 de março de 2019, disponível em: www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-38-200117.pdf
- Smuda, F. (2015). *Cartel Overcharges and the Deterrent Effect of EU Competition Law*. Acessado em 03 de junho de 2019, disponível em: <http://ftp.zew.de/pub/zew-docs/dp/dp12050.pdf>
- União Europeia. (2017). Recommendation of the European Commission on the professionalisation of public procurement Building an architecture for the professionalisation of public procurement. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32017H1805>

www.oecd.org/competition

