

Cláusulas restritivas de participação de empresas em processos licitatórios de setores regulados: a adoção do critério de participação de mercado

Elvino de Carvalho Mendonça – Mendonça Advocacia e Ex-CADE

Juliano Noman – Diretor da ANAC

Bruno Caselli – Superintendente ANP

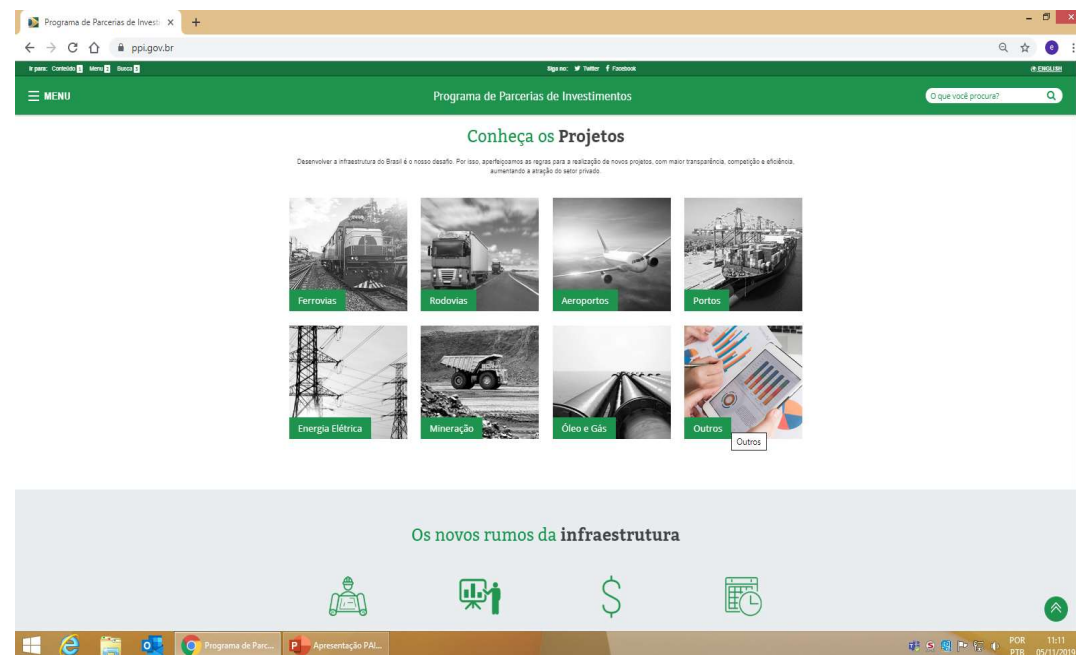
Bruno Pinheiro – Superintendente ANTAQ

Andrey Goldner – Coordenador-Geral SEAE

João Paulo de Resende – Ex-CADE

Quinta-feira, 07 de novembro de 2019

Motivação do painel:



Tópicos do painel:

- Concorrência pelo mercado *versus* concorrência no mercado: há diferença do ponto de vista de análise antitruste?
 - Função regulatória da licitação: quando, como e porque utilizar?
 - A legislação antitruste e a função regulatória da licitação: o que diz a legislação a respeito dessa função?
 - O poder normativo das agências e a função regulatória da licitação: a competência em matéria concorrencial das agências.
- A análise concorrencial do exercício da função regulatória da licitação: quando a restrição de participação faz sentido (sobreposição horizontal e integração vertical (fechamento de mercado)?
 - Os conflitos de competência e a advocacia da concorrência no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro: relacionamento CADE/Agências e relacionamento SEAE/Agências.

Perguntas e respostas

Bloco I - A análise concorrencial do exercício da função regulatória da licitação: quando a restrição de participação faz sentido (sobreposição horizontal e integração vertical (fechamento de mercado))?;

Bloco II - Os conflitos de competência e a advocacia da concorrência no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro: relacionamento CADE/Agências e relacionamento SEAE/Agências.

Questionamentos Bloco I

ANP, ANAC e ANTAQ

- Quais são os problemas concorrenciais que a agência visa a mitigar nos processos licitatórios em que a agência é o Poder Concedente com a utilização da função regulatória da licitação? A imposição de restrição de participação mitigaria os problemas concorrenciais?
- vislumbrados pela agência? O Sr. poderia citar exemplos de editais em que existem cláusulas dessas naturezas? A agência possui departamento de defesa da concorrência? Quais são os métodos internos utilizados pela agência para definir em que situação o edital de licitação deve conter ou não cláusula de restrição de participação ou qualquer outra restrição que o valha? Existe alguma análise de impacto regulatório que faça a medida quantitativa dos efeitos dessa restrição?

Questionamentos Bloco I

SEAE

- Na ótica da advocacia da concorrência, quais seriam os problemas concorrenciais que estariam em jogo com a imposição de restrições de participação em processos licitatórios de setores regulados? Como a advocacia da concorrência poderia contribuir para solucionar problemas dessa natureza?
- O Sr. poderia apresentar exemplos de pareceres analisados pela Secretaria em que existem restrições de participação? Faça uma explanação de cada caso e mencione a solução proposta pela SEAE.

Questionamentos Bloco I

Ex-CADE

- A imposição de restrições de participação em processos licitatórios de setores regulados tem potencial para gerar condutas anticompetitivas? Se tem explique os mecanismos pelos quais a restrição se transfere para a conduta e, se não tem explique os motivos pelos quais essa prática não tem chance de acontecer.
- Sob a ótica do julgamento, quais seriam as decisões tomadas pelo Tribunal do CADE se a conduta anticompetitiva tivesse tido a sua origem na imposição de restrições de participação no processo licitatório? Existe algum caso desses nos julgados do CADE? Exemplifique.

Questionamentos Bloco II

ANP, ANAC e ANTAQ

- Os artigos 25 a 28 da Lei nº 13848/2019 (lei das agências) tratam das competências do CADE e Agências em matéria de interação entre os órgãos. O Caput do art. 26 postula que no exercício de suas atribuições, incumbe às agências reguladoras monitorar e acompanhar as práticas de mercado dos agentes dos setores regulados, de forma a auxiliar os órgãos de defesa da concorrência na observância do cumprimento da legislação de defesa da concorrência, nos termos da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Qual é a interpretação desses artigos quando a agência elabora um edital de licitação? Há algum filtro que avalie se a imposição de restrições em editais de licitações (ex. participação de mercado) fere a competência da agência? Como se dá a análise da competência da agência nesse caso? Explique.
- Tendo por base o Art. 27 da Lei nº 13848/2019 (lei das agências), que postula quando a agência reguladora, no exercício de suas atribuições, tomar conhecimento de fato que possa configurar infração à ordem econômica, deverá comunicá-lo imediatamente aos órgãos de defesa da concorrência para que esses adotem as providências cabíveis, deveria a agência desenvolver análise de impacto regulatório dos seus normativos a fim de identificar potenciais infrações à ordem econômica? Como a agência faz esse monitoramento prospectivo? Discutir a responsabilidade da agência nessas situações.

Questionamentos Bloco II

SEAE

- O inciso I do art. 19 da Lei nº 12.529/2011 confere à SEAE a competência de opinar, nos aspectos referentes à promoção da concorrência, sobre propostas de alterações de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, de consumidores ou usuários dos serviços prestados submetidos a consulta pública pelas agências reguladoras e, quando entender pertinente, sobre os pedidos de revisão de tarifas e as minutas. Qual é o método adotado pela SEAE para opinar nas situações em que as agências reguladoras, por exemplo, impõe restrição de participação nos editais de licitação? Apresentar exemplos. Seria possível adotar algum filtro quantitativo/qualitativo que mensura-se os impactos regulatórios da adoção dessa restrição? O que diz a literatura nacional e internacional?
- O inciso II do § 1º do art. 19 da Lei nº 12.529/2011 confere à SEAE a competência de celebrar acordos e convênios com órgãos ou entidades públicas ou privadas, federais, estaduais, municipais, do Distrito Federal e dos Territórios para avaliar e/ou sugerir medidas relacionadas à promoção da concorrência. Quantas agências possuem acordos e convênios com a SEAE? Apresente as características dos convênios assinados. Seria possível desenvolver nos convênios ferramenta de análise de impacto regulatório para evitar que restrições como as de participação mitigassem o risco de condutas anticompetitivas posteriores?

Questionamentos Bloco II

Ex-CADE

- Em que situações o CADE, como órgão instrutor e julgador de condutas anticompetitivas, pode desenvolver advocacia da concorrência setorial junto as agências reguladoras em matéria de licitações (restrições de participação impostas nos editais, por exemplo)? O art. 19 da Lei nº 12.529/2011 pode ser aplicado ao CADE para esse fim? Apresente os limites da competência do CADE.
- Como julgar um processo em que o Estado foi o motivador da Conduta (ex. edital de licitações com cláusula de participação gera conduta anticompetitiva)? Como julgar uma conduta anticompetitiva que foi resultado de advocacia da concorrência implementada pelo CADE?

Cláusulas restritivas de participação em
alguns editais de licitação de concessão de
aeroportos

Juliano Alcântara Noman

Novembro/2019

Restrições nas cláusulas dos editais de licitação

Rodadas Critérios	1ª (2011)	2ª* (2012)	3ª * (2013)	4ª (2017)	5ª (2019)
Participação de empresas aéreas limitada em:	10%	2%	4%	2%	2%
Participação da concessionária em outro aeroporto foi limitado a:	-	não	15%	15%**	-
Habilitação técnica Qt de passageiros/ano nos últimos 5 anos (milhões)	-	GRU - 5 mi VCP - 5 mi BSB - 5 mi	GIG - 22 mi CNF - 12 mi	SSA - 9 mi POA - 9 mi FOR - 7 mi FLN - 4 mi	NE - 5 mi CO - 1 mi SE - 1mi
Participação de operador aeroportuário maior que:	-	10%	25%	15%	15%

* Nessa rodada cada licitante só poderia ganhar apenas 1 aeroporto.

** Se situado na mesma região

Resumo das licitações

Aeroporto	Lance mínimo (R\$)	Valor vencedor (R\$)	Ágio	Quantidade de consórcios participantes
São Gonçalo do Amarante	51,7 milhões	170 milhões	228,82%	4
Viracopos	1,5 bilhão	3,821 bilhões	159,75%	4
Guarulhos	3,4 bilhões	16,213 bilhões	373,51%	10
Brasília	582 milhões	4,51 bilhões	673,39%	8
Galeão	4,828 bilhões	19,018 bilhões	293,91%	5
Confins	1,096 bilhão	1,820 bilhão	66%	3
Florianópolis	53 milhões	83 milhões	58%	2
Fortaleza	360 milhões	425 milhões	18%	2
Porto Alegre	31 milhões	290 milhões	835%	2
Salvador	310 milhões	660 milhões	113%	1
Bloco Nordeste - João Pessoa, Recife, Campina Grande, Juazeiro do Norte, Aracaju, Maceió	171 milhões	1,9 bilhão	1.011%	6
Bloco Sudeste - Macaé, Vitória	47 milhões	437 milhões	830%	4
Bloco Centro-Oeste - Alta Floresta, Sinop, Cuiabá, Rondonópolis	800 mil	40 milhões	4.739%	2

Fonte: ANAC

Operadores Aeroportuários

