

### Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJSP Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE

SEPN 515, Conjunto D, Lote 4, Edifício Carlos Taurisano, - Bairro Asa Norte, Brasília/DF, CEP 70770-504 Telefone: (61) 3221-8436 - www.cade.gov.br

# NOTA TÉCNICA № 5/2021/CGAA4/SGA1/SG/CADE

| PROCESSO ADMINISTRATIVO № | 08700.011835/2015-02  |
|---------------------------|---|
| REPRESENTANTE             | BT Brasil Serviços de Telecomunicações Ltda.                          |
| ADVOGADOS:                | Thiago Francisco da Silva Brito e outros.                             |
| REPRESENTADOS             | Claro S.A., OI Móvel S.A., Telefônica Brasil S.A.                     |
| IADVOGADOS:               | Barbara Rosenberg, Caio Mário Pereira Neto, Leonor Cordovil e outros. |

EMENTA: Processo Administrativo. Condutas unilaterais de discriminação de preços e recusa de contratar. Conduta concertada entre concorrentes. Setor de telecomunicações. Serviço de acesso à infraestrutura de redes. Serviço de Comunicação Multimídia. Infração aos art. 36, incisos I, II, III, IV, combinados com o seu § 3º, incisos I, II, III, IV, V, X e XI, da Lei nº 12.529/2011. Configuração das infrações. Recomendação pela condenação das Representadas.

# **VERSÃO DE ACESSO PÚBLICO**

# **SUMÁRIO**

- OBJETO DO PROCESSO
- 1.1 Dos agentes envolvidos na denúncia
- 2 RELATÓRIO
- 2.1 Da Denúncia
- 2.2 Do Inquérito Administrativo
- 2.3 Do Processo Administrativo
- 2.4 Das Novas Alegações
- 3 ANÁLISE
- Aspectos gerais das condutas investigadas

- 3.2 Contextualização
- 3.2.1 Considerações iniciais
- 3.2.2 O setor de telecomunicações
- 3.2.3 O Serviço de Comunicação Multimídia
- 3.2.4 O Serviço de MPLS (Multi-Protocol Label Switching)
- 3.2.5 Provimento de SCM
- 3.2.6 Do objeto do Pregão nº 144/2015
- 3.3 O Mercado Relevante
- 3.3.1 Considerações iniciais
- 3.3.2 O Mercado de SCM (varejo / a jusante)
- 3.3.3 O Mercado de infraestrutura de telecomunicações (atacado /a montante)
- 3.4 Análise de poder de mercado e incentivos
- 3.4.1 Considerações iniciais
- Mercado de SCM (varejo a jusante) / Mercado de rede de acesso para provimento de SCM em taxas de transmissão inferiores a 10 mbps (atacado a montante)
- 3.4.3 Mercado de infraestrutura de rede fixa de transporte para transmissão de dados (atacado a montante) / Mercado de SCM dedicado (varejo a jusante)
- 3.4.4 Conclusão sobre poder de mercado e incentivos
- 3.5 Das condutas
- 3.5.1 Considerações iniciais
- Conduta unilateral recusa de contratar e discriminação de preços
- 3.5.3 Conduta concertada entre concorrentes
- 3.6 Considerações Finais
- 4 PENALIDADES
- ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA
- 6 RECOMENDAÇÕES

#### **OBJETO DO PROCESSO** 1

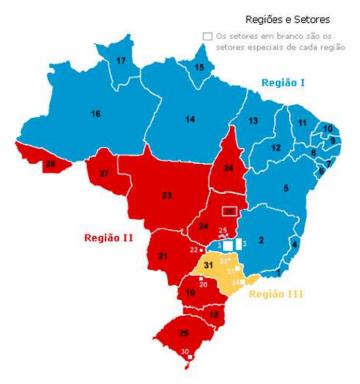
- Trata-se de Processo Administrativo para Imposição de Sanções Administrativas por Infração à Ordem Econômica originado de representação fundamentada pela BT Brasil Serviços de Telecomunicações Ltda. ("BT") em face das empresas Claro S/A ("Claro"), Oi Móvel S/A ("Oi") e Telefônica Brasil S/A ("Telefônica").
- De acordo com a denúncia, as Representadas teriam atuado de forma coordenada com o objetivo de eliminar a competição entre si em licitações de órgãos da Administração Pública Federal para contratação de serviços de internet banda larga (Serviço de Comunicação Multimídia – "SCM") com abrangência nacional. A Representante se insurge contra o caráter anticoncorrencial da associação estabelecida pelas empresas Representadas – as três maiores prestadoras de serviços de telecomunicações no Brasil -, que estariam valendo-se do instrumento legal do consórcio para coordenar interesses, com o objetivo de eliminar a concorrência entre as líderes do mercado, gerando claros efeitos anticompetitivos no setor de telecomunicações.
- A BT também alega que, no âmbito do Pregão Eletrônico nº 144/2015, realizado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos ("Correios"), as Representadas teriam imposto dificuldades à Representante para sua participação nessa licitação. As Representadas, que possuiriam controle sobre o acesso à infraestrutura local de telecomunicações, teriam discriminado preço e recusado a contratação de circuitos de comunicação (especificamente, de links MPLS[1]) necessários à formação da proposta da BT para participação no referido Pregão.
- 4. Nos termos da Representação, as condutas denunciadas podem ser enquadradas nas seguintes hipóteses previstas na Lei nº 12.529/2011:

- Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
- I limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV exercer de forma abusiva posição dominante.
- Art. 36 § 3º, incisos:
- I acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:
- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;
- d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;
- II promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado:
- IV criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- V impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- X discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XI recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

#### 1.1 Dos agentes envolvidos na denúncia

- 5. A Claro é uma operadora nacional de telecomunicações resultante da união de operadoras de telefonia móvel regionais (Americel, ATL, BCP, Claro Digital e TESS), controlada pela empresa mexicana América Móvil. Desde 2014, as empresas Embratel e NET foram incorporadas em uma única sociedade com a Claro. A Embratel é a concessionária de longa distância nacional (Região IV do PGO) e internacional no Brasil, além de possuir autorização para prestação de telefonia fixa local, enquanto a NET é operadora de TV por assinatura, serviços de banda larga, redes corporativas e autorizatária de telefonia fixa. Além destas, a Claro controla as empresas: Star One, anteriormente subsidiária da Embratel, que é a maior empresa nacional no segmento de capacidade satelital, e a Primesys Soluções Empresariais, líder no mercado de gestão de redes de telecomunicações e TI no Brasil.
- A Oi é a maior concessionária de serviços de telecomunicações no Brasil. A empresa foi formada a partir da privatização do Sistema Telebrás e posterior fusão com a Brasil Telecom. Possui concessão de telefonia fixa em 25 Estados e no Distrito Federal (Regiões I e II do PGO), além de autorização para atender as demais regiões com serviços de telefonia fixa, móvel, TV por assinatura e acesso à internet banda larga.
- A Telefônica Brasil foi formada pela aquisição da estatal Telesp pela empresa espanhola Telefónica no processo de privatização de 1998. A empresa é a concessionária de telefonia fixa no Estado de São Paulo (Região III do PGO). Desde 2012, a empresa utilizada a marca comercial Vivo, oferecendo telefonia fixa, móvel, internet banda larga e TV por assinatura. Em 2015, a empresa adquiriu a GVT, expandindo a oferta de rede fixa.
- A BT Brasil é parte do grupo British Telecom e oferta no país serviços integrados de TI e telecomunicações, com ênfase em serviços de transmissão de dados a clientes corporativos. A BT no Brasil possui centenas de pontos de presença e milhares de conexões - gerencia 70 mil ramais de telefonia IP e 50 mil dispositivos de rede para vários clientes locais e multinacionais.

Figura 1 – Regiões do PGO Anatel



| REGIÃO | ÁREA GEOGRÁFICA CORRESPONDENTE AO(S) TERRITÓRIO(S)  |
|--------|---|
| I      | Estados do Rio de Janeiro, Minas Gerais, Espírito Santo, Bahia, Sergipe, Alagoas, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Ceará,<br>Piauí, Maranhão, Pará, Amapá, Amazonas e Roraima. |
| II     | Distrito Federal e dos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Goiás, Tocantins,<br>Rondônia e Acre.                                     |
| III    | Estado de São Paulo.  |
| IV     | Nacional  |

Fonte: Anatel e Teleco (https://www.teleco.com.br/pgo.asp).

### RELATÓRIO

#### 2.1 Da Denúncia

- Em 01.12.2015, a BT protocolou sua representação inicial[2] alegando que as Representadas estariam atuando de forma 9 coordenada com o objetivo de eliminar a competição entre si em licitações públicas, além de estarem praticando, individualmente, as condutas de recusa de contratar e de discriminação de preços, impondo dificuldades aos rivais nas mesmas licitações. A Representante requereu a instauração de Processo Administrativo e a adoção de medida cautelar em que fosse suspensa a eficácia dos consórcios entre as Representadas em licitações públicas vigentes e proibição de tais consórcios para licitações futuras. Em especial, a BT solicitou suspensão do Consórcio Rede Correios[3], participante do Pregão Eletrônico nº 144/2015. Ademais, a BT requereu a emissão de relatório circunstanciado concluindo pela configuração de infração da Ordem Econômica, com recomendação de multa pecuniária, proibição à celebração de consórcios entre as Representadas para licitações públicas e exigência de apresentação do detalhamento dos custos de acesso à infraestrutura de redes em todas as propostas apresentadas pelas Representadas em licitações públicas.
- Em 16.12.2015, a denúncia foi complementada por meio de petição[4] que informou fatos supervenientes relacionados ao Pregão 10. nº 144/2015. Em síntese, informou a Representante que, em 04.12.2015, o Tribunal de Contas da União (TCU) proferiu o Acórdão 03010/2015, referente à Representação da BT para impugnar as irregularidades do edital do Pregão. Tal Acórdão conheceu a representação em questão, mas entendeu ser incabível a medida cautelar pleiteada pela BT e improcedente no mérito. Ademais informou a Representante que o Consórcio Rede Correios foi habilitado e declarado vencedor do Pregão. Ante aos acontecimentos reportados, a Representante reforçou o pedido de instauração do Inquérito Administrativo.

#### 2.2 Do Inquérito Administrativo

Em 05.01.2016, a CGAA4 emitiu a Nota Técnica n° 2/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE[5] recomendando a instauração de Inquérito Administrativo com fulcro no art. 13, III, e 66 e seguintes da Lei Federal nº 12.529/2011. Em suma, a Nota apontou que, caso fossem comprovadas as alegações trazidas pela Representante, o caso constituiria matéria concorrencial e recomendou a instrução para aprofundar a questão em sede

de inquérito administrativo. Na mesma Nota, foi indeferido o pedido de medida preventiva, tendo em vista que seria necessário o aprofundamento das questões colocadas para uma decisão, mesmo em caráter preliminar, do objeto da denúncia. Na mesma data foi proferido o Despacho SG n° 20/2016[6], acolhendo as razões da mencionada Nota Técnica e determinando a instauração de Inquérito.

- 12. Em 11.01.2016, foram enviados Ofícios[7] às empresas Claro, Oi e Telefônica solicitando manifestação a respeito da denúncia da BT.
- 13. Em 21.01.2016, as Representadas apresentaram petição conjunta[8] alegando ser impossível elaborar defesa completa uma vez que ainda não tinham acesso aos autos de acesso restrito deste processo, o que prejudicaria a compreensão completa das alegações da Representante. Na mesma data, os autos do presente inquérito administrativo se tornaram públicos face ao determinado no Despacho Ordinatório CGAA4[9].
- 14. Em 22.01.2016, foi enviado o Ofício n° 228/2016/CADE[10] à BT para que apresentasse versões de acesso restrito de sua denúncia e de suas petições a cada uma das três Representadas, para que as informações sigilosas das empresas fossem resguardadas, mas ao mesmo tempo fosse dada possibilidade de defesa às Representadas.
- 15. Em 01.02.2016, as Representadas apresentaram defesa preliminar[11] alegando primordialmente que o objeto desta Representação não visa à proteção da concorrência, mas tão somente à proteção dos interesses da BT, que busca reverter derrota na disputa pelo objeto do Pregão nº 144/2015. Ademais, afirmam que inexistem nos autos indícios de qualquer conduta anticompetitiva, pedem que não seja concedida medida preventiva pleiteada e o arquivamento do presente processo.
- 16. Em 04.02.2016, as Representadas protocolaram nova petição[12] por meio da qual argumentaram que, a despeito da concessão de acesso aos apartados de Acesso Restrito em 29.01.2016, verifica-se que as versões da representação a elas disponibilizadas continham inúmeras partes tarjadas, o que comprometeria a sua plena defesa. Ao fim, requereu-se a concessão de prazo adicional para complementação aos esclarecimentos já apresentados.
- 17. Em 10.02.2016, a BT apresentou petição[13] solicitando indeferimento do pedido de acesso das Representadas à integralidade das informações e apartados do Inquérito, argumentando no sentido de evitar exposição de informações sensíveis a seus concorrentes.
- 18. Em 15.02.2016, as Representadas apresentaram a sua manifestação complementar[14] reiterando a improcedência das alegações da BT. Sustentaram a inexistência das alegadas medidas exclusionárias e de dano concorrencial e afirmaram que a BT recorre ao Cade com o fito único de manter seu contrato com os Correios vigente após ter suas tentativas de invalidar a licitação frustradas no TCU e outros órgãos e instâncias.
- 19. Em 24.02.2016, foi enviado o Ofício nº 745/2016/CADE[15] à BT para que ela se manifestasse a respeito das informações trazidas pelas Representadas[16].
- 20. Em 02.03.2016, a Representante apresentou petição[17] que versa sobre as manifestações das Representadas. Em síntese, a BT repisou a tese de condutas anticompetitivas sustentada na denúncia e apontou supostas inconsistências e omissões na resposta das Representadas. Ponderou, ainda, que as Representadas teriam falhado em apresentar provas que efetivamente afastem suas alegações e reiterou os pedidos relacionados à pronta instauração de processo administrativo e à adoção de medida preventiva que suspenda o Consórcio Rede Correios, bem como de quaisquer outros consórcios entre empresas integrantes dos grupos Claro, Oi e Telefônica para participação em futuras licitações.
- 21. Em 11.03.2016, foi enviado o Ofício nº 1248/2016/CADE[18] às Representadas solicitando informações específicas a respeito dos produtos e insumos negociados com a BT (faixas de velocidade ofertada, volume de conexões e valores), a política de descontos destes insumos e detalhes sobre as negociações travadas entre a Representante e as Representadas às vésperas do Pregão nº 144/2015. Foi solicitado também que fosse detalhado os ganhos de eficiências obtidos em decorrência da sua atuação conjunta no referido Pregão.
- 22. Em 04.04.2016, as Representadas apresentaram petição com informações relacionadas às negociações com a Representante e ao objeto do Pregão nº 144/2015. Em relação a este último tema, as Representadas apresentaram dados ajustados de forma a tornar possível a comparação entre os valores ofertados à BT e os ofertados aos Correios. Com relação à política de descontos, informaram que a precificação dos serviços é complexa e que não havia uma política consolidada de desconto que se aplicasse a todas as situações. Por sua vez, com relação aos ganhos de eficiência, argumentaram que cada empresa participante do Consórcio ficou responsável pelo atendimento de sua área de abrangência, onde já possui infraestrutura instalada, de modo a poder atender às exigências dos Correios com melhor custo-benefício e sem necessidade de investimentos significativos.
- 23. Em 19.04.2016, a BT apresentou petição[19] manifestando-se a respeito das novas informações trazidas pelas Representadas e apontando supostas inconsistências. Afirmou a BT que as respostas apresentadas não proveram informações capazes de justificar a formação de diversos consórcios entre as empresas líderes do mercado de telecomunicações brasileiro nem a majoração dos custos que lhe foi imposta para contratação das conexões terrestres no contexto dos preparativos para o Pregão n° 144/2015. Apontaram, ainda, uma evidente falsidade na prestação das informações por parte das Representadas, o que seria passível de enquadramento no disposto no art. 43 da Lei 12.529/2011. Ao cabo, reiterou os pedidos da Representação original.
- 24. Em 06.05.2016, foi enviado o Ofício nº 2371/2016/CADE às Representadas solicitando (i) esclarecimentos adicionais relativos à formação da sua proposta no âmbito do Pregão nº 144/2015; (ii) o encaminhamento de documentos específicos que comprovassem os fatos alegados em sua manifestação anterior; e (iii) informações adicionais que contextualizassem o documento apresentado pela Telefônica que versou sobre a sua suposta recusa de contratar.
- 25. Em 13.05.2016, as Representadas apresentaram resposta[20] aos questionamentos do Ofício nº 2371/2016/CADE. Foram trazidas informações sobre o número de conexões ofertadas por cada umas das empresas participantes do consórcio formado no âmbito do Pregão nº 144/2015 e sobre a alegada recusa de contratar por parte da Telefônica.
- 26. Em 25.05.2016, a Representante protocolou petição [21] informando que foram suspensos, por meio de decisão judicial liminar, os efeitos de decisões de habilitação e adjudicação proferidas no âmbito do Pregão nº 144/2015 e, assim, que o mesmo restou suspenso.
- 27. Em 08.06.2016, a Representante protocolou nova petição [22] em que, em síntese, reforçou seus argumentos relativos à recusa de contratar por parte da Claro e Telefônica, especialmente no que tange à capacidade da Telefônica em atender clientes fora de São Paulo, e reiterou suas alegações sobre os potenciais efeitos da atuação coordenada das Representadas.

- Em 04.07.2016, foi enviado às Representadas o Ofício n° 3790/2016/CADE[23] requerendo que elas detalhassem o valor estimado 28. do custo do link a ser computado no preço final cobrado dos Correios, o nível de serviços e o tipo de conexão (satélite ou terrestre) a ser efetivamente utilizado nas faixas T1, T2 e T3.[24]
- Em 18.08.2016, as Representadas apresentaram petição em atenção ao que foi solicitado no Oficio nº 3790/2016/CADE. Sustentaram que o dano alegado pela BT não decorria de redução de concorrência relacionada à formação do consórcio ou de supostas condutas exclusionárias e que seus argumentos estariam relacionados unicamente com a perda do seu contrato com os Correios.
- Em 01.09.2016, foi proferido o Despacho SG nº 1070/2016[25] que prorrogou o inquérito por 60 dias, com fundamento nos motivos tratados na Nota Técnica nº 21/2016/CGAA4/SGA1/SG/CADE[26].
- 31. Em 22.09.2016 a BT apresentou manifestação adicional[27] (informando sobre participação das Representadas, novamente de maneira consorciada, em nova licitação com objeto similar, realizada pelo Ministério da Saúde[28]. Informou que tal pregão foi cancelado devido a participação de um único licitante e, que, em pregão subsequente lançado com o mesmo objeto, novamente, somente as empresas Claro e Oi, em consórcio[29], teriam apresentado proposta. Ponderou que a Claro seria a atual incumbente do contrato, prestando o serviço sozinha e que este seria mais um exemplo de como a reiterada conduta anticompetitiva das Representadas resultava na inviabilidade de participação de empresas menores em licitações deste porte. Completou apontando que, caso se perpetue tal situação, em um futuro próximo, apenas as três Representadas deterão atestados técnicos válidos para projetos de maior porte, o que configurará nova barreira à entrada de outras empresas no segmento de licitações públicas. Repisou, por fim, sobre a ausência de comprovação, por parte das Representadas, dos pretensos ganhos de eficiência e sobre a desnecessidade de formação do Consórcio.
- Em 07.10.2016, foi enviado o Ofício nº 5078/2016/CADE[30] às Representadas para manifestação acerca da última petição da Representante.
- 33. Em 27.10.2016, as Representadas apresentaram resposta[31]. Em síntese, alegaram que a manifestação da BT servia apenas para reiterar as infundadas acusações de condutas anticompetitivas. Em relação ao pregão do Ministério da Saúde, alegaram que havia previsão no edital para a formação de consórcios que o seu objeto era significativamente mais amplo que o serviço prestado exclusivamente pela Claro e que a participação do consórcio resultou na oferta de preços finais inferiores aos orçados pelo Ministério, o que demonstraria que não houve ilegalidade ou prejuízo à concorrência. Ao fim, reiteraram pedido para que as acusações da BT fossem arquivadas.
- Em 02.12.2016, foram enviados diversos ofícios[32] a empresas contratantes de Serviço de Comunicação Multimídia solicitando informações sobre o processo de contratação desses serviços e questionando como as empresas percebiam a atuação das Representadas no mercado. As respostas estão juntadas aos autos[33].
- Em 15.02.2017, a Representante apresentou petição [34] com informações complementares relacionadas à transferência dos circuitos da BT – atual incumbente do contrato – para o Consórcio Correios (vencedor do Pregão nº 144/2015). A BT apontou que este avanço pode comprometer a eficácia de uma eventual futura decisão condenatória. Ainda, reiterou o pedido de medida preventiva para suspensão da eficácia dos atos de constituição daquele Consórcio.
- Em 20.03.2017, a Representante apresentou petição [35] informando esta Superintendência de liminar por ela obtida no âmbito de Ação Anulatória pela qual foi determinada a interrupção da migração da rede de serviços para o Consórcio Rede Correios. Mas que tal medida foi suspensa por decisão do Tribunal Regional da 1ª Região em sede de Agravo de Instrumento interposto pelos Correios. Em decorrência, a BT informou que as Representadas têm intensificado seus esforços para que a transferência de circuitos avance o mais rápido possível sob o novo contrato e antes da conclusão das investigações conduzidas por esta Superintendência-Geral, o que comprometeria a eficácia de uma futura decisão condenatória.
- 37. Em 20.03.2017, a Representante peticionou[36] solicitando participação em uma eventual negociação de Termo Compromisso de Cessação (TCC) com as Representadas.
- Em 02.08.2017, a BT protocolou petição[37] em que informou que, em recente decisão, a autoridade antitruste da Noruega considerou ilícita a submissão de proposta conjunta entre dois agentes concorrentes. Ainda, reiterou seu pedido de instauração de Processo Administrativo e de adoção de medida preventiva.

#### 2.3 Do Processo Administrativo

- Em 25.08.2017, a presente investigação tornou-se um processo administrativo[38] face à decisão contida no Despacho SG nº 1248/2018[39], que acolheu as razões da Nota Técnica nº 33/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE[40] (doravante referida como "Nota Técnica nº 33/2017").
- 40. Ato contínuo, as Representadas Claro, Oi e Telefônica foram notificadas [41] da medida e do prazo para a apresentação de defesa e especificação de provas.
- Ainda na mesma data, foi expedido à Presidência da Agência Nacional de Telecomunicações ANATEL o Ofício nº 5146/2017/CADE[42] para ciência e eventuais providências regulatórias cabíveis em decorrência da instauração do presente Processo Administrativo.
- 42 Em virtude de renúncia dos então Procuradores das Representadas Telefônica e Oi, em 06.09.2017, estas empresas foram novamente notificadas[43] da instauração do processo administrativo.
- 43. Em 18.09.2017, foi recebido pelo Cade o último aviso de recebimento das notificações enviadas, de modo que todas as Representadas restaram notificadas [44]. Com isso, o prazo para defesa de 60 (sessenta) dias [45] encerrou-se em 17.11.2017.
- As Representadas solicitaram dilação de prazo de dez dias para apresentação das respectivas defesas, pedidos que foram deferidos, de forma que o data final para apresentação de suas defesas estendeu-se até 29.11.2017.
- 45. Em 29.11.2017, foram protocoladas as defesas das Representadas Oi[46], Claro[47] e Telefônica[48].
- Em sua defesa, a Oi alegou, em síntese, que:

- 46.1. A Lei n° 8.666/1993 ("Lei de Licitações") estabeleceu expressamente que a formação de consórcios é legal caso seja permitida pelo edital da licitação, a critério do órgão licitante, e desde que observado determinados requisitos previstos no seu próprio texto.
- 46.2. Há, face à legislação vigente, uma presunção relativa de legalidade na formação de consórcios em licitações públicas, o que não quer dizer que há uma isenção antitruste.
- 46.3. A análise da atuação consorciada pela autoridade antitruste deve ser feita à luz da regra da razão.
- 46.4. O Tribunal de Contas da União ("TCU") tem se posicionado favoravelmente à formação de consórcios em licitações públicas e, especificamente no que tange ao Pregão nº144/2015 dos Correios, reconheceu esta possibilidade, pois os consórcios propiciariam relevantes eficiências que, ao final, resultam em um quadro benéfico à Administração Pública, sobretudo em certames relacionados a obras de grande dimensão e complexidade.
- 46.5. Os consórcios trazem eficiências decorrentes da conjugação de esforços, da otimização de custos e da diluição de riscos operacionais e financeiros. A atuação da Oi em licitações públicas está em linha com essa interpretação.
- 46.6. Poderia ser inviável a participação isolada da Oi no Pregão n° 144/2015 devido a exigências específicas do certame e a circunstâncias por ela enfrentadas.
- 46.7. A Oi, sempre que possível, opta por participar de licitações de forma independente.
- 46.8. A Oi não dispõe de infraestrutura de rede suficiente para prestar os serviços demandados pelos Correios, tendo reduzida capacidade satelital e reduzida presença no estado de SP.
- 46.9. A aquisição de capacidade de rede de terceiros é claramente menos eficiente que a formação de consórcios entre agentes que já possuem infraestruturas de rede.
- 46.10. O Consórcio não inibe a concorrência entre as empresas consorciadas, já que não podem ser consideradas concorrentes pelo objeto do certame uma vez que nenhuma das três dispõe de rede com abrangência suficiente.
- 46.11. O Consórcio não desestimula a participação de empresas menores em outros certames e nem a formação de consórcios com a participação de empresas menores, o que não ocorreu no certame devido à ausência de racionalidade econômica.
- 46.12. A BT desfrutava de vantagens competitivas para a disputa do Pregão nº 144/2015, por ser, à época, a incumbente do contrato.
- 46.13. O Pregão foi altamente competitivo, com 183 lances, real disputa entre a BT e o Consórcio e redução de 10% em relação ao menor valor ofertado no anterior Pregão nº 174/2014 (que restou anulado).
- 46.14. A BT não pode ser considerada uma empresa de pequeno porte, sendo representante da British Telecom, uma das maiores empresas de telecomunicações do mundo.
- 46.15. O Consórcio gerou diversas eficiências que foram repassadas à Administração Pública e só foi constituído devido à complementariedade das redes existentes, redução de custos e diluição de riscos.
- 46.16. A Oi não praticou conduta de discriminação de preços em detrimento da BT.
- 46.17. A metodologia adotada pela Oi para ajustar os dados apresentados em atendimento ao Ofício nº 1248/2018/CADE consistiu na exclusão dos custos dos serviços e equipamentos ofertados aos Correios que não estavam incluídos na cotação fornecida à BT.
- 46.18. Há distinção entre os preços oferecidos pela Oi via Consórcio aos Correios e os preços oferecidos pela Oi à BT, mas esta diferença é explicada pela discrepância entre o volume de circuitos solicitados e o fato da Oi, dentro do Consórcio, ter fornecido circuitos apenas onde detinha melhor infraestrutura (com menor custo).
- 46.19. Não se sustenta o questionamento suscitado pela SG[49] de que "o
- fato de que o valor médio dos enlaces ofertados pela Oi (Coluna 6) ser exatamente igual ao valor médio da oferta final do Consórcio (Coluna 3), ainda que as quantidades sejam distintas", uma vez que essa coincidência deu-se porque a) o Pregão nº 144/2015 exigiu proposta de preços global (sem discriminação unitária por faixa de velocidade); b) a Oi não elaborou, por isso, uma proposta de preço com valores unitários como feito para a BT; e c) para apresentar ao Cade os preços unitários por faixa de velocidade solicitados através do Ofício nº 1248/2016/CADE, a Oi baseou-se no valor total de acessos oferecido pelo Consórcio aos Correios.
- 46.20. Em relação à afirmação da SG[50] de que haveria "uma variação maior em termos de preço médio do que de volume para todas as faixas" e que "a magnitude da disparidade entre a variação de preços médios e a variação de volume é significativa (...) indicando ser plausível a hipótese de discriminação de preços", explicou que: a diferença de magnitude, por faixa, da variação do preço em relação à variação do volume justifica-se por 2 razões: a) razões técnicas como a localização geográfica, a distância entre pontos, tecnologia empregada, tipo de infraestrutura disponível etc.; b) os preços apresentados pela Oi e utilizados pelo Cade para a comparação realizada decorrem de um processo competitivo (o pregão) e elaborados como proposta por precos globais, sem discriminação por faixa.
- 46.21. Como explicado, as propostas formuladas pela Oi ao Consórcio Rede Correios e pela Oi à BT não são comparáveis devido aos seguintes aspectos: eficiências geradas pelo consórcio, volume, localização geográfica, distância entre pontos interligados, tecnologia empregada, escopo da proposta, condições de contratação (prazo contratual, forma de pagamento, garantias, histórico de relacionamento, barganha de desconto) e tempo exíguo para apresentação da proposta.
- 46.22. Dos enlaces solicitados pela BT à Oi, cerca de [ACESSO RESTRITO] não foram sequer oferecidos pela Oi no âmbito do Consórcio, mas por outra operadora.
- 46.23. O volume de enlaces solicitados pela BT foi [ACESSO RESTRITO] vezes menor que o ofertado pela Oi ao Consórcio, o que já é suficiente para tornar incomparáveis as propostas e justificar os preços menores do Consórcio.
- 46.24. A Oi sempre respondeu às cotações da BT de maneira célere e adequada.
- 46.25. A BT somente solicitou cotação à Oi depois de 14 dias após a publicação do aviso do Pregão nº 144/2015 (e a apenas 15 dias da data para apresentação das propostas) e, mesmo assim, a Oi envidou seus melhores esforços em apresentar uma proposta comercial.

- 46.26. A BT não demonstrou que os preços ofertados a ela pela Oi comprometeram sua participação no Pregão nº 144/2015. Pelo contrário, os lances da BT neste pregão foram ainda mais agressivos que aqueles oferecidos no Pregão nº 170/2014.
- Em sua defesa, a Claro alegou, em síntese, que: 47.
- 47.1. Em relação à legalidade da criação do consórcio, a) a conduta não é recorrente; b) não há poder de mercado das Representadas em âmbito nacional; c) a análise de poder de mercado deve ser feita em âmbito municipal; d) há justificativas legítimas para a atuação via consórcio face à rede extensa e complexa requerida pelos Correios; e) não há danos ao mercado em decorrência do consorciamento.
- Em relação às eficiências, elas estão relacionadas à complementariedade geográfica e técnica entre as empresas participantes do 47.2. Consórcio Rede Correios, o que permite economias relativas a) aos investimentos necessários para a expansão da infraestrutura exigida; e b) à contratação de terceiros (redução de custo de gestão de contratos e maior segurança contra falhas).
- 47.3. A eficiência da formação do Consórcio é evidenciada pela redução significativa do valor da proposta vencedora ante aos valores cobrados anteriormente pela BT (ausente o Consórcio).
- 47.4. Em relação à alegada recusa de contratar, a) não ocorreu recusa, visto que a Claro forneceu cotação à BT para os pontos solicitados; b) sequer havia, sob a ótica concorrencial, obrigação da Claro em fornecer os serviços à BT.
- O e-mail enviado pela BT com solicitação de cotação de serviços MPLS, datado de 19.10.2015, não foi respondido porque, em sequência, a própria BT, ciente de que o prazo (7 dias) por ela requerido para resposta era inviável, encaminhou, em 26.10.2015, nova solicitação de cotação para pontos de acesso PRIMELINK (EILD ou ponto a ponto), que exigem menor customização e estudos de viabilidade técnica. A segunda solicitação foi respondida pela Claro em 30.10.2015.
- A BT não reclamou, à época e nem posteriormente, do não recebimento da cotação de serviços MPLS, o que indica que ficou satisfeita com a cotação recebida para circuitos EILD, visto que ambas as solicitações de cotação coincidiam em relação aos pontos de acesso requeridos (endereços) e que a cotação fornecida pela Claro era suficiente para a BT participar do Pregão nº 144/2015 dos Correios.
- 47.7. A Claro já prestava e segue prestando serviços à BT.
- A posse de redes de cabeamento metálico não é mais sinônimo de poder de mercado, como assumiu a SG, visto que os avanços 47.8. tecnológicos e a maior quantidade de competidores reduziram a dependência dessas estruturas. De todo modo, a Claro não é legatária dessa estrutura.
- O MPLS não é insumo essencial à prestação de SCM, pois ele é uma tecnologia de suporte à rede de dados e não um componente de infraestrutura, como é a EILD. Outras tecnologias de acesso e transporte de dados, como ADSL, internet a cabo, fibra ótica, 3G, 4G, satélite e Wimax, também comportam a tecnologia MPLS.
- A regulação da Anatel dá-se no mercado de EILD e não para serviços MPLS. E somente às empresas com poder de mercado significativo neste mercado EILD dirige-se a obrigatoriedade de compartilhamento em condições isonômicas para outras empresas de telecomunicações.
- 47.11. A oferta de MPLS não configura um serviço essencial, de modo que não haveria obrigação da Claro em fornecer tal serviço à luz da legislação concorrencial.
- 47.12. Na definição do mercado relevante para a conduta concertada, a SG deixou de considerar a distinção entre SCM corporativo e residencial. E a delimitação geográfica adotada como nacional é equivocada.
- 47.13. Na definição do mercado relevante para as condutas individuais, a SG considerou que as Representadas detêm poder de mercado significativo no mercado de MPLS, que não pode ser considerado um mercado, e nem mesmo um insumo no mercado de rede fixa de transporte.
- 47.14. Caso seja aceito o argumento da SG de que poder de mercado
- em SCM (atestado por dados da Anatel) implica poder de mercado em infraestrutura de rede fixa de transporte, esse segundo poder de mercado só pode estar relacionado ao produto EILD, e não a MPLS. A tecnologia MPLS não é um serviço ou um produto de atacado definido no PGMC (Plano Geral de Metas de Competição).
- 47.15. A análise de poder de mercado em SCM feita pela Anatel adota o escopo geográfico municipal. Não é feita análise de poder de mercado nacional porque, na oferta de SCM por redes fixas, o provimento é feito diretamente ao usuário.
- A análise de poder de mercado em âmbito nacional acaba por não considerar a representatividade de players locais e regionais. 47.16.
- 47.17. Não há que se falar em poder de mercado significativo nacional, seja no varejo, seja no atacado, pois deve ser analisado em âmbito municipal.
- 47.18. Até o momento, a Anatel não considera que a Claro tem poder de mercado significativo no segmento de acesso local.
- 47.19. A formação de consórcios é autorizada por lei e os editais dos pregões analisados autorizavam a participação dessa forma.
- 47.20. A Claro integra consórcios apenas quando isso é eficiente e racional, ou seja, quando não tem condições ou interesse em participar de uma licitação de forma isolada.
- 47.21. Inexiste acordo com a Oi e Telefônica para perpetuar a atuação consorciada em outras licitações e, em apenas 1% dos itens editalícios que disputou entre 2013 a 2015, disputou em consórcio com as demais Representadas.
- A Claro, em geral, participa de consórcios quando o projeto envolve clientes públicos com atuação em todo o território nacional e de maior grau de complexidade. Para os demais clientes, ainda que de grande porte, é pouco provável que seja necessária a formação de consórcio para a Claro atender à demanda.
- Os agentes privados oficiados pelo Cade não apresentam as características e peculiaridades da rede e negócios dos Correios e, 47.23. assim, não podem servir como parâmetro para comparação. Os resultados do teste de mercado feito pelo Cade levam a uma conclusão enviesada.
- Após afirmar que a segunda cotação de SCM (EILD) encaminhada pela BT, em 26.10.2015, continha os mesmos pontos de acesso da primeira solicitação, de 19.10.2015, informa que eram "praticamente iguais". O primeiro pedido abrangia 3.399 pontos e o segundo 3.215.

- 47.25. Como os pontos da segunda cotação solicitada eram muitos similares, era natural que a Claro entendesse que a segunda solicitação, de 26.10.2015, tivesse sido enviada em substituição à primeira, de 19.10.2015.
- 47.26. O Ato nº 8.704/2017, da Anatel indica claramente que o Grupo Telmex não é

detentor de Poder de Mercado Significativo (PMS) em nenhum mercado relevante de Oferta Atacadista de Infraestrutura de Rede Fixa de Transporte Local.

- 47.27. A BT não é uma empresa de menor porte, mas representante da multinacional British Telecom no país, com ampla capacidade operacional e extensa capilaridade de rede terrestre e satelital. Assim, as alegações de que a conduta das Representadas impediria ou desincentivaria a participação de empresas menores em grandes licitações não se aplicaria à própria BT.
- 48. Em sua defesa, a Telefônica alegou, em síntese, que:
- 48.1. A BT não é uma empresa de pequeno porte, ao contrário do que faz parecer, sendo subsidiária da gigante British Telecom. É líder em soluções via satélite e com centenas de clientes públicos e privados.
- 48.2. A estratégia da BT é não investir em infraestrutura e utilizar redes de terceiros.
- 48.3. Tanto os Correios, quanto o TCU rechaçaram as alegações da BT no sentido da ilegalidade do Consórcio Rede Correios.
- 48.4. Não ocorreu a discriminação de preços alegada e nem tampouco o conluio entre as Representadas, que seriam, inclusive, condutas interdependentes, ou seja, uma não existe sem a outra.
- 48.5. O MPLS é uma tecnologia mais recente e sem regulação específica, regida apenas pelas normas genéricas de telecomunicações.
- 48.6. A Anatel não determina preços de referência para MPLS, apenas estabelece diretrizes como acesso não discriminatório e condições de acesso razoáveis.
- 48.7. Contratos de MPLS podem ter valor, por ponto de conexão, bastante distintos devido a distinções técnicas, incluindo a distância entre os pontos de acesso da rede.
- 48.8. A Anatel reconhece que a Telefônica não é detentora de PMS em inúmeros municípios de São Paulo, havendo várias operadoras menores que poderiam atender à BT em todos os municípios cotados. Ou seja, o serviço ofertado pela Telefônica não é uma *essential facility*.
- 48.9. A simples diferenciação de preços não caracteriza ilícito, que depende de elementos que não estão presentes: poder de mercado, prejuízo, ainda que potencial, à concorrência e ausência de justificativas razoáveis.
- 48.10. A operacionalização de redes como a demanda pelos Correios é precedida de negociações que podem demorar meses e resultar em descontos de até [ACESSO RESTRITO À TELEFÔNICA][51].
- 48.11. A oferta feita no âmbito do consórcio não pode ser comparada com a cotação ofertada à BT, que nem foi sujeita a uma negociação comercial, o que demonstra a falta de interesse de negociar da BT, que não fez nenhuma contraproposta.
- 48.12. O pedido de cotação da BT foi encaminhado à Telefônica apenas 7 dias antes do Pregão nº 144/2015, em 19.10.2015, o que demonstra uma postura pouco diligente de sua parte. A Telefônica, entretanto, esforçou-se para atendê-lo o mais breve possível.
- 48.13. Os serviços ofertados à BT diferem do ofertado ao Consórcio por, ao menos, três razões e, por isso, são incomparáveis. São elas: A) são mercados distintos (atacado e varejo) e as propostas foram geradas por áreas diferentes da Telefônica; B) a metodologia adotada pela SG na comparação dos preços ofertados à BT e aos Correios é equivocada, pois em nenhum caso os valores foram estabelecidos por faixa de velocidade, mas pela solução integrada de serviços e produtos, que considera fatores como velocidade, distância, níveis de qualidade, volume contratado, prazo de execução e negociação; C) A distância para ligar a rede da Telefônica a quaisquer agências dos Correios no estado de São Paulo é menor que a distância necessária para ligar a rede da BT às mesmas agências[52], fato que reflete no custo dos serviços e torna as ofertas (BT e Correios) distintas.
- 48.14. A diferença entre os valores ofertados à BT e aos Correios via Consórcio é de apenas [ACESSO RESTRITO], o que seria incapaz de afetar a competitividade da BT considerado todo o escopo da demanda dos Correios.
- 48.15. A Telefônica não teria como competir sozinha em um certame com tamanha capilaridade como a exigida pelos Correios, visto que precisaria contratar de outras empresas ou construir quase [ACESSO RESTRITO] dos circuitos de rede demandados pelos Correios, o que careceria de racionalidade econômica.
- 48.16. A formação do consórcio foi justificável, legal e válida.
- 48.17. São incomparáveis os serviços solicitados pelos Correios com aqueles prestados a grandes clientes privados. As informações colhidas pelo Cade a partir de agentes privados não podem servir de parâmetro para a avaliação de algum prejuízo decorrido da formação do Consórcio.
- 48.18. Também são diferentes as circunstâncias de negociação e contratação de entes públicos e privados.
- 48.19. O Consórcio gerou eficiências significativas, com a redução significativa do preço[53] e maior qualidade do serviço, já que não foi necessária a contratação de terceiros que foram aproveitados os melhores recursos de cada consorciada.
- 48.20. Há uma complementaridade geográfica das redes das Representadas, o que justificou a formação do Consórcio.
- 49. Por meio da Nota Técnica nº 39/2017[54], foram apreciadas eventuais questões preliminares suscitadas pelas Representadas. Não foi requerida a produção de provas específicas por nenhuma das Representadas. A referida Nota foi acolhida pelo Despacho SG nº 1796/2017[55], restando saneado o presente Processo Administrativo.
- 50. Em 12.12.17, a Claro protocolou Parecer Econômico elaborado por Cleveland Prates Teixeira e Parecer elaborado por LCA Consultores[56].
- 51. Em 20.12.17, a Representada Oi protocolou petição[57] juntando aos autos o mesmo Parecer elaborado por LCA Consultores.
- 52. Em 22.12.17, a Telefônica protocolou petição [58] por meio da qual também apresentou o Parecer supramencionado.

- 53. O CADE expediu, em 16.01.18, Ofícios[59] às Representadas solicitando que apresentassem versão pública dos Pareceres protocolados, além de documentos elaborados no contexto da avaliação da viabilidade da formação do Consórcio Rede Correios para participação no certame.
- 54. Na mesma data, o CADE também oficiou[60] o Banco do Brasil ("BB"), a Caixa Econômica Federal ("CEF") e os Correios para coletar informações acerca da admissibilidade de formação de consórcio entre fornecedores de serviços de telecomunicações para contratação de circuitos de transmissão de dados.
- 55. A resposta dos Correios[61] (SEI 0437331) foi recebida em 01.02.2018. Em síntese, informou:
- 55.1. Que optou por permitir a formação de consórcio no Pregão nº144/205 porque tal formato atuou em benefício da competitividade (vide a disputa acirrada e a redução do preço estimado) e do interesse público, além de proporcionar melhoria na qualidade do serviço e do progresso tecnológico.
- 55.2. Que a permissão de consórcios segue a prática de outros órgãos da Administração Pública.
- 55.3. Que as vantagens advindas da permissão de consórcios em licitações seriam a ampliação da competição e a potencialização da qualidade dos serviços.
- 56. Em 02.02.2018, foram recebidas as respostas das Representadas Telefônica[62], Claro[63] e Oi[64], as quais apresentaram documentos que teriam sido produzidos internamente, por cada uma, para subsidiar a análise e decisão acerca da formação do Consórcio Rede Correios.
- 57. A resposta do BB[65] foi recebida em 07.02.2018. Em síntese, o BB informou:
- 57.1. Que, em regra, permite a participação de consórcios em suas licitações que visam à conexão de suas diversas unidades de atendimento ao redor do Brasil.
- 57.2. Que a vantagem de permitir a formação de consórcio seria o aumento da viabilidade de atendimento já que as operadoras não oferecem atendimento em todo o território nacional.
- 57.3. Que, por outro lado, a desvantagem seria a possibilidade de haver impacto na competitividade e dos preços resultantes do pregão serem superiores.
- 57.4. Que acredita que nenhuma das Representadas teria condições de atender individualmente aos serviços demandados pelo BB visto que não teriam abrangência nacional, sendo necessária a subcontratação da última milha.
- 58. Já em 08.02.2018, a Caixa apresentou sua resposta[66], em que informou:
- 58.1. Que permite a participação de consórcios em suas licitações em alguns casos, mas sem especificar quais.
- 58.2. Que o impedimento à participação de consórcios em contratações de escopo nacional restringe a concorrência e impede a redução de custos.
- 58.3. Que, a partir de 2013, passou a realizar contratações de serviços de dados em um modelo de lotes regionais, uma vez que identificou que havia um grande número de provedores regionais, o que proporcionou uma significativa redução de custos.
- 58.4. Que não tinha conhecimento suficiente para afirmar se as Representadas poderiam atender individualmente um contrato de SCM em âmbito nacional.
- 59. Em 22.02.2018 e 27.02.2018, as Representadas protocolaram petições[67] por meio das quais se manifestaram acerca das respostas encaminhadas pelo BB, pela Caixa e pelos Correios. Em suma, sustentam que tais respostas são coerentes com os argumentos apresentados em suas defesas, corroborando-os.
- 60. Em 15.06.2018, a Telefônica apresentou nova manifestação [68] em que sustentou:
- 60.1. A formação do Consórcio para o Pregão da ECT gerou eficiências e foi necessária. Esse era o único meio de participar do certame visto que possui atuação significativa apenas no Estado de São Paulo.
- 60.2. Os pontos de acesso localização no estado de São Paulo representavam apenas 15% do objeto do contrato.
- 60.3. Mesmo a incorporação da rede da GVT à rede da Telefônica[69] representava uma cobertura adicional de [ACESSO RESTRITO À TELEFÔNICA].
- 60.4. Apresentou uma simulação onde estima que incorreria em um custo de [ACESSO RESTRITO À TELEFÔNICA] apenas para fornecer individualmente os pontos de acesso localizados fora do estado de São Paulo, valor superior ao do próprio contrato com a ECT, de cerca de R\$850.000.000,00.
- 60.5. A simulação ilustra a racionalidade por trás de sua política de [ACESSO RESTRITO À TELEFÔNICA].
- 60.6. A diferença de preço entre o valor ofertado no certame dos Correios e o valor fornecido à BT justifica-se pela necessidade de uso de mais elementos de rede para a prestação de serviço à BT, que teria apenas dois pontos concentradores em todo o estado de São Paulo.
- 60.7. As três empresas Representadas competem frequentemente entre si, como ocorreu na licitação promovida pela Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo (Prodam-SP), na qual a Telefônica competiu com a Claro (Embratel) e perdeu. Neste caso, a área comercial de atacado da Telefônica foi contratada pela Embratel para o fornecimento de conexão de última milha.
- 60.8. A Telefônica também sofre significativa pressão competitiva de empresas menores que prestam serviço de forma local (como Copel, Cemig, Level3 e Eletronet), bem como de agentes chamados *carriers* (como BR Fibra, Ascenty, America Net e Vogel), empresas também menores sujeitas à regulação simplificada da Anatel e que atuam oferecendo rede a outros agentes, sem atender clientes finais. Estas empresas poderiam ser contratadas pela BT.
- 60.9. As multas por eventuais falhas na prestação do serviço à ECT seriam aplicadas de forma proporcional à participação de cada empresa no Consórcio, mitigando o risco. Ou seja, a Telefônica seria responsável por falhas apenas na sua própria área de atuação.

- 61. Em 16/06/2018, a Claro apresentou novos esclarecimentos [70] que são sumarizados a seguir.
- 61.1. A decisão de participação da Claro no pregão da ECT via consórcio não se baseou, à época, em estudo econômico ou dados quantitativos, mas no contexto fático que cercava esse projeto: a avaliação da infraestrutura que a Claro detinha, os riscos e investimentos associados ao projeto e a experiência anterior da Claro como prestadora de serviços à ECT (era a incumbente do contrato antes da BT vencer o pregão de 2010).
- 61.2. Seguindo a praxe usual da empresa, a decisão de seu Conselho de Administração foi tomada à luz da apresentação feita pela funcionária Maria Teresa (Diretora Executiva da Claro para as regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste). A experiência dos membros do Conselho e seu conhecimento do mercado e da própria empresa são suficientes para a conclusão sobre a ação, ainda que não sejam realizados estudos específicos e detalhados sobre o tema.
- 61.3. Para demonstrar à SG a racionalidade da decisão tomada, apresentou estudo econômico elaborado pela LCA Soluções Estratégicas em Economia[71] que reconstruiu os cenários aplicáveis ao contexto da época para demonstrar quantitativamente as eficiências que justificaram tal decisão.
- 61.4. Reiterou que as eficiências do consórcio estão relacionadas, em linhas gerais, à complementariedade geográfica e técnica das empresas do Consórcio, inclusive para minimizar os elevados riscos contratuais relativos a sanções.
- 61.5. Em relação ao aspecto geográfico, a dispersão das agências da ECT por todo território nacional justificava a atuação consorciada para uma otimização a partir da distribuição dos pontos de rede a serem atendidos conforme as principais áreas de atuação e a disponibilidade da rede terrestre de cada empresa consorciada.
- 61.6. Em relação ao aspecto técnico, como cada uma das empresas não é capaz de atender integralmente à demanda dos Correios de forma individual, a atuação em consórcio possibilitou que o serviço a ser prestado aos Correios fosse mais eficiente, permitindo economias (i) em relação aos investimentos necessários para a expansão da infraestrutura exigida pelo edital; e (ii) à contratação de terceiros.
- 61.7. Nos três cenários considerados no estudo econômico, verificou-se que a participação individual da Claro no Pregão da ECT não era economicamente razoável, além de implicar no uso expressivo de subcontratações com terceiros, o que impunha elevado risco na execução e cumprimento de obrigações do contrato.
- 61.8. Mesmo sem embutir taxa de lucro, hipotéticos lances individuais da Claro seriam superiores aos feitos por meio de consórcio (que já inclui uma taxa de lucro) e ao valor máximo definido pelo edital do Pregão da ECT (valor de referência). Os valores alcançados nos cenários 1, 2 e 3 superam, respectivamente, em cerca de [ACESSO RESTRITO À CLARO] o valor de referência do edital e em cerca de [ACESSO RESTRITO À CLARO] o valor do lance do consórcio homologado.
- 61.9. Reiterou que a formação de consórcio não é prática frequente, ocorrendo apenas em projetos que envolvam redes grandes e complexas, com abrangência nacional, em localidades remotas e inviáveis técnica e economicamente, quando os custos e investimentos não se justificam.
- 61.10. Reiterou que a definição de mercado relevante geográfico adotada pela SG na Nota Técnica nº 33/2017 (nacional) está equivocada e impactará significativamente a análise sobre poder de mercado. O SCM envolve o mercado local e, portanto, uma análise em âmbito nacional acaba por desconsiderar as especificidades de cada mercado local, ignorando (i) o fato das Representadas não possuírem poder de mercado em todos os municípios e (ii) a presença de prestadores regionais e locais que exercem significativa pressão competitiva nas localidades onde atuam.
- 61.11. Reitera que a Anatel não considera que a Claro tenha Poder de Mercado Significativo no segmento de EILD Local.
- 61.12. Reitera que não ocorreu conduta de recusa de contratar. A BT encaminhou um pedido de cotação de serviços MPLS para a Claro em 19.10.2015 para 3.399 pontos. Diante do prazo exíguo concedido pela BT, a Claro enviou, em 30.10.2015, cotação do serviço Primelink para 3.215 pontos.
- 61.13. A BT não reclamou naquele momento ou posteriormente da cotação recebida e, até hoje, é cliente da Claro.
- 62. Em 17/07/2018, a BT peticionou novamente contrapondo-se aos argumentos apresentados pela Telefônica no mês anterior. Em suma:
- 62.1. Sustentou que impõe à Telefônica, como umas maiores empresas de telecomunicações do Brasil (especialmente após a compra da GVT), o dever de avaliar suas parcerias comerciais e integrar consórcios que sejam os menos restritivos à concorrência possível.
- 62.2. Citou trechos de guias publicados pelas autoridades concorrenciais da Irlanda e Dinamarca a respeito da formação de consórcios em licitações.
- 62.3. Reiterou que, mesmo em licitações promovidas pelo Banco do Brasil e pelo Ministério da Saúde, onde houve a divisão do objeto em lotes regionais, a Telefônica formou consórcios com a Oi e Claro/Embratel.
- 62.4. Argumentou que não teria fundamento a justificativa da Telefônica sobre os custos mais elevados decorrentes da potencial prestação de serviço por meio de MPLS, já que o fornecimento de MPLS independeria da distância dos pontos conectados.
- 63. Em 31/10/2018, a Telefônica apresentou nova manifestação[72] por meio da qual, em suma, (i) explicou o processo interno de análise e elaboração de propostas comerciais pela sua área de venda dedicada e (ii) destacou que a BT solicitou cotação em data muito próxima ao Pregão dos Correios, o que impediu tanto uma negociação do preço quanto um maior detalhamento do objeto da proposta, ambos comuns em tratativas neste tipo. Pontuou, ainda, que [ACESSO RESTRITO À TELEFÔNICA].

# 2.4 Das Novas Alegações

64. Em 02/02/2021, esta SG encerrou a fase instrutória do presente processo e notificou as representadas para que apresentassem novas alegações, por meio do Despacho SG Nova Alegações nº 1/2021 (SEI 0862335).

- As Representas apresentaram suas respectivas novas alegações tempestivamente, em 10/02/2021 (SEI 0865947 Claro, 0866206 Oi e 65. 0865985 Telefônica), em que reiteraram os argumentos trazidos aos autos até então.
- É o relatório.

#### ANÁLISE 3

#### 3.1 Aspectos gerais das condutas investigadas

- O presente Processo Administrativo investiga supostas infrações à Ordem Econômica praticadas por Claro, Oi e Telefônica. Estas empresas atuaram de forma consorciada em licitações públicas que tiveram como objeto a prestação de serviço de comunicação de dados (especialmente por meio de circuitos MPLS) a órgãos e empresas da Administração Pública Federal. Tal serviço, conforme será detalhado oportunamente, é comumente referenciado como Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). Segundo a Representante BT, as Representadas, associadas por meio de consórcios, reduzem a competição entre si e prejudicam a atuação dos outros participantes do mercado. Para dificultar a participação de outras empresas nos certames e beneficiar as participantes do grupo, as Representadas ainda adotariam práticas de discriminação e recusa de contratar.
- Especificamente com relação ao Pregão nº 144 promovido pelos Correios em 2015, principal foco da denúncia da BT e da investigação conduzida pela SG, as Representadas teriam dificultado o provimento de acesso à infraestrutura necessária para composição da proposta da BT, que disputava o mesmo objeto diretamente com o Consórcio Rede Correios. Em síntese, cada empresa teria individualmente praticado as condutas de discriminação de preço e/ou recusa de contratar, condutas que visariam impor ineficiências à BT, concorrente direto do Consórcio naquela licitação.
- A presente Nota Técnica reporta-se a análises emanadas e informações colhidas ainda em fase de Inquérito Administrativo e aquelas obtidas após a instauração do Processo Administrativo para fins de subsidiar seu posicionamento, nos termos do artigo 69 da Lei nº 12.529/2011.
- Para tanto, o documento estrutura-se a partir de uma contextualização com informações úteis ao entendimento das especificidades do caso (seção 3.2), seguida de considerações sobre os mercados relevantes relacionados à investigação (seção 3.3), e de uma análise do poder de mercado das Representadas (seção 3.4). Após essas etapas, proceder-se-á ao detalhamento das condutas, com a análise das evidências colhidas ao longo do processo e o devido posicionamento desta SG (seção 3.5).
- 71. Por fim, serão apresentadas as considerações finais da análise, bem como as penalidades e recomendações cabíveis.

#### 3.2 Contextualização

#### 3.2.1 Considerações iniciais

Com o intuito de melhor compreender as implicações concorrenciais relacionadas ao caso, apresentam-se alguns apontamentos introdutórios afeitos ao setor de telecomunicações no Brasil (seção 3.2.2) e especificamente sobre o serviço de comunicação multimídia (seção 3.2.3) e serviço MPLS (seção 3.2.4). Em seguida, serão explorados os principais aspectos do provimento de SCM. E, por fim, serão apresentadas informações relativas ao Pregão nº 144/2015 dos Correios (seção 3.2.6), principal certame em torno do qual as condutas anticompetitivas se materializaram.

#### 3.2.2 O setor de telecomunicações

- É oportuno apresentar algumas características do setor de telecomunicações para subsidiar o entendimento do objeto e o contexto do presente processo administrativo. A presente seção vale-se majoritariamente das considerações acerca do mercado de telecomunicação apresentadas na Análise do Ato de Concentração nº 08700.009731/2014-49, adaptadas às particularidades do objeto deste processo.[73]
- 74. De maneira ampla, telecomunicação pode ser definida como a comunicação elétrica de voz, imagens ou dados à distância. Com o desenvolvimento da tecnologia, surgiram distintos serviços e produtos. As ofertas dos vários serviços aos usuários finais compõem o chamado mercado de varejo, [74] dentre os quais, destacam-se:
  - 1 -O Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), que abrange a telefonia fixa;
  - 11 -O Servico Móvel Pessoal (SMP), que abrange a telefonia celular e servicos conexos, como SMS e internet móvel;
  - III -O Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), que abrange a televisão por assinatura;
  - O Serviço de Comunicação Multimídia (SCM), que abrange a transferência de dados por satélite, internet banda larga e IV redes, entre outras comunicações multimídia. [75]
- 75. Cada serviço de telecomunicação utiliza uma infraestrutura física (cabos, fibras ópticas, distribuidores primários e secundários de conexões elétricas e óticas, prédios, armários remotos, postes, dutos, condutos, caixas de passagem, torres, entre outras) associada a "soluções de tecnologia" (Ethernet, ISDN, Frame Relay, X.25, DSL, FDDI, entre outras) que, em síntese, estabelecem o padrão técnico para a operação dos recursos em uma rede. É por meio destas tecnologias que se estabelece a "linguagem comum" entre os diversos elementos da rede, determinando a forma de utilização de infraestrutura e viabilizando a comunicação. Assim, cada serviço vale-se de tecnologias específicas que demandam diferentemente a infraestrutura de suporte à prestação do serviço.
- Ocorre que, em geral, as empresas de telecomunicação não possuem uma rede capaz de conectar todos os pontos em distintos lugares dentro e fora do país. Portanto, a fim de viabilizar conectividade entre um ponto e outro, é usual o compartilhamento das redes de diferentes empresas de telecomunicações. A negociação para compartilhamento de componentes da infraestrutura pelos prestadores de serviços de telecomunicação se dá no chamado mercado de atacado. [76]
- 77. É no mercado de atacado que as prestadoras acordam a utilização conjunta dos elementos de rede, das interconexões, das redes de acesso fixo, móvel e de transporte, dos equipamentos e outros insumos necessários à prestação de serviços de telecomunicações. Assim, as

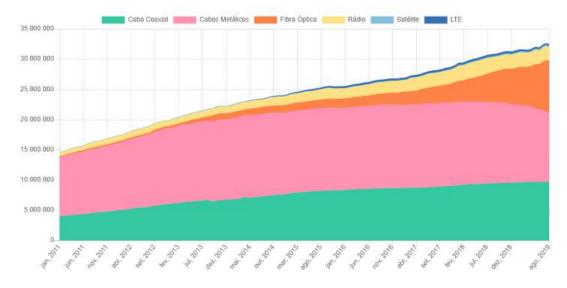
operadoras não só competem entre si, mas, por características inerentes ao mercado, também cooperam entre si com regularidade para fornecer seus serviços por meio do estabelecimento de interconexão entre suas redes e do compartilhamento recíproco de infraestrutura.

- 78. Esse arranjo é foco de importante preocupação para autoridades regulatórias e antitruste. De fato, o setor de telecomunicações apresenta muitas características concorrenciais semelhantes a outros setores de infraestrutura tendentes à formação de monopólios naturais, caracterizando-se como uma indústria que demanda aplicação intensiva de capital, com altos custos fixos irrecuperáveis, baixos custos marginais e ocorrência de significativas economias de escala e escopo. Ademais, é usual que uma empresa tenha atuação concomitante no atacado e no varejo, levando à integração vertical.
- 79. Estas características podem criar incentivos para a adoção de comportamentos anticompetitivos com potencial de fechamento de mercado por meio de imposição de dificuldade aos rivais justamente no compartilhamento de infraestrutura.
- 80. Acrescenta-se a esse cenário o dinamismo inerente ao avanço das tecnologias, que resta por dificultar a implementação de uma regulação atual e efetiva. Isso impõe às autoridades regulatórias, e também antitruste, um acompanhamento atento às eventuais zonas de sombra da regulação decorrentes da própria evolução do setor.
- 81. Durante a década de 1990, o setor sofreu um processo de transformação no qual os serviços de telecomunicações passaram de um regime de prestação por empresas públicas estatais para um regime de prestação por empresas privadas. Naquela época, o STFC era o serviço com maior abrangência nacional, valendo-se principalmente de redes de cabeamento metálico para estabelecer a conectividade em uma rede pública. Assim, as empresas privadas que venceram os leilões de privatização, chamadas empresas legatárias, passaram a administrar as redes herdadas do antigo sistema de prestação direta.
- 82. A Lei Geral de Telecomunicações (LGT),[77] marco regulatório primordial da mudança de regime, visando estimular a competição, impôs aos agentes legatários da rede de STFC o dever de disponibilizar elementos de sua rede para que outras prestadoras pudessem atuar no mercado de varejo, conforme definido no artigo transcrito abaixo:

"Art.155 Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicação de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicação de interesse coletivo."

- 83. Com isso, buscou-se garantir a viabilidade da entrada de novas empresas e compensar a substancial vantagem competitiva que as empresas legatárias teriam por herdar as redes de cabeamento metálico preexistentes. Depreende-se, portanto, que o controle sobre a infraestrutura representa importante assimetria competitiva entre empresas atuantes em serviços de telecomunicação. Como o acesso à infraestrutura é essencial para o desenvolvimento e atuação das entrantes, é possível observar uma estrutura de incentivos para a adoção de comportamentos discriminatórios capazes de cercear o acesso à infraestrutura pelos rivais.
- 84. A despeito da evolução regulatória e dos vultosos investimentos realizados desde a abertura do mercado, o setor de telecomunicações brasileiro ainda é caracterizado por forte concentração em torno de quatro grupos empresariais Claro, Vivo, Oi e TIM, que atuam de forma convergente e verticalizada, prestando diversos serviços de telecomunicações, e que controlam parte relevante da infraestrutura necessária à prestação de quaisquer serviços de telecomunicações.
- 85. Embora as Representadas argumentem que, nas últimas décadas, as prestadoras tenham investido no desenvolvimento de novas tecnologias e plataformas para a prestação desses serviços, tais como radiodifusão (redes 3G e 4G), *Wimax*, rede de serviço a cabo, rede elétrica local, ou mesmo a fibra ótica ou cabo coaxial, e que o surgimento de novas tecnologias reduziu a dependência sobre o cabeamento metálico e promoveu a ampliação da oferta dos serviços de telecomunicação e a construção de novas redes (o que é controverso, como se verá adiante); fato é que, em qualquer cenário de prestação de serviço de telecomunicações, as Representadas concentram parte significativa do mercado. No STFC, a participação de mercado detida por Claro, Oi e Vivo supera 90%[78]. No SMP, as três empresas detêm aproximadamente 73% do mercado[79]. No SeAC, essa concentração alcança 67,5%, sendo que somente o grupo Claro detém quase 50% dos acessos. No SCM, que será abordado em maiores detalhes na próxima seção e ao longo desta Nota, as operadoras Claro, Vivo e Oi respondem atualmente por cerca de 70% dos acessos[80].
- 86. Quanto às novas tecnologias que teriam reduzido a dependência das operadoras em relação aos cabos metálicos, vale antecipar o gráfico abaixo, que será explorado com maior profundidade na seção 3.4 (Análise de Poder de Mercado e Incentivos). Como se pode observar, é evidente a elevada dependência da oferta de SCM por tecnologias confinadas (e legadas), como cabos metálicos e cabos coaxiais, especialmente quando se considera o momento em que ocorreram as condutas em tela.

Gráfico 1 – Evolução no Número de Acessos SCM por Tecnologia[81].



Fonte: Anatel[82].

87. Por fim, embora tenha ocorrido, nos últimos, anos a entrada de diversas prestadoras no mercado de SCM - conforme argumentado pelas Representadas -, constata-se que a maioria destas prestadoras (as denominadas "competitivas[83]") atende ao mercado residencial e a pequenas e médias empresas. Apesar de existirem prestadoras com foco maior no mercado corporativo ou no mercado de atacado de transporte e redes metropolitanas, essas operadoras são bastante pulverizadas, pouco capilarizadas e de pequeno porte, o que as torna uma alternativa pouco factível para uma contratação de grande vulto no atacado, como é o caso em análise.

Para ilustrar, embora atualmente as mais de 4 mil operadoras competitivas representem apenas cerca de 30% do mercado de SCM, à época da presente controvérsia a representatividade dessas prestadoras era ainda menos relevante – cerca de 12%. Entre as prestadoras competitivas que reportaram acessos à Anatel em dezembro de 2017, somente dez possuíam mais de 50 mil acessos de banda larga fixa[84]. A título de comparação, no mesmo ano, a Claro possuía 8,8 milhões de acessos, a Vivo 7,5 milhões e a Oi 6,3 milhões[85]. Tais dados corroboram o entendimento de que os novos entrantes, bastante pulverizados e pouco capilarizados, têm pouca capacidade de gerar pressão competitiva relevante sobre as Representadas, seja no mercado de SCM varejo/corporativo seja como fornecedores de infraestrutura no atacado.

### 3.2.3 O Serviço de Comunicação Multimídia

89. O SCM é primariamente um serviço de telecomunicações utilizado para o provimento de internet banda larga, definido pela Anatel como

"um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo, prestado em âmbito nacional e internacional, no regime privado, que possibilita a oferta de capacidade de transmissão, emissão e recepção de informações multimídia, permitindo inclusive o provimento de conexão à internet, utilizando quaisquer meios, a Assinantes dentro de uma Área de Prestação de Serviço." [86]

90. A Figura 2 abaixo representa graficamente a cadeia produtiva do SCM provido por meio de redes físicas, indicando a relação entre as redes de transmissão de dados (a montante) e a oferta do SCM no varejo (a jusante), bem como a relação entre as redes de longa distância e de acesso local. No varejo, há uma distinção entre o SCM compartilhado (residencial) e corporativo (dedicado) que será oportunamente abordado mais à frente.

VAREJO ATACADO TRANSPORTE ACESSO INFRAE STRUTURA PAS SIVA REDE FIXA DE REDE DE ACESSO SCM TRANSPORTE COMPARTILHADO (LOCAL) REDE FIXA DE TRANSPORTE (LONGA DIST.) SCM REDE FIXA DE TRANSPORTE DEDICADO

Figura 2- Ilustração da cadeia produtiva de SCM

Fonte: Análise dos Mercados Relevantes – PGMC – Anatel, p. 8[87]

- No elo a montante, também considerado como de "atacado", valendo-se do conceito de hierarquia de redes, existem dois níveis 91. básicos: redes de transporte e redes de acesso. O nível de transporte refere-se a estruturas de rede de alta capacidade e que cobrem distâncias maiores, tipicamente uma EILD (Exploração Industrial de Linha Dedicada), que será analisada em maiores detalhes adiante. Já o nível de acesso refere-se a estruturas de menor capacidade e com maior capilaridade que chegam até o ponto onde se encontra o usuário. Ambos os níveis pressupõem também a utilização da infraestrutura passiva de redes necessária à transmissão de dados.
- Em um processo de telecomunicação, o emissor envia dados a partir de um ponto de acesso (origem) por meio de uma rede de acesso. Esses dados são agrupados aos dados de outros emissores compondo o tráfego de alta capacidade em uma via de transporte. Em sequência, os dados transportados ingressam novamente em uma rede de acesso para, finalmente, chegar ao seu destinatário através do ponto de acesso de destino.[88]
- No nível de acesso, a etapa que conecta o ponto de terminação até o ponto agrupador de tráfego possui especial relevância para a presente análise e recebe o nome de rede de última milha. Como antecipado, estas são indispensáveis à oferta varejista de servico de telefonia fixa e de telecomunicação de dados (SCM) e podem ser consideradas, segundo a Anatel, uma essential facility.[89] A questão da essencialidade das redes de acesso e transporte detidas pelas Representadas será analisada em maior profundidade ao longo da presente Nota Técnica.
- De acordo com o PGMC (Plano Geral de Metas de Competição) da Anatel, e conforme pode ser observado na Figura 2, o mercado de oferta varejista de SCM residencial (ou compartilhado) está a jusante dos mercados de rede fixa de acesso e rede fixa de transporte. Já o mercado de SCM corporativo (ou dedicado) está diretamente a jusante do mercado de rede fixa de transporte. Portanto, operadoras que pretendam atuar na oferta varejista de SCM devem ter acesso a essas redes de transmissão de dados.
- É exatamente esse debate relativo ao acesso às infraestruturas básicas para a prestação de serviço de internet banda larga que ocorre no âmbito deste processo. Aqui se investiga (i) um suposto cerceamento de acesso à infraestrutura de rede terrestre (atacado a montante) que constrangeria a oferta do SCM (varejo a jusante) e (ii) uma suposta atuação concertada entre concorrentes (sob a forma de consórcio) em licitações em prejuízo à manutenção de um ambiente competitivo no mercado de provimento de SCM.
- 96. Conforme será detalhado ao longo desta Nota Técnica, a BT alega possuir dificuldades para competir com o consórcio formado por Claro, Oi e Telefônica devido a estratégias deliberadamente adotadas por estas prestadoras na contratação de insumos essenciais no atacado para oferta do serviço final (SCM) pela BT, que com elas concorria diretamente. Tais estratégias seriam a recusa de contratar e a discriminação imotivada de condições de contratação (discriminação de preço, no caso).
- Segundo a BT, o potencial dano dessa prática seria agravado pela reiterada opção das Representadas em participar de maneira consorciada em outras licitações para o provimento de SCM, prejudicando não somente a BT, mas o desenvolvimento do mercado como um todo.
- 98 As práticas trazidas à baila pela denúncia são capazes de concretizar o arranjo potencialmente anticompetitivo descrito, pois a BT é concorrente direta das Representadas no âmbito da disputa pela oferta do serviço final de SCM e, ao mesmo tempo, é demandante da infraestrutura de rede destas mesmas empresas.
- Por isso, entende-se que o compartilhamento da infraestrutura de rede é fundamental para a promoção da concorrência e desenvolvimento do mercado de SCM, visto que, frequentemente, há limites físicos para a expansão das redes de acesso local, que não são duplicáveis.

#### 3.2.4 O Serviço de MPLS (Multi-Protocol Label Switching)

- 100. Conforme mencionado, a EILD refere-se a estruturas de rede de alta capacidade que cobrem longas distâncias. Trata-se da criação de redes determinísticas por meio da oferta de circuitos dedicados, especializados e exclusivos, ponto a ponto, transmitindo sinais digitais entre enderecos preestabelecidos. Em outras palavras, consiste em uma linha de transmissão de dados dedicada que pode ser ofertada por uma prestadora de serviços de telecomunicações para outra prestadora. A oferta de EILD é regulada por legislação específica da Anatel.
- 101. Por sua vez, o MPLS consiste em uma solução que pode ser aplicada em qualquer protocolo da camada de rede, e que utiliza a comutação por rótulos (label switching) como método para o encaminhamento dos pacotes. O MPLS surgiu como uma metodologia para tratamento do tráfego na rede, que promove um aceleramento do transporte de pacotes em roteadores. Essa tecnologia baseia-se na multiplexação estatística, associada a uma garantia mínima de tráfego, onde diferentes canais de comunicação compartilham os recursos físicos e a capacidade de transmissão, ocupando-os dinamicamente em função da demanda.
- A aplicação do MPLS para engenharia de tráfego tem como propósito criar condições para a operação de uma rede com eficiência e confiabilidade, ao utilizar de forma otimizada os recursos de rede para garantir padrões de performance. Tais propósitos são alcançados por meio da correta distribuição de tráfego pela rede, considerando as características e o grau de utilização dos links, preferencialmente com a reserva prévia de largura de faixa ao longo da rede[90].
- O MPLS também atua como solução para interligar redes de tecnologias distintas e permitir a implementação de Qualidade de Serviço (QoS). O QoS serve para mensurar a qualidade dos serviços oferecidos por uma rede de comunicações, ou seja, para refletir o quanto ela é capaz de atender às expectativas de seus usuários através dos serviços que oferece. Esse conceito, inicialmente focado na rede, evoluiu para uma noção mais ampla, contemplando as múltiplas camadas da interação usuário-sistema. Por meio de uma gestão de tráfego mais eficaz, as redes que utilizam MPLS asseguram que a transmissão de determinados dados seja mais eficiente, eliminando perdas ou atrasos, e possibilitando, assim, melhor utilização dos recursos.
- Além disso, o MPLS é uma alternativa para se prover Redes Privadas Virtuais (VPN). Utilizando-se uma técnica conhecida como "tunelamento", os pacotes são transmitidos através da rede pública em um túnel privado que simula uma conexão ponto a ponto. As VPNs permitem estender as redes corporativas de uma empresa a pontos distantes, porém, ao invés de utilizar várias linhas dedicadas - como as EILDs para interconexão entre os diferentes pontos, o que onera sobremaneira o custo da rede, uma VPN baseada em MPLS utiliza os serviços das redes IP, que podem ser compartilhadas por diferentes serviços/usuários.[91]
- De acordo com a argumentação da Claro, para o MPLS, a EILD é um possível insumo, mas não o único. E, conforme argumenta o Parecer LCA[92], além da EILD, há grande variedade de tecnologias de acesso e transporte que também comportam esse protocolo. Para o acesso

(última milha) é possível utilizar ADSL, Internet a Cabo, Fibra Ótica, 3G, 4G, Satélite, *Wimax*, entre outros; e, para o transporte (*backhaul*), é possível utilizar as tecnologias satelital e terrestre (incluindo radiodifusão). Entretanto, como será analisado em maiores detalhes em seção posterior, não são todas as tecnologias citadas que podem ser consideradas substitutas para o presente caso. Considerando as tecnologias adequadas, as Representadas respondem por parcela bastante elevada do mercado e, ainda que se leve em conta as demais tecnologias, a situação de dominância é a mesma, como se verá ao longo da presente Nota Técnica.

- 106. Do exposto, depreende-se que o protocolo MPLS não representa, de fato, uma infraestrutura de acesso, tampouco de transporte, conforme argumentado no Parecer LCA, apresentado pelas Representadas. Contudo, conforme também reconhece o mesmo parecer, "Apesar de MPLS fazer referência a um protocolo, é comum o uso comercial da sigla para a oferta de serviços com soluções para conectividade".
- 107. Com efeito, todas as Representadas, bem como outras prestadoras de telecomunicações, possuem oferta do "produto" MPLS para clientes corporativos e operadoras, que nada mais é que uma solução de conectividade alternativa à contratação de EILDs, a depender da demanda do cliente. Enquanto a EILD é uma solução mais adequada quando se busca uma conexão permanente entre dois pontos, para a transmissão de um grande volume de dados, de forma exclusiva, ou seja, sem compartilhamento com outras empresas ou usuários; o "produto" MPLS é considerado mais flexível e mais conveniente para atender a um maior número de usuários e aplicações. É utilizado para convergência de redes, integração de aplicações de mídia em uma única infraestrutura, além de interligar diversos pontos em uma única rede[93].
- 108. As figuras abaixo demonstram como ocorre a divulgação e a oferta, pelas Representadas, do produto MPLS como solução de conectividade. Note-se que, como será abordado em maiores detalhes à frente, Vivo e Claro destacam a abrangência nacional do serviço prestado, e que a Claro informa que "A distância entre os pontos da VPN ou sua configuração (topologia) não provocam impacto no custo total, garantindo, assim, o melhor custo e benefício na solução de formação de redes".



Figura 3- MPLS Telefônica/Vivo

Fonte: https://www.vivo.com.br/atacado/rede-de-dados/vpn-ip-mpls. Acesso em 21/11/2019.

Figura 4 - MPLS Embratel (grupo Claro)



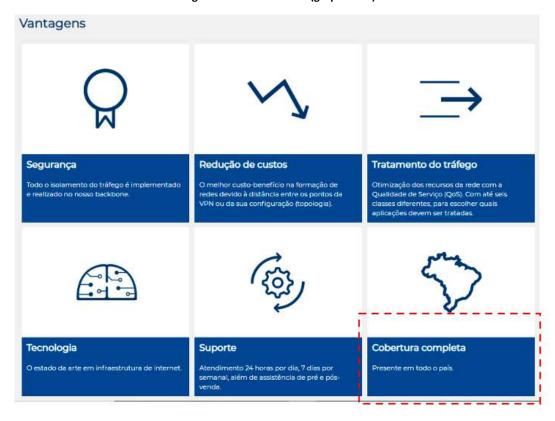
http://claro.homolog-1.superaremedia.com.br/embratel/conectividade/dados/rede-unica-dados-mpls/. Acesso em 21/11/2019. Fonte:

Figura 5 - MPLS Embratel (grupo Claro)



Fonte: https://www.embratel.com.br/conectividade/rede-unica-de-dados-mpls. Acesso em 21/11/2019.

Figura 6 - MPLS Embratel (grupo Claro)



Fonte: https://www.embratel.com.br/conectividade/rede-unica-de-dados-mpls. Acesso em 21/11/2019.

Figura 7 - MPLS Oi



Fonte: https://www.oi.com.br/grandes-empresas/dados/vpn-vip/. Acesso em 21/11/2019.

<sup>109.</sup> Por fim, destaque-se que, embora o MPLS não seja objeto de regulação específica da Anatel que defina preço de referência, a oferta do produto sujeita-se aos princípios gerais da LGT e ao ordenamento antitruste. Nesse sentido, ainda que não haja obrigação regulatória de oferta do MPLS para outras operadoras, o fornecimento desse produto ao mercado deve acontecer de forma isonômica e não discriminatória. Portanto, cabe ao CADE avaliar a ocorrência de eventuais condutas anticompetitivas praticadas pelas Representadas na oferta dessa solução para a BT, bem

como os possíveis efeitos anticoncorrenciais da constituição do Consórcio para o atendimento da licitação dos Correios (ou outros certames) por meio da mesma solução.

### 3.2.5 Provimento de SCM

- 110. Segundo denunciado, as Representadas, por meio de um consórcio, e valendo-se do controle da rede de acesso terrestre local, buscaram imputar ineficiências à concorrente direta BT, no âmbito do Pregão nº 144/2015 promovido pelos Correios (doravante "Pregão dos Correios" ou "Pregão") cujo objeto consistia, precipuamente, na contratação de SCM (por meio de circuitos MPLS) para a interligação de todos os seus pontos de atendimento no território brasileiro por meio de uma rede de transmissão de dados.
- 111. A conduta ocorreu no contexto em que a BT solicitou, individualmente a cada Representada, orçamento para fornecimento de circuitos para acesso local. Os orçamentos recebidos continham preços excessivos ou não foram fornecidos, o que elevaria os custos da Representante na consolidação de uma proposta adequada às demandas de conexões exigidas pelo edital do Pregão.
- 112. Neste contexto, a BT informou[94] que existem duas formas principais para a contratação do acesso local pelas empresas ofertantes de serviços de SCM que não disponham de infraestrutura própria:
  - I Contratação de acessos por meio de Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILD);
  - II Contratação de acessos por meio da tecnologia Multiprotocol Label Switching (MPLS).
- 113. Como já mencionado, a EILD é a modalidade em que uma prestadora de serviços de telecomunicações fornece uma linha dedicada para transmissão de dados a outra prestadora. Ou seja, é uma <u>infraestrutura física</u>.
- 114. Por sua vez, o MPLS é uma solução tecnológica para interligar redes com tecnologias distintas, e se baseia na multiplexação estatística, onde diferentes canais de comunicação compartilham os recursos físicos e a capacidade de transmissão, ocupando-os dinamicamente em função da demanda. Como visto, embora seja uma tecnologia para a utilização de uma rede de acesso, o termo "MPLS" também é utilizado para designar um produto ofertado pelas operadoras de telecomunicações para prover conectividade entre diferentes pontos de uma rede, de forma dinâmica.
- 115. Nesse caso, não há regulação específica da Anatel para a oferta de MPLS, já que este não é considerado um insumo essencial para a prestação de serviços de telecomunicações. Por outro lado, a oferta do produto está sujeita aos princípios gerais da LGT e ao ordenamento antitruste.
- 116. O MPLS, portanto, é um produto distinto da EILD e ofertado em livre mercado. De todo modo, conforme discutido anteriormente, o principal insumo utilizado para a oferta de conectividade MPLS, especialmente para análise do caso em tela, é a infraestrutura de EILD.
- 117. As duas figuras abaixo ilustram como se daria o uso dos dois produtos (EILD e MPLS) pela BT visando ao fornecimento de SCM. A EILD consiste no acesso terrestre ilustrado nas figuras.

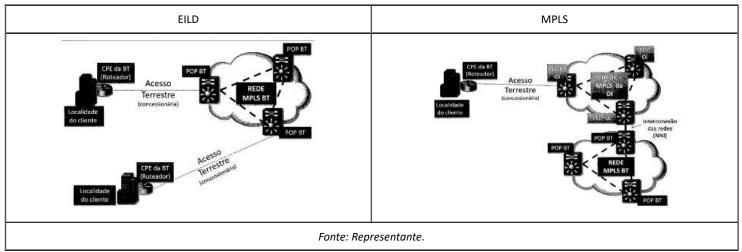


Figura 8 - Redes EILD e MPLS

- 118. No caso específico das condutas de discriminação e recusa tratadas neste processo, debate-se a rede que seria constituída pela BT para atender à demanda dos Correios, rede que dependeria de circuitos das Representadas.
- 119. Segundo alega a BT, na contratação do MPLS, o custo da rede de acesso local deveria ser igual, seja quando demandado por um cliente final (varejo) ou por uma outra empresa de telecomunicações (atacado). Assim, por exemplo, em situações em que a BT solicita uma rede em MPLS da Oi no atacado para implementar uma dada rede corporativa, o custo para o provimento do acesso à BT deveria ser compatível ao custo para o provimento do acesso local que incorreria a própria Oi, caso decidisse ofertar a mesma rede no mercado de varejo.[95]
- 120. A BT denuncia que esta situação não ocorreu, e que houve significativa discrepância entre o preço de provimento de acesso de rede por meio da tecnologia MPLS orçado pelas Representadas à BT e o preço ofertado pelas mesmas no âmbito do Consórcio Rede Correios. E que, ainda, ocorreu recusa de contratar ou discriminação por parte das Representadas no a acesso à infraestrutura das mesmas. Tais fatos teriam ocorrido no âmbito do Pregão que será detalhado a seguir.

- 121. Alega a BT que a coordenação das Representadas se materializou na formação de consórcio entre concorrentes efetivos, com potenciais vantagens comuns resultantes da supressão da livre concorrência entre si, e da redução da pressão competitiva dos demais participantes do mercado de SCM. As condutas individuais anticompetitivas de discriminação e recusa seriam mais eficientes em decorrência desta associação.
- 122. A Representante informou fatos relacionados ao Pregão, indicando as condutas anticoncorrenciais unilaterais (discriminação e recusa) ocorridas quando solicitou orçamento às Representadas para compor proposta a ser oferecida naquele Pregão, do qual o consórcio formado por elas também participaria.
- 123. A seção seguinte detalha o objeto do referido certame e apresenta um histórico dos principais fatos que repercutem no objeto da denúncia.

### 3.2.6 Do objeto do Pregão nº 144/2015

- 124. O objeto do Pregão foi a contratação de serviços de telecomunicações para interligar agências dos Correios em diversas localidades do país, pelo período de 5 anos.
- 125. Conforme detalhado no Quadro 1 abaixo, o objeto do edital é composto por cinco itens, dos quais o SCM constitui a parte mais significativa do contrato, como indicam os valores de referência informados no próprio edital.

Quadro 1- Objeto do Edital do Pregão dos Correios nº 144/2015

| ITEM   | DESCRIÇÃO  | UM*    | QTE     | VALOR MÁXIMO ACEITO<br>PARA O ITEM (R\$) | %<br>VALOR<br>TOTAL |
|--------|--|--------|---------|--|---------------------|
| 1      | Serviços de<br>Comunicação<br>Multimídia (meses)           | UN     | 60      | 808.995.241,64                           | 95%                 |
| 2      | Serviços adicionais  | UN     | 831     | 4.467.971,94                             | 1%                  |
| 3      | Repasse de conhecimentos (turmas)                          | Т      | 10      | 974.288,36                               | 0%                  |
| 4      | Serviço de Distribuição<br>Multicast (meses)               | UN     | 60      | 8.926.366,57                             | 1%                  |
| 5      | Gerência de Redes de<br>Comunicação de Dados IP<br>(meses) | UN     | 60      | 29.020.503,22                            | 3%                  |
|        |  |        |         | 852.384.371,73                           | 100%                |
| * UM ( | (Unidade de Medida) = UN                                   | – unic | lade; H | – Hora; T – Turma                        |                     |

O serviço solicitado pelos Correios é delineado a partir da definição dos enlaces que conectam endereços específicos. Esses enlaces são agrupados por faixas de acordo com a taxa de transferência (comumente referida como "velocidade" ou "faixa") medida em quantidade de informação transferida por unidade de tempo (Mbps). Os enlaces se distinguem em função da tecnologia empregada (satélite/terrestre), bem como em razão da banda garantida para recebimento de dados (download) e envio de dados (upload). Por fim, é especificado o nível de serviço (QoS) para cada faixa. O nível de serviço constitui a definição das métricas a serem utilizadas entre a contratante e a empresa de telecomunicação para que haja acordo acerca do serviço prestado. A utilização desses parâmetros é usual no processo de contração de SCM.

127. O quadro abaixo detalha os enlaces demandados pelos Correios por faixa. As faixas solicitadas são T1 a T12 e T15 a T17, totalizando os 8.223 enlaces. Note que, de acordo com o edital, os enlaces das faixas T1, T2 e T3, que são a maioria (4.561 enlaces), podem ser ofertados por meio de conexão via satélite ou por via terrestre.

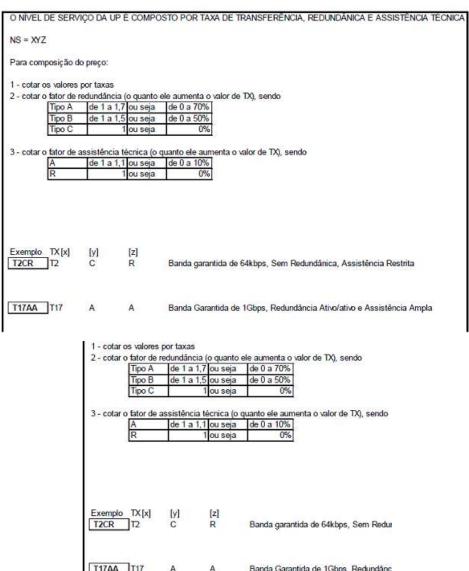
Quadro 2 - Especificação Técnica dos Enlaces - Pregão nº 144/2015 - Correios

|               | Tx Tran | sferência |         |     |         |  |
|---------------|---------|-----------|---------|-----|---------|--|
| Tecnologia    |         | Banda Gai | rantida | Tx  | Qtdade. |  |
|               | Porta   | Download  | Upload  | -   |         |  |
| SAT/TERRESTRE | 256     | 32        | 16      | T1  | 3.247   |  |
| SAT/TERRESTRE | 512     | 64        | 32      | Т2  | 1.142   |  |
| SAT/TERRESTRE | 1024    | 128       | 64      | Т3  | 172     |  |
| TERRESTRE     | 256     | 256       | 256     | T4  | 2.603   |  |
| TERRESTRE     | 512     | 512       | 512     | T5  | 682     |  |
| TERRESTRE     | 1024    | 1024      | 1024    | Т6  | 142     |  |
| TERRESTRE     | 2048    | 2048      | 2048    | Т7  | 97      |  |
| TERRESTRE     | 4096    | 4096      | 4096    | Т8  | 62      |  |
| TERRESTRE     | 8192    | 8192      | 8192    | Т9  | 35      |  |
| TERRESTRE     | 16000   | 16000     | 16000   | T10 | 21      |  |
| TERRESTRE     | 34000   | 34000     | 34000   | T11 | 11      |  |
| TERRESTRE     | 68000   | 68000     | 68000   | T12 | 5       |  |
| TERRESTRE     | 100000  | 100000    | 100000  | T13 | 0       |  |
| TERRESTRE     | 150000  | 150000    | 150000  | T14 | 0       |  |
| TERRESTRE     | 300000  | 300000    | 300000  | T15 | 1       |  |
| TERRESTRE     | 600000  | 600000    | 600000  | T16 | 2       |  |
| TERRESTRE     | 1000000 | 1000000   | 1000000 | T17 | 1       |  |

Fonte: Edital do Pregão nº 144/2015 dos Correios, p.17.

- 128. Como será detalhado adiante, durante o debate sobre a existência de condutas anticompetitivas de discriminação e recusa no âmbito deste processo, não há disputa relacionada ao provimento de acesso de infraestrutura para os enlaces de satélite. Isso se deve à capacidade da BT em prover esse tipo de terminação. Assim, *links* entre T1 e T3 não foram solicitados pela BT às Representadas. Desta forma, é forçoso destacar que o debate sobre as condutas unilaterais se dá majoritariamente em torno dos 3.662 enlaces exclusivamente terrestres agrupados nas categorias de T4 a T17. [96]
- 129. Entre os *links* exclusivamente terrestres, destacam-se as faixas T4 a T6 que representam 93% dos *links* terrestres orçados pela BT com as Representadas. Nota-se, portanto, que a alegada negativa de contratação e discriminação ocorrida no âmbito do Pregão ocorreu sobretudo em torno de enlaces com baixa capacidade.
- 130. O edital especificou cada *link* em função da localidade (Unidade Predial UP) e do nível de serviço esperado, que é composto pelas variáveis de taxa de transferência, tipo de redundância e tipo de assistência técnica. Para cada possível valor assumido por essas variáveis, o documento definiu fatores a serem aplicados na composição dos preços, conforme pode ser observado nas figuras abaixo, extraídas do edital.

Figura 9 – Níveis de Serviço da UP e Critérios para Composição dos Preços



Fonte: Edital do Pregão nº 144/2015 dos Correios, p.17.

Como se pode observar da figura acima, em termos de redundância, os links podem ser dos tipos A, B ou C, sendo o nível A o mais elevado (Ativo), e o nível C o menos crítico, que dispensa contingenciamento. Em relação à assistência técnica requerida, os enlaces podem ser do tipo R (assistência restrita), ou do tipo A (assistência ampla). É importante notar que, embora as Representadas ressaltem a complexidade e o elevado nível de serviço exigido pelos Correios, a análise da especificação dos links em função dos parâmetros mencionados indica que a maior parte deles requer somente assistência técnica restrita e dispensa contingência. Assim, dos 7518 circuitos com endereços identificados, 5097 (68%) requerem uma assistência técnica restrita e não necessitam contingência. Em contrapartida, apenas 75 circuitos demandam o maior nível de assistência e redundância (circuitos do tipo AA), e são justamente os enlaces de maior velocidade, cuja maioria está situada em capitais, ou seja, em localidades de mais fácil acesso e com maior capilaridade de rede.

Por fim, cabe registrar que, ao contrário do que afirmam reiteradamente as Representadas, a proposta aos Correios deveria, sim, considerar os preços por cada circuito fornecido, a depender da localidade da Unidade Predial, da velocidade, da criticidade e da assistência requerida, conforme se depreende das figuras acima, extraídas do "Anexo da Proposta Econômica – Planilha de cotação de preço – Serviço de Comunicação Multimídia (item 1) ". O fato de o critério de julgamento das propostas ser o de menor preço global não afasta a necessidade de se cotar os enlaces em função de suas características específicas - técnicas, de velocidade e de localidade. Logicamente, a proposta final é decorrente da composição de preços dos circuitos ofertados individualmente, segundo suas características comuns em termos de nível de serviço, como se depreende da fórmula acima apresentada (Valor Global Estimado).

### 3.2.6.1 Histórico de contratação dos Correios

- 133. Em 2010, a BT sagrou-se vencedora do Pregão nº 196, que resultou na celebração do contrato para prestação de SCM aos Correios pela empresa até 14.04.2016. Para prover o serviço, a BT contou com a subcontratação de acesso de redes das empresas Oi e Telefônica.
- 134. Em 2014, antecipando-se ao fim do contrato e visando à continuidade dos serviços, os Correios realizaram o Pregão nº 174/2014, com objeto similar ao do Pregão de 2010, mas com elevação do número de conexões terrestres. Novamente, a BT sagrou-se vencedora do certame, ficando responsável pela continuidade da prestação dos serviços aos Correios.
- 135. Entretanto, provocado por representação da empresa Claro, o Tribunal de Contas da União (TCU) suspendeu liminarmente o Pregão nº 174/2014. Em manifestação durante a fase de inquérito, as Representadas alegaram que o edital teria sido anulado após ação manifestadamente ilegal por parte da BT. Segundo a BT, o fato determinante para o pedido de anulação da fase competitiva do certame seria a redação problemática do edital na definição de critério para julgamento da proposta vencedora.[97] O TCU decidiu anular a fase de lances e facultar aos Correios a retomada da licitação a partir da fase anterior da disputa. De todo modo, por decisão dos Correios, o Pregão nº 174/2014 foi anulado. [98]
- 136. Em 2015, foi publicado novo edital sob o nº 144/2015 prevendo o critério de julgamento de menor preço global do lote e com a mesma elevação do número de conexões terrestres. A BT sustentou que o aumento das conexões terrestres demandadas pelos Correios tornou a empresa mais vulnerável a "estratégias discriminatórias" de outras empresas de telecomunicações, pois aumentou a dependência do acesso local terrestre (última milha) para composição da proposta.[99]
- 137. Naquela ocasião, a BT apresentou aos Correios pedido de impugnação aos termos do novo edital, questionando a admissibilidade de consórcios entre concorrentes diretos com significativo poder de mercado, visto que tal arranjo restringiria a concorrência.
- 138. A BT também protocolou representação junto ao TCU, apontando a existência de irregularidade na licitação em questão. Segundo depreende-se da leitura do processo TCU nº TC 029.420/2015-6, a irregularidade alegada residiria no fato de que os Correios não lograram êxito em demonstrar de maneira inequívoca que a permissão para a participação de consórcios seria mais vantajosa à Administração Pública e não ensejaria restrição à competitividade.[100]
- Com relação ao pedido de impugnação junto aos Correios, houve indeferimento sob o argumento de que, devido à complexidade e abrangência dos serviços a serem prestados, a permissão da participação de consórcios atuaria em benefício da competitividade, ampliando os limites de participação de interessados. Assim, empresas que atuam em parte do segmento do objeto, por exemplo, em apenas algumas regiões geográficas do país, poderiam se associar de modo a viabilizar a participação de empresas interessadas que, sozinhas, não disporiam das condições necessárias para realizar o objeto. Desse modo, foi dada continuidade ao pregão nos termos orginalmente propostos e a proposta vencedora foi a feita pela Claro em consórcio com a Oi e Telefônica. [101]
- 140. Já em relação à representação da BT junto ao TCU, o Tribunal decidiu pelo indeferimento da medida cautelar pleiteada e pela improcedência no mérito.[102] Na decisão proferida, foi feita uma comparação entre os preços finais da licitação nº 174/2014 (anulada) e da nº 144/2015. Nesse sentindo, foi argumentado que a comparação fática entre os pregões evidencia que não houve prejuízo à competitividade, já que, em ambos, apenas duas empresas ofertaram lances, e no Pregão nº 144/2015 foi alcançado um resultado econômico expressivamente positivo em relação aos valores de referência. Assim, não haveria que se falar em prejuízo à administração pública ante a evidência de economia gerada pelo novo processo licitatório.
- 141. Além da análise baseada na comparação entre as ofertas vencedoras dos certames de 2014 e 2015[103], a decisão também dissertou sobre aspectos concernentes à questão concorrencial:
  - (...) o consórcio pode não só constituir a principal modalidade de cartelização das atividades setoriais, como também objetivara constituição de um monopólio coletivo. Todavia, o artigo destaca que tal alerta deve ser compreendido sem qualquer preconceito. A um, porque os consórcios visam a disciplinar a recíproca concorrência dos empresários que deles participam. E a dois, porque nem todas as associações comerciais implicarão a construção de estruturas econômicas desviantes, violadoras da livre concorrência. " (TC 0.79 420/2015-6 n.8)
  - (...) seria reprovável a permissão à participação de empresas em consórcio como forma ardilosa de prejudicar a competição, favorecendo acordos entre potenciais concorrentes. Contudo, a representante não apontou indícios nesse sentido. É dizer que não foram juntadas evidências de que a autorização de formação de consórcios entre as interessadas pudesse trazer riscos à concorrência ou, mais notadamente, que acarretou prejuízos reais à competitividade no presente caso. Pelo contrário, do ponto de vista econômico, restou evidenciado que o pregão 144/2015 foi, de fato e efetivamente, vantajoso para a Administração. (TC 029.420/2015-6, p.9, grifo SG)
  - (...) eventuais vantagens provindas da conjugação e da potencialização recíproca de esforços e expertise de empresas reunidas em consórcio, até mesmo aquelas pertencentes a um mesmo setor econômico, podem resultar em outros efeitos positivos para a Administração, como o progresso tecnológico ou a melhor eficiência das empresas na execução do contrato." (TC 029.420/2015-6, p.10) [104]
- 142. Em decorrência da adjudicação do objeto ao Consórcio Rede Correios, em 13.01.2016, a BT ajuizou, perante a Justiça Federal, ação anulatória com pedido de antecipação dos efeitos da tutela em face das Representadas; sustentando, entre outros fatos, que a Embratel, empresa do grupo Claro, estaria impedida de contratar com a Administração Pública e que tal proibição deveria estender-se a todo o grupo econômico

Claro/Embratel. Tal alegação já havia sido apresentada pela BT aos Correios e indeferida sob o argumento de que o impedimento da Embratel se limitava à esfera estadual. [105]

- Em 23.05.2016, a Justiça Federal deferiu, sob o argumento de que o entendimento dos Correios sobre a possibilidade de contratação da empresa Embratel estaria equivocado, a antecipação de tutela pleiteada pela BT; suspendendo os efeitos da decisão dos Correios que "julgou o Consórcio vencedor e adjudicatário do Pregão Eletrônico nº 144/2015." [106]
- 144. Destaca-se que o Juiz Federal também teceu comentários relativos à questão concorrencial da lide, conforme destacado abaixo:
  - (...) embora não seja essencial, neste momento processual, para a concessão da tutela antecipada, uma avaliação profunda sobre a participação de consórcios no presente pregão, cristalino é que os objetivos de sua previsão editalícia não foram atingidos. Se o intuito era de ampliar a competitividade com a possibilidade de participação de empresas que, sozinhas, não disporiam das condições necessárias para realizar o objeto, este foi totalmente desvirtuado, ao viabilizar a reunião das grandes empresas do mercado, a indicar prática anticoncorrencial que será detalhadamente investigada.

Os consórcios deveriam ser destinados ao agrupamento de empresas pequenas para concorrerem de forma igualitária com empresas de grande porte em processos licitatórios, e não o contrário, quando as grandes empresas do mercado se unem para impedir a participação de empresas menores, inclusive oferecendo preços que são inferiores aos que impõem às concorrentes para acessar sua infraestrutura de telecomunicações". (Ação Ordinária 0024634-21.2016.4.01.3400)

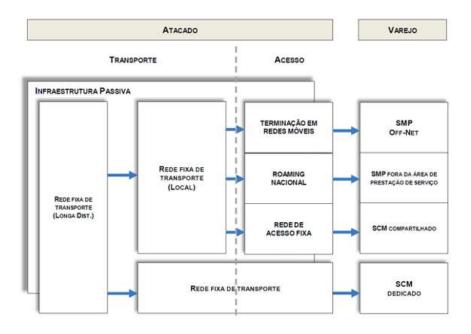
- Frisa-se, entretanto, que não se confundem os fatos a serem apurados pela Justiça Federal e pelo Cade. O Cade analisa a presente denúncia em face, exclusivamente, a aspectos concorrenciais, não lhe cabendo dirimir eventuais controvérsias sobre a legalidade ou procedimentos específicos de um certame. Neste sentido, repisa-se que a presente investigação se destina a apurar apenas a existência de infração à ordem econômica. Desse modo, esta sessão apresentou um histórico do Pregão apenas com o intuito de contextualizar a avaliação das alegadas condutas discriminatórias.
- 146. Dito isto, a seção seguinte passa a delimitar e analisar os mercados em que ocorreram as condutas investigadas.

#### O Mercado Relevante 3.3

#### 3.3.1 Considerações iniciais

- 147. A delimitação do mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades e qualidade, entre outros aspectos do mercado. [107] A metodologia clássica de análise antitruste vale-se desta delimitação para circunscrever uma discussão concorrencial específica a um dado mercado, possibilitando uma avaliação inicial de qual seria a efetiva participação e a relevância dos agentes envolvidos.
- Na definição do mercado relevante são consideradas as dimensões produto e geográfica. A dimensão do produto compreende bens e serviços considerados substituíveis entre si pelo consumidor, devido a suas características, preços e formas de utilização. Por sua vez, a dimensão geográfica refere-se à área em que as empresas ofertam seus produtos ou que os consumidores buscam mercadorias (bens ou serviços) e dentro da qual um monopolista conseguirá, lucrativamente, impor elevações de preços significativas.
- 149. Conforme mencionado na seção 3.1, o presente processo investiga condutas coordenadas e individuais que se correlacionam. Em decorrência, serão considerados dois mercados relevantes distintos e relacionados verticalmente, ambos alvo de condutas anticompetitivas.
- 150. Assim, há um mercado relevante a montante que corresponde ao segmento de atacado de oferta de infraestrutura de rede (transmissão e acesso de rede) necessária à prestação de serviços de telecomunicações aos usuários finais; e um mercado relevante a jusante, composto pelo segmento de varejo, de oferta ao cliente final dos serviços de telecomunicações, que, no caso concreto, são consubstanciados no cenário de licitações públicas para contratação do serviço de transmissão de dados, notadamente o SCM.
- Na definição dos mercados afetados pelas condutas denunciadas, valer-se-á das classificações e dados constantes no já abordado PGMC da Anatel, que contém uma série de regras e medidas para promover a concorrência nos mercados de telecomunicações.
- A figura abaixo, extraída daquele documento, ilustra de modo simplificado a cadeia de mercados correlacionados. 152.

Figura 10 - Cadeia de valor SCM



Fonte: PGMC Anatel

- 153. Como se pode observar, de acordo com o PGMC da Anatel, o mercado varejista de SCM residencial (ou compartilhado) está a jusante dos mercados atacadistas de (i) **rede fixa de acesso** e (ii) **rede fixa de transporte**. Já o mercado varejista de SCM corporativo (ou dedicado) está a jusante do mercado atacado de **rede fixa de transporte**.
- 154. Nesse ponto, vale adiantar algumas premissas que serão adotadas para a análise de poder de mercado/capacidade das Representadas. De acordo com o PGMC da Anatel, tendo em vista que o mercado varejista de SCM dedicado está a jusante do mercado atacadista de rede fixa de transporte (ou EILD, como se verá à frente), tem-se que a identificação da possibilidade do exercício de poder de mercado no mercado varejista de SCM dedicado está estritamente vinculada à análise do mercado atacadista de EILD para acesso[108], e será, portanto, um reflexo dos resultados alcançados na avaliação das condições concorrenciais nesse mercado de atacado.
- Por outro lado, no caso do SCM residencial (ou compartilhado), não existe propriamente um mercado para a comercialização atacadista de infraestrutura de rede fixa de acesso para transmissão de dados por rede fixa. Assim, na ausência de dados específicos para esse mercado, a Anatel entende que uma análise mais precisa pode ser realizada utilizando como *proxy* o conjunto de informações referentes ao mercado varejista do SCM por meio de tecnologias fixas (em especial, xDSL, *cable modem* e HFC) em taxas de transmissão inferiores a 10 Mbps, que se relaciona a jusante com aquele mercado de infraestrutura no atacado. Portanto, de acordo com a Anatel, os resultados alcançados na avaliação do mercado varejista de SCM permitem retratar o poder de mercado relacionado à infraestrutura terrestre de transporte e acesso local (atacado).
- 156. A seguir, passa-se à análise dos mercados mencionados, no varejo e no atacado.

### 3.3.2 O Mercado de SCM (varejo / a jusante)

# 3.3.2.1 Dimensão Produto

- 157. Segundo a denúncia, as condutas unilaterais ocorreram inseridas em um contexto de disputa pela prestação de SCM no varejo *locus* onde aconteceu a coordenação entre as empresas Representadas por meio de consórcio.
- 158. Conforme mencionado anteriormente, o SCM é um serviço fixo de telecomunicações de interesse coletivo que possibilita a transmissão, emissão e recepção de informações multimídia utilizando quaisquer meios dentro de uma área de prestação de serviço. Em suma, possibilita o fornecimento de internet banda larga.
- 159. Em relação ao tipo de cliente final, o mercado de varejo do SCM pode ser segregado em dedicado (corporativo) ou residencial (compartilhado). Pelo lado da demanda, esta distinção tenta capturar especificidades que dizem respeito ao perfil dos consumidores corporativos, em geral, empresas e entidades governamentais, que exigem soluções customizadas e de alta velocidade não só para o estabelecimento de conectividade com as redes de forma ampla (internet e telefonia), mas também entre filiais em locais distintos do território nacional.
- 160. Pelo lado da oferta, baseado no entendimento da Anatel, o atendimento ao mercado corporativo exige que linhas dedicadas de tráfego cheguem até o ponto de acesso, o que não é necessário para o mercado residencial ou de pequenas empresas. Neste caso, as ofertas seguem rígidas exigências de qualidade no nível de entrega do sinal, que é realizada por meio de *links* dedicados onde não há compartilhamento, garantindo a banda contratada. A Anatel, ao considerar que as condições de preço e qualidade do SCM dedicado são diferentes do SCM residencial, apontou que "não vislumbra uma substituibilidade em via de mão dupla" entre SCM residencial e corporativo. Entende, portanto, que há que se considerar a existência de dois mercados distintos de SCM (residencial e dedicado).

- 161. Quando da instauração do presente processo administrativo, esta SG optou por realizar uma análise do mercado de SCM sem segmentação. Tal entendimento não é inédito no âmbito do Cade – já foi inclusive referendado pelo Tribunal em voto anterior – que, diante da dificuldade de obter dados segregados para o SCM corporativo, tanto na Anatel quanto dentro das empresas, valeu-se dos dados dos mercados de comunicação multimídia em geral como proxy.
- A SG entende que a capilaridade exigida pela rede dos Correios, bem como a velocidade demandada para a maior parte dos links, torna o objeto do contrato mais próximo do que se entende como mercado de SCM residencial. Aliás, no mesmo sentido, recapitula-se a manifestação de uma das Representadas, a Telefônica, em processo anterior junto ao Cade[109]. A Telefônica firmou o entendimento de que não há distintos mercados de SCM, uma vez que:
  - (...) a demanda de pequenas e médias empresas seria basicamente a mesma da residencial, ao passo que a demanda de grandes empresas seria específica e customizada demais para poder ser caracterizada do ponto de vista da demanda, sendo que os maiores players nacionais estariam capacitados a supri-la conforme cada caso[110].
- 163. Contudo, tendo em vista as críticas das Representadas em relação à posição adotada anteriormente, para a presente análise, serão avaliados dois cenários - residencial e corporativo (dedicado) -, segundo metodologia proposta pela Anatel e, como se verá, o resultado não se altera.
- Também cabe registrar que, apesar de o Parecer LCA juntado à defesa de todas as Representadas mencionar que haveria diversas 164. formas de conexão de última milha/acesso local capazes de possibilitar a formação de uma rede de comunicações de dados IP, por exemplo, redes 3G, 4G, Satélite, WiMax, rede elétrica local, fibra ótica ou cabo coaxial, o já mencionado documento da Anatel[111] permite refutar esse posicionamento para o caso em tela.
- De acordo com a análise da Anatel, no caso do SCM, há significativa substituibilidade do lado da demanda entre as ofertas varejistas por meio de tecnologias fixas (ditas "por meio confinado"), especialmente as tecnologias xDSL, cable modem, e aquelas baseadas em fibra ótica na rede de acesso (FTTH). Contudo, comparando-se a prestação do SCM por meio confinado com o serviço prestado por meio de radiofrequência (ou seja, sem fio, como WiMax, redes 3G e 4G, MMDS, Satélite, etc.), não resta evidente a substituibilidade entre essas ofertas[112].
- Segundo a Anatel, a limitada substituibilidade entre provimento de SCM por meio de tecnologias que utilizam meios confinados e aquelas que utilizam radiofrequência está relacionada às características técnicas das tecnologias não confinadas. Isso porque a capacidade de transmissão de dados por meio de tecnologias não confinadas é significativamente menor que o limite de transmissão oferecido pelas tecnologias fixas. A inferioridade da capacidade de transmissão das tecnologias não confinadas torna-se ainda mais evidente em localidades densamente povoadas, em que o nível de compartilhamento de canais e as interferências são expressivos, ocasionando a degradação da velocidade e da qualidade do serviço prestado. Dessa forma, tem-se que a qualidade que pode ser garantida nas redes não confinadas é significativamente inferior àquela garantida nas redes fixas[113].
- Como se não bastasse toda essa argumentação, o edital do Pregão dos Correios especificou a tecnologia a ser empregada nos enlaces a serem contratados. Do total de 8.223 circuitos que compõem o objeto, 4.561 poderiam utilizar tecnologia satélite ou terrestre, enquanto 3.662 enlaces deveriam ser exclusivamente terrestres, ou seja, não poderiam ser prestados pela maioria das tecnologias não confinadas, em contraposição às alternativas tecnológicas aventadas pelas Representadas. Ressalte-se que a BT solicitou orçamento para as Representadas apenas dos enlaces exclusivamente terrestres.
- De todo modo, mesmo que por hipótese se considerasse a substituibilidade de tecnologias não confinadas mencionadas pelas Representadas, novamente o resultado da presente análise não se alteraria, como poderá ser constatado na seção 3.4, que analisará o poder de mercado das empresas investigadas.
- 169. Portanto, sem prejuízo das necessidades específicas de casos futuros que venham a exigir a separação entre SCM dedicado e residencial, ou por tipo de tecnologia de acesso, entende-se que esta distinção não é relevante para a conclusão final da presente análise, que opta por deixar em aberto a definição de mercado relevante produto de SCM, e analisará os possíveis cenários.

### 3.3.2.2 Dimensão Geográfica

- A dimensão geográfica do mercado relevante pode ser entendida como a área na qual as condições de concorrência são suficientemente homogêneas e podem ser distinguidas de áreas vizinhas. Em outras palavras, o mercado relevante compreende a área em que os agentes ofertam e procuram produtos (bens ou serviços), levando-se em consideração, no caso específico, o escopo territorial no qual a conduta ocorreu.[114]
- De acordo com o PGMC da Anatel, na oferta de SCM residencial por redes fixas, o provimento do serviço é feito diretamente ao usuário final em sua residência, por meio da rede de acesso. Isso significa, conforme a análise da agência, que caso um monopolista impusesse um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços nesse produto, o consumidor teria que deslocar sua residência para desviar a demanda para um produto idêntico oriundo de outra área.
- Contudo, diante da dificuldade de se avaliar as condições concorrenciais no escopo de uma residência, ou grupo de residências, a Anatel opta por adotar a menor área geográfica em que é possível realizar a análise do ambiente concorrencial, que é a de nível municipal. As Representadas também defendem que a análise de poder de mercado no SCM deve ser realizada em cada município onde o serviço é prestado, conforme diretrizes da Anatel.
- Com efeito, do ponto de vista do usuário final, essa delimitação é adequada, uma vez que não é razoável supor que o consumidor ou grupo de consumidores possa deslocar sua rede interna de forma a interconectar-se com a rede de acesso de outra área ou município. Entretanto, a SG entende que essa dimensão não é a mais apropriada para analisar a dinâmica concorrencial no contexto das condutas investigadas.
- 174. No presente caso, as supostas condutas ocorreram no âmbito de uma contração de diversos enlaces de rede, no atacado, com dispersão nacional, a fim de compor uma proposta para atendimento de demanda dos Correios já descrita. Desse modo, não é razoável supor que o consumidor, no caso a BT, busque diferentes alternativas de fornecedor de acesso em cada um dos municípios, individualmente. Essa possibilidade não condiz, em absoluto, com a realidade do mercado.

- 175. Como será abordado em maiores detalhes adiante, o mercado de infraestrutura de transporte e acesso é concentrado em poucas empresas, em especial, nas Representadas, de modo que as alternativas para contratação de circuitos para transmissão de dados são poucas[115]. Em geral, essas empresas atuam em nível nacional, embora possuam foco maior em grandes regiões, como as associadas à área de concessão, ou em municípios onde há maior atratividade econômica.
- Portanto, é natural que os demandantes de circuitos, especialmente no presente caso, cuja abrangência do certame é nacional, busquem contratar grandes volumes em lotes junto a empresas com a maior capilaridade e cobertura possível, de forma a diminuir os custos de transação e, consequentemente, aumentar a competitividade de sua proposta final na licitação. De qualquer maneira, cabe registrar que a BT solicitou orçamento para diversas prestadoras de menor porte, com menor cobertura, a fim de reduzir sua dependência em relação às Representadas. Contudo, parte dessas prestadoras informou não ser capaz de atender à demanda da BT, e mesmo que se somasse a capacidade das operadoras que ofertaram proposta, isso não seria suficiente para cobrir as necessidades da Representante.
- Também cabe esclarecer que, a nível municipal, interessa avaliar a cobertura /penetração do serviço prestado pelas Representadas nos municípios como um indicativo da necessidade, ou não, do estabelecimento de um consórcio para que fosse possível atender à demanda dos Correios. Em outras palavras, sob a ótica da prestação de SCM para o cliente final - os Correios -, basta que determinada prestadora esteja presente com sua rede na localidade para que seja possível a instalação do circuito, ainda que se faça necessário algum investimento marginal, mas sem a necessidade de subcontratação ou consórcio. Sob essa perspectiva, que é relevante para análise da conduta coordenada, não há necessidade de se avaliar o poder de mercado municipal, uma vez que a simples existência de oferta de determinada operadora em um dado município, independentemente de seu market share, é suficiente para concluir que a demanda dos Correios poderia ser atendida por tal prestadora, ainda que com algum custo, mas sem a necessidade de consórcio.
- 178. Diante desses argumentos, a SG considera que uma análise de poder de mercado e capacidade a nível nacional ou estadual no mercado de SCM é suficiente para demonstrar a dominância das Representadas tanto nesse mercado quanto no mercado de infraestrutura de acesso, particularmente quando se avaliam condutas unilaterais associadas a uma conduta concertada perpetrada pelos mesmos agentes.
- De todo modo, tendo em vista as críticas apresentadas em sede de defesa pelas partes, a SG, no que couber, realizará uma análise do "Poder de Mercado Significativo" a nível municipal, de forma agregada, nos moldes adotados pela Anatel. Como se verá, esse cenário não altera a conclusão final da presente análise, de maneira que se opta por deixar em aberto a definição de mercado relevante geográfico de SCM. Naturalmente, o posicionamento adotado não vincula a delimitação de mercado em casos futuros.

#### 3.3.3 O Mercado de infraestrutura de telecomunicações (atacado /a montante)

- Inicialmente, convém destacar que o PGMC da Anatel considera como principais falhas de mercado observadas no mercado de SCM 180. a concorrência imperfeita e a assimetria de informação. A concorrência imperfeita, identificada sobretudo no SCM residencial, está diretamente associada às características de insumo essencial do mercado a montante de rede de acesso. Já no caso do SCM dedicado, a Anatel considera que a principal falha de mercado está relacionada à assimetria de informação que permite a recusa de acesso ou a negativa de atendimento quando da demanda por infraestrutura de transporte.
- Desse modo, constata-se que tanto a concorrência imperfeita observada no SCM residencial, quanto a assimetria de informação verificada no SCM dedicado estão diretamente relacionadas às características de insumo essencial constatadas no mercado à montante (atacado).
- Com efeito, as alegadas condutas anticompetitivas de discriminação e recusa de contratar praticadas unilateral e individualmente pelas Representadas – foram perpetradas no mercado de oferta de infraestrutura de telecomunicações (transporte e acesso). Trata-se, assim, do mercado de atacado.
- Portanto, faz-se necessária a análise das condições concorrenciais de dois mercados atacadistas classificados individualmente pela Anatel [116](i) mercado de oferta atacadista de rede de acesso para provimento de SCM residencial em taxas de transmissão inferiores a 10 Mbps e (ii) mercado de oferta atacadista de rede de transporte para provimento de SCM dedicado em taxas de transmissão inferiores a 34 Mbps.
- 3.3.3.1 Oferta atacadista de utilização de rede de acesso de par de cobre ou coaxial para oferta varejista de SCM
- 184. De acordo com o PGMC da Anatel:

Trata-se do mercado de oferta atacadista de utilização da rede de acesso de par de cobre ou cabo coaxial para oferta varejista de telecomunicações em taxas de transmissão inferiores a 10 Mbps. Dessa forma, esse mercado de atacado está diretamente relacionado com o mercado varejista de Serviço de Comunicação Multimídia (SCM) residencial prestado por meio de redes fixas.

- Ainda segundo a Anatel, esse mercado deve ser objeto de regulação assimétrica ex ante, tendo em vista que: (i) apresenta barreiras à entrada estruturais elevadas e não transitórias; (ii) o risco de exercício de poder de mercado se mantém num horizonte de tempo não desprezível; e (iii) a aplicação da lei de concorrência e da regulamentação já existente não são suficientes para redução do risco de exercício de poder de mercado.
- 186. A principal barreira à entrada observada - elevada e não transitória - diz respeito à inviabilidade de construção de rede fixa de acesso (última milha) para atender ao consumidor final. Trata-se basicamente de um problema clássico de essential facility, onde a construção da rede de acesso é inviável para um potencial entrante no mercado.[117]
- 187. A Anatel informa que existe rede de acesso por meio de par de cobre em todos os municípios brasileiros, de forma a possibilitar a oferta varejista de SCM. Contudo, a utilização dessa infraestrutura para provimento de SCM está concentrada, em sua maioria, sob as concessionárias do STFC, representadas atualmente por Telefônica e Oi[118].
- Ainda de acordo com a Anatel, os principais concorrentes das prestadoras de SCM que detêm a rede de acesso legada de par de cobre são as operadoras que utilizam cabo coaxial (cable modem ou HFC). Ressalte-se que, nesse tipo de terminação, a Claro[119] possui penetração relevante, como será possível constatar em seção 3.4. Ademais, embora seja possível observar a construção de novas redes de acesso

baseadas em fibra óptica, constata-se que o lançamento dessas redes tem sido concentrado em nichos muito específicos, e principalmente em áreas de alto poder aquisitivo. Por fim, conforme já discutido anteriormente, a Agência também não considera as tecnologias não confinadas (3G, 4G, Wimax, LTE, etc) como substitutas perfeitas dos meios confinados.

- Diante desse cenário, o PGMC da Anatel define o presente mercado relevante como oferta atacadista de utilização da rede de 189. acesso de par de cobre ou cabo coaxial para oferta varejista de telecomunicações em taxas de transmissão inferiores a 10 Mbps, sem considerar os demais meios de acesso.
- 190. De qualquer maneira, mesmo que se considere a substituibilidade de tecnologias não confinadas mencionadas pelas Representadas, ou mesmo os acessos por fibra óptica, novamente o resultado da presente análise não se altera, como poderá ser constatado em seção posterior.
- 191. Portanto, sem prejuízo das necessidades específicas de casos futuros, a SG entende que não se faz necessária uma definição precisa do mercado relevante produto de infraestrutura de rede de acesso para a oferta varejista de SCM.
- 192. Em relação à dimensão geográfica, valem as premissas assumidas na seção que analisou o mercado de SCM, tendo em vista que, conforme mencionado, serão utilizados os resultados obtidos na avaliação desse mercado varejista como proxy para análise do poder de mercado relacionado a infraestrutura terrestre de transporte e acesso local (atacado a montante).
- 193. Assim, a SG considera que uma análise de poder de mercado e capacidade a nível nacional ou estadual no mercado de SCM é suficiente para demonstrar a dominância das Representadas no mercado de infraestrutura de acesso, particularmente quando se avaliam condutas unilaterais associadas a uma conduta concertada perpetrada simultaneamente pelos mesmos agentes.
- De todo modo, tendo em vista as críticas apresentadas em sede de defesa pelas partes, a SG, no que couber, realizará uma análise 194. do Poder de Mercado Significativo a nível municipal, nos moldes adotados pela Anatel. Como se verá, esse cenário não modifica a conclusão final da presente análise, de maneira que se opta por deixar em aberto a definição de mercado relevante geográfico de oferta atacadista de utilização da rede de acesso para provimento de SCM. Mais uma vez, ressalva-se que esse posicionamento não vincula a delimitação de mercado em casos futuros.
- Mercado de oferta atacadista de infraestrutura de rede fixa de transporte local e de longa distância para transmissão de dados 3.3.3.2
- Conforme destacado anteriormente, para a oferta do SCM dedicado é necessária a contratação de capacidade de rede de 195. transporte, tipicamente uma EILD, para provimento de uma linha dedicada ao consumidor final.
- 196. Segundo disposto no PGMC da Anatel, essa capacidade de transmissão em transporte local e de longa distância, e entre dois pontos de agregação de tráfego, consiste em um mercado que pode ser definido como "oferta atacadista de infraestrutura de rede fixa de transporte local e de longa distância para transmissão de dados em taxas de transmissão inferiores a 34 Mbps".
- Logo, esse mercado contempla as redes de transmissão de alta capacidade (backbone), as redes de distribuição primárias de alta capacidade (backhaul[120]), além dos elementos passivos utilizados no suporte à interligação de centrais ou exploração industrial, comercializados por meio de EILD.
- 198. De acordo com a Anatel, o referido mercado também deve ser objeto de regulação assimétrica ex ante, tendo em vista que: (i) apresenta barreiras à entrada estruturais elevadas e não transitórias; (ii) há manutenção do risco de exercício de poder de mercado num horizonte de tempo não desprezível; e (iii) a aplicação da lei de concorrência e da regulamentação já existente não são suficientes para redução do risco de exercício de poder de mercado.
- As falhas de mercado identificadas pelo ente regulador resultam, principalmente, do poder de mercado decorrente do monopólio da infraestrutura de transporte - ativo escasso, necessário e de difícil duplicação por empresa entrante. Esse poder permite ao agente influenciar em algum grau as condições do mercado, com vistas a manter sua vantagem por meio da imposição de barreiras à entrada de novos competidores, ocasionando um possível fechamento do mercado.
- 200. Conforme reconhecido pela Anatel[121]:

Com efeito, novas firmas que queiram competir com a dominante terão dificuldade em obter os insumos necessários em virtude, principalmente, da atuação verticalizada da empresa dominante, que utilizará da alavancagem vertical para fechar o mercado, seja pela (i) recusa ao acesso a infraestrutura, pela (ii) discriminação preço, onde a firma verticalmente integrada com posição dominante no mercado de atacado eleva os custos de um competidor no mercado à jusante, resultando na compressão de margem de lucro de competidor nesse mercado, ou pela (iii) discriminação não preço, na qual a empresa dominante deteriora fatores como qualidade e tempo de entrega, recusa/retém informação essenciais, ou condiciona venda do insumo a outro ofertado por ela (venda casada).

- 201. Dessa forma, a assimetria de informação entre os atores - detentor da infraestrutura, potencial concorrente e órgão regulador -, contribui para a manutenção dos efeitos acima, ao permitir a recusa do acesso a insumo essencial alegando indisponibilidade técnica, mesmo existindo obrigações legais de acesso. A recusa de acesso também pode ser instrumentalizada por meio da exigência, por parte da detentora de infraestrutura, de prazos para atendimento das demandas de outros players que não são compatíveis com aqueles praticados nos mercados varejistas.
- 202. E mais, ainda que exista obrigação de compartilhamento de rede, aquele que detém a infraestrutura essencial tem condições de impor preços que inviabilizam o acesso de outros competidores ao mercado varejista. Dessa maneira, o proprietário das redes é capaz de definir seu preco de varejo e de acesso à infraestrutura (atacado) de modo a comprimir as margens dos possíveis concorrentes e impedir sua operação no mercado varejista. Segundo a Anatel, a compreensão de margens é viável nesse mercado tendo em vista a atuação verticalizada das empresas, e devido à difícil duplicação da infraestrutura necessária, em decorrência dos elevados custos de construção de uma nova rede.
- 203. A atuação concomitante em vários níveis da cadeia produtiva também possibilita à operadora verticalmente integrada a transposição do poder de mercado detido em um mercado a montante (infraestrutura passiva e infraestrutura de redes de transporte) a um ou mais mercados a jusante, potencialmente competitivos, como o provimento de serviços de telecomunicações ao usuário final (entre eles o SCM),

vantagem conhecida, conforme mencionado anteriormente, como alavancagem vertical. Essa vantagem, em última instância, pode levar a um total fechamento do mercado a jusante.

- Dessa forma, segundo a Anatel, a existência de insumos essenciais permite que a detentora da infraestrutura obtenha lucro extraordinário por meio da imposição de *mark up*[122], bem como permite a manutenção da situação de poder de mercado por meio da negativa de acesso à última milha ou, caso haja obrigação de acesso, por meio de compressão de margens, de alegações de indisponibilidade e pela imposição de prazos para entrega do compartilhamento não coerentes com as práticas do mercado varejista.
- 205. Como forma de mitigar as diversas falhas de mercado identificadas, a Anatel elenca algumas medidas assimétricas a serem aplicadas aos grupos detentores de poder de mercado significativo, entre elas, a edição do Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada (REILD), aprovado pela Resolução n.º 590, de 15 de maio de 2012.
- 206. Assim, a disponibilização compulsiva de infraestrutura de rede prevista no art. 155 da LGT foi colocada em prática com a criação de um mercado regulado em que empresas com PMS devem ofertar EILD em condições isonômicas para outros agentes.
- 207. A Anatel considera como poder de mercado significativo a posição que possibilita o agente econômico influenciar de forma significativa as condições do mercado relevante. Tal posição é avaliada segundo uma série de critérios adotados pela agência, tais como: participação no mercado de linhas dedicadas; existência de economias de escala; existência de economias de escopo; controle sobre infraestrutura cuja duplicação não é economicamente viável; ocorrência de poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços; ocorrência de integração vertical; existência de barreiras à entrada de competidores; e acesso a fontes de financiamento.
- 208. A operacionalização deste mercado regulado dá-se por meio do Sistema de Negociações de Ofertas de Atacado ("SNOA"), plataforma onde os principais agentes detentores de infraestruturas de telecomunicações precisam divulgar ofertas de referência públicas previamente aprovadas pela Anatel.
- 209. Face à regulamentação existente, há duas espécies de EILD: a especial e a padrão. Toda EILD que não se enquadrar nos quesitos estabelecidos para EILD Padrão é considerada EILD Especial. Já a EILD Padrão consiste justamente na infraestrutura de rede de posse das empresas detentoras de PMS que é sujeita à obrigatoriedade de oferta no SNOA nos casos definidos pelo regulamento [124].
- 210. Seu funcionamento e importância são destacados pela Anatel nos seguintes termos [125]:

A expansão da banda larga no Brasil depende de um mercado competitivo, capaz de oferecer cobertura e qualidade de conexão. Para isso, as prestadoras devem ter acesso a recursos estruturais, gerando vantagens para os consumidores finais.

(...)

O Sistema de Negociação de Ofertas de Atacado (SNOA) lista Ofertas de Referência, aprovadas pela Anatel, de equipamentos que compõem a infraestrutura de suporte ao serviço de banda larga. Além do preço mais vantajoso para a pequena prestadora, há salvaguardas como a transparência e as obrigações de oferta de produtos de atacado nas condições especificadas pela Agência. Tais produtos representam um alto custo para prestadoras em fase inicial de operação. Configuram, portanto, uma barreira que impede a entrada de novos competidores.

(...)

A construção da infraestrutura a partir do zero mostra-se inviável para uma operadora iniciante. (...) as ofertas de atacado tornam-se uma alternativa atraente para as pequenas prestadoras estruturarem suas operações e planejarem seu desenvolvimento (...).

Assim, uma nova prestadora pode alugar todos os elementos que viabilizam o seu negócio (rede de acesso, transporte metropolitano, transporte de longa distância, conectividade IP), começar como uma revenda e ir ganhando escala até ser possível ele mesmo construir partes da rede e prestar serviços de maior valor agregado.

- 211. Embora a oferta de EILD não represente integralmente o mercado de infraestrutura de transporte, de acordo com a posição adotada pela Anatel no PGMC[126], considera-se que a análise desse produto é a melhor forma de avaliar a atual situação do mercado de oferta atacadista de infraestrutura de rede fixa para transmissão de dados.
- 212. Com efeito, a EILD é um produto usualmente empregado para o estabelecimento de infraestrutura de rede por empresas terceiras ofertantes de SCM; contudo, não se pode negar que há outras formas de se estruturar tais redes, como, por exemplo, por meio da contratação de *links* MPLS. Como visto, além de se tratar de um protocolo de multiplexação estatística, o acrônimo é utilizado comercialmente para designar uma solução de conectividade inteligente, que utiliza como infraestrutura de transmissão sobretudo a EILD.
- 213. Em relação à dimensão geográfica, o PGMC da Anatel adota a delimitação municipal, considerada a menor área geográfica possível para avaliar a probabilidade de exercício de poder de mercado. Contudo, no presente caso, conforme explorado anteriormente, as supostas condutas ocorreram no âmbito de uma contração de vários circuitos, no atacado, localizados em diversos municípios brasileiros, a fim de compor uma proposta para atendimento de demanda dos Correios. Novamente, não é razoável supor que o consumidor, no caso a BT, busque diferentes alternativas de fornecedor de EILD em cada um dos municípios, individualmente. Essa possibilidade não reflete de forma alguma a prática usual do mercado.
- De toda forma, mesmo diante da inviabilidade de se compor uma proposta para o certame sem contar com as redes de Oi, Telefônica e Claro, a Representante ainda buscou reduzir sua dependência em relação às Representadas, consultando diversas operadoras menores, como Algar (CTBC), Ascenty, BRfibra, Cemig, Copel, Level 3, NQT, SIM TV, Telbrax, TIM, NET, IGN e VIP Rede. Destas, Ascenty, Level 3, NQT, SIM TV, Telbrax, TIM, NET, IGN e VIP Rede, que, apesar de terem respondido à solicitação da BT, informaram que não teriam condições para atender ao pedido, integral ou mesmo parcialmente, para as velocidades de transferência nas localidades apontadas pelo Edital. As demais operadoras ofertaram uma solução apenas parcial, que compreendia somente algumas localidades ou parte das velocidades necessárias. Ainda que somadas as propostas, a cobertura resultante estaria muito aquém do necessário para se compor uma proposta ao certame, o que demonstra a baixa capacidade de contestabilidade dessas prestadoras frente às Representadas e a inviabilidade de atendimento dos Correios sem dispor da infraestrutura das incumbentes.
- 215. Assim, também para o mercado de EILD, assumido como a melhor representação do que seria o mercado de infraestrutura de transporte, verifica-se uma elevada concentração em poucas empresas, em especial, nas Representadas, de modo que as alternativas para contratação de circuitos para transmissão de dados são poucas. Na oferta de EILD, de forma geral, essas empresas atuam em nível nacional,

embora possuam foco maior em grandes regiões, como as associadas à área de concessão, ou em municípios onde há maior atratividade econômica. Portanto, é natural que os demandantes de circuitos, especialmente no presente caso, cuja abrangência do contrato é nacional, busquem contratar grandes volumes em lotes junto a empresas com a maior capilaridade e cobertura possível, para reduzir seus custos de transação e aumentar a competitividade da proposta final.

- Diante desses argumentos, a SG considera que uma análise de poder de mercado e capacidade a nível nacional ou estadual no mercado de EILD é suficiente para demonstrar a dominância das Representadas tanto nesse mercado quanto no de SCM dedicado. Note-se que, conforme premissa da Anatel, serão utilizados os resultados obtidos na avaliação do mercado atacadista de EILD como proxy para a análise do poder de mercado SCM dedicado (varejo a jusante).
- Novamente, vale mencionar que a análise da cobertura/penetração do serviço prestado pelas operadoras em cada município é útil para avaliar sua capacidade de atender a demanda dos Correios naquela localidade específica. Em outras palavras, se determinada prestadora já oferta o SCM no município, infere-se que a demanda dos Correios poderia ser atendida por tal prestadora, ainda que com algum custo marginal, mas sem a necessidade de consórcio. Sob essa perspectiva - relevante para a análise da conduta coordenada -, não há necessidade de se avaliar o poder de mercado municipal, uma vez que a existência de oferta de SCM por determinada operadora em um dado município, independentemente de seu market share, é indicativo de que a demanda dos Correios poderia ser atendida por esta prestadora, ainda que com algum custo, mas sem a necessidade de consórcio.
- De todo modo, tendo em vista as críticas apresentadas em sede de defesa pelas partes, a SG, no que couber, realizará uma análise do poder de mercado a nível municipal, nos moldes adotados pela Anatel. Como se verá, esse cenário não altera a conclusão final da presente análise, de maneira que se opta por deixar em aberto a definição de mercado relevante geográfico de EILD para o caso em tela. Novamente, cabe destacar que esse posicionamento não vincula a delimitação de mercado em casos futuros.

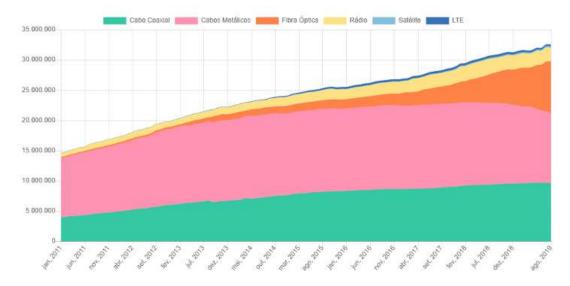
#### 3.4 Análise de poder de mercado e incentivos

#### Considerações iniciais 3.4.1

- 219. Na presente seção, cumpre averiguar se as Representadas possuem participação de mercado relevante e, em caso afirmativo, se há incentivo para que elas exerçam seu poder de mercado por meio da prática das condutas ora investigadas. Em síntese, o objetivo da análise é verificar se as Representadas Claro, Oi e Telefônica têm condições de exercer efetivamente um eventual abuso poder dominante nos mercados considerados.
- 220. De acordo com o PGMC da Anatel, o mercado de oferta varejista de SCM residencial (ou compartilhado) está a jusante dos mercados de rede fixa de acesso e rede fixa de transporte. Já o mercado de SCM corporativo (ou dedicado) está a jusante do mercado de rede fixa de transporte. Portanto, operadoras que pretendam atuar de forma efetiva na oferta varejista de SCM, não importa o segmento, devem dispor de acesso às redes de transmissão de dados, que são, como já colocado, infraestruturas essenciais.
- 221. Conforme abordado anteriormente, as alegadas condutas unilaterais ocorreram em um contexto de acesso à infraestrutura necessária à disputa pela prestação de SCM no varejo, mercado onde ocorreu a conduta coordenada entre as empresas Representadas, por meio de consórcio.
- Assim, a análise do poder de mercado das Representadas no mercado varejista de SCM é relevante sob dois aspectos. Primeiro, porque a cobertura/penetração do servico prestado pelas operadoras nos municípios revela a necessidade, ou não, do estabelecimento de um consórcio para que fosse possível atender à demanda dos Correios; segundo, porque o market share detido pelas operadoras nesse mercado é claramente um indicativo de sua relevância no mercado de infraestrutura. Como visto, esse entendimento está respaldado pelo PGMC da Anatel, que se vale das informações referentes ao mercado varejista de SCM como proxy para análise do poder de mercado relacionado a infraestrutura terrestre de transporte e acesso local[127]. Por esse motivo, conforme já exposto, a seção a seguir também se destina a averiguar o poder de mercado no segmento de infraestrutura de transporte e acesso local a montante do mercado de SCM residencial.
- 223. Sob a ótica do mercado de SCM corporativo/dedicado, vale ressaltar que, de acordo com o PGMC da Anatel, a identificação da possibilidade do exercício de poder de mercado no mercado varejista de SCM dedicado é um reflexo dos resultados alcançados na avaliação das condições concorrenciais no mercado atacadista de EILD, que está a montante do SCM dedicado [128].
- De todo modo, repise-se que a adoção de qualquer possível cenário de segmentação do SCM ou de infraestrutura de acesso para aferição do poder de mercado das Representadas não compromete a análise das condutas.

### 3.4.2 Mercado de SCM (varejo a jusante) / Mercado de rede de acesso para provimento de SCM em taxas de transmissão inferiores a 10 mbps (atacado a montante)

- Conforme mencionado, em um primeiro momento, será analisado o mercado varejista de SCM, sem considerar uma possível distinção do segmento corporativo. Como visto, embora existam particularidades entre os dois tipos de serviço, a SG entende que a capilaridade exigida pela rede dos Correios, bem como a velocidade demandada para a maior parte dos links torna o objeto do contrato mais próximo do que se entende como mercado de SCM residencial. Em relação ao escopo geográfico, a análise compreenderá desde a abrangência nacional até a municipal - que será desenvolvida de forma agregada, e não em cada município isoladamente - destacando aspectos relevantes para o presente caso.
- 226. O Gráfico 1 abaixo, apresentado anteriormente, evidencia a forte dependência em relação às tecnologias confinadas (em grande parte, legadas) para a oferta do SCM em abrangência nacional pelas operadoras. Note-se que, embora a participação das tecnologias em fibra e rádio venham crescendo, estas são menos representativas que as tecnologias legadas, em especial quando analisamos o horizonte temporal em que ocorreram as condutas (outubro de 2015).



Fonte: Anatel[130].

- 227. Como visto, as Representadas argumentam que nas últimas décadas houve grande investimento no desenvolvimento de novas tecnologias e plataformas para a prestação de serviços de telecomunicações, e que o surgimento de novas tecnologias reduziu a dependência sobre o cabeamento metálico e promoveu a ampliação da oferta dos serviços de telecomunicação e a construção de novas redes.
- 228. Contudo, conforme já discutido, a análise empreendida pela Anatel contesta a substitutibilidade de grande parte dessas tecnologias. Assim, mesmo diante desses avanços tecnológicos, a Agência apontou em seu PGMC[131] que a principal concorrência enfrentada pelas prestadoras de SCM que detêm a rede de acesso legada é feita por empresas que utilizam cabo coaxial (cable modem ou HFC), normalmente prestadoras de SeAC. E que as redes de fibra ótica surgem como tendência mercadológica com consistente queda no custo de implementação e que podem caracterizar potencial alternativa de redes de acesso, inclusive de última milha.
- 229. Pondera-se, entretanto, que o avanço das fibras ópticas é recente, de modo que esse meio de transmissão ainda possui alcance territorial restrito e alto custo para a implementação e, portanto, predomina em áreas de maior atratividade econômica. Além disso, tem-se que a concorrência outrora exercida pelas prestadoras de SeAC resta em boa parte mitigada devido à aquisição da NET pela Claro e da GVT pela Telefônica/Vivo.
- 230. A tabela a seguir apresenta, de forma mais detalhada, as participações detidas pelas Representadas no mercado de SCM, em número de acessos por tecnologia, em outubro de 2015[132]. A coluna "% Tecnologia" indica a representatividade de cada tecnologia no universo total de acessos.

Tabela 1 – Participação de Mercado SCM por Tipo de Tecnologia (outubro de 2015) [133]

| Tecnologia    | Claro | OI    | Telefonica | Outras | Conjunta | %Tecnologia | <b>Total Acessos</b> |
|---------------|-------|-------|------------|--------|----------|-------------|----------------------|
| ATM           | 0,0%  | 0,1%  | 99,6%      | 0,2%   | 99,8%    | 0,9%        | 230.400              |
| Fibra         | 6,7%  | 28,4% | 44,6%      | 20,3%  | 79,7%    | 4,9%        | 1.255.146            |
| Cable Modem   | 95,6% | 0,0%  | 0,0%       | 4,4%   | 95,6%    | 32,2%       | 8.209.612            |
| HFC           | 22,4% | 0,0%  | 0,0%       | 77,6%  | 22,4%    | 0,1%        | 28.160               |
| ETHERNET      | 0,0%  | 33,8% | 0,1%       | 66,1%  | 33,9%    | 1,3%        | 319.514              |
| FR            | 0,0%  | 74,1% | 0,0%       | 25,9%  | 74,1%    | 0,1%        | 19.708               |
| PLC           | 0,0%  | 0,0%  | 0,0%       | 100,0% | 0,0%     | 0,0%        | 974                  |
| xDSL          | 0,8%  | 44,0% | 49,2%      | 5,9%   | 94,1%    | 52,3%       | 13.360.882           |
| Confinado     | 34,4% | 27,1% | 31,5%      | 7,0%   | 93,0%    | 91,8%       | 23.424.396           |
| DTH           | 0,0%  | 0,0%  | 0,0%       | 100,0% | 0,0%     | 0,0%        | 583                  |
| VSAT          | 10,7% | 17,3% | 0,6%       | 71,5%  | 28,5%    | 0,3%        | 67.315               |
| FWA           | 16,0% | 34,5% | 0,0%       | 49,5%  | 50,5%    | 0,3%        | 83.667               |
| MMDS          | 0,0%  | 0,0%  | 0,0%       | 100,0% | 0,0%     | 0,0%        | 2.399                |
| Wi-Fi         | 0,1%  | 0,0%  | 0,0%       | 99,9%  | 0,1%     | 6,4%        | 1.644.383            |
| WIMAX         | 2,6%  | 0,0%  | 0,0%       | 97,4%  | 2,6%     | 0,1%        | 14.564               |
| LTE           | 0,0%  | 0,0%  | 0,0%       | 100,0% | 0,0%     | 1,1%        | 285.269              |
| Não confinado | 1,0%  | 1,9%  | 0,0%       | 97,0%  | 3,0%     | 8,2%        | 2.098.180            |
| Total Geral   | 31,6% | 25,1% | 28,9%      | 14,4%  | 85,6%    | 100,0%      | 25.522.576           |

Fonte: elaboração própria a partir de dados da Anatel[134].

- Com base nesses dados, é possível constatar que, em outubro de 2015, as tecnologias por meio confinado (inclusive fibra óptica) respondiam por quase 92% dos acessos totais, com destaque para o *cable modem* (ou cabo coaxial) em que a Claro controla 95,6% dos acessos-, e para o xDSL, que representa mais da metade de todos os acessos SCM e é prestado por meio de cabos metálicos. Neste segmento tecnológico, as legatárias do STFC Oi e Telefônica respondem pela quase totalidade dos terminais. Adicionalmente, verifica-se que, no mesmo mês, as Representadas respondiam por 93% dos acessos SCM prestados por meio de tecnologias fixas confinadas e, mesmo que se considere todos os tipos de tecnologia de acesso, inclusive não confinados, as Representadas ainda responderiam por 85,6% do mercado.
- 232. Portanto, em que pese os avanços tecnológicos e investimentos realizados para expansão de redes nos últimos anos, é inegável a dominância das Representadas tanto na oferta de SCM varejista, como também na propriedade das infraestruturas de acesso necessárias à prestação desse serviço por outros agentes.
- Para evidenciar a relevância e capilaridade geográfica das Representadas, foi feita uma análise da estrutura de mercado a nível estadual. A Tabela 4 abaixo estratifica os dados do número de acessos SCM entre os 26 estados brasileiros e o Distrito Federal. Como se pode observar, há uma elevada participação conjunta das Representadas em cada Unidade da Federação. Além disso, é importante notar que em todas as UF, exceto no Rio Grande do Norte, ao menos uma das Representadas possui mais de 30% de participação. Por fim, registre-se que Oi e Claro possuem acessos por meio de tecnologia confinada em todos os estados brasileiros, enquanto a Telefônica apenas não está presente nos estados do Amapá, Maranhão, Piauí e Roraima.

Tabela 2 - Participação SCM em % de acessos por tecnologia confinada – estadual, outubro de 2015

| UF | Claro  | OI     | Telefônica | Outros | Conjunta |
|----|--------|--------|------------|--------|----------|
| AC | 27,00% | 72,87% | 0,10%      | 0,03%  | 99,97%   |
| AL | 44,02% | 32,44% | 21,42%     | 2,12%  | 97,88%   |
| AM | 66,45% | 19,08% | 0,14%      | 14,33% | 85,67%   |
| AP | 4,74%  | 77,55% | 0,00%      | 17,71% | 82,29%   |
| BA | 10,41% | 58,17% | 26,85%     | 4,57%  | 95,43%   |
| CE | 6,95%  | 40,93% | 37,07%     | 15,04% | 84,96%   |
| DF | 43,29% | 22,43% | 29,83%     | 4,45%  | 95,55%   |
| ES | 21,91% | 39,12% | 34,16%     | 4,81%  | 95,19%   |
| GO | 17,03% | 49,79% | 26,96%     | 6,22%  | 93,78%   |
| MA | 32,72% | 58,28% | 0,00%      | 9,00%  | 91,00%   |
| MG | 21,19% | 47,26% | 11,00%     | 20,54% | 79,46%   |
| MS | 23,57% | 48,47% | 21,73%     | 6,24%  | 93,76%   |
| MT | 22,22% | 58,76% | 14,45%     | 4,57%  | 95,43%   |
| PA | 42,60% | 48,86% | 0,16%      | 8,37%  | 91,63%   |
| PB | 34,38% | 28,05% | 29,59%     | 7,98%  | 92,02%   |
| PE | 13,89% | 38,11% | 41,71%     | 6,29%  | 93,71%   |

| PI          | 27,39% | 67,27% | 0,00%  | 5,34%  | 94,66% |
|-------------|--------|--------|--------|--------|--------|
| PR          | 21,77% | 31,14% | 35,57% | 11,52% | 88,48% |
| RJ          | 35,41% | 46,42% | 6,93%  | 11,25% | 88,75% |
| RN          | 22,34% | 25,06% | 4,87%  | 47,73% | 52,27% |
| RO          | 4,75%  | 80,68% | 0,09%  | 14,48% | 85,52% |
| RR          | 2,06%  | 97,90% | 0,00%  | 0,03%  | 99,97% |
| RS          | 38,65% | 34,02% | 25,04% | 2,29%  | 97,71% |
| SC          | 29,93% | 44,51% | 22,11% | 3,45%  | 96,55% |
| SE          | 17,97% | 40,78% | 27,25% | 14,00% | 86,00% |
| SP          | 45,14% | 0,51%  | 49,47% | 4,88%  | 95,12% |
| то          | 12,76% | 86,36% | 0,09%  | 0,78%  | 99,22% |
| Total Geral | 33,94% | 26,81% | 31,09% | 8,16%  | 91,84% |

Fonte: Elaboração própria a partir de dados da Anatel[135]

234. A nível municipal, a concentração observada também é bastante elevada. De acordo com dados disponíveis no site da Anatel[136], dos 5572 municípios identificados em outubro de 2015, as Representadas, conjuntamente, possuíam mais de 90% do mercado em 4821 municípios, e só não dispunham de acessos por meio de tecnologia confinada em 48 localidades. O gráfico abaixo ilustra os resultados encontrados.

90% a 100% 4821 80% a 90% 179 70% a 80% 93 60% a 70% 1 65 50% a 60% | 68 40% a 50% | 63 30% a 40% 1 50 20% a 30% 10% a 20% 0% a 10% 99 0% 48 2000 0 500 5000 1000 1500 2500 3000 3500 4000 4500

Gráfico 3 - Distribuição de municípios por faixa de concentração conjunta (outubro de 2015).

Fonte: Elaboração própria a partir de dados obtidos na base "Acessos\_SCM\_2015-2019\_-\_Total.csv"

- A Oi (Telemar), concessionária do STFC nas regiões I e II do PGO (após a aquisição da Brasil Telecom), possui concentração acima de 235. 20% em 4741 municípios. Destes, em 4089 a participação de mercado dessa prestadora é acima de 90%, sendo que é observado monopólio em 2115 municípios. Por fim, cabe registrar que a Oi somente não oferta acessos SCM por tecnologia fixa em 98 municípios[137], o que representa menos de 2% dos municípios identificados.
- Já a Claro concessionária apenas de longa distância apresenta participação de mercado superior a 20% em 160 municípios, embora seja a líder de mercado em número de acessos a nível nacional, com 31,6% de market share. Em que pese a Representada não deter participação expressiva a nível municipal, sua capilaridade também é considerável. A Claro está presente em 2567 municípios brasileiros por meio de acessos confinados e, considerando sua capacidade satelital, a cobertura da prestadora alcança 3866 municípios (lembrando que a maioria dos links demandados pelos Correios poderia ser atendido por satélite). Ou seja, a empresa também possui ampla capilaridade e capacidade de cobertura.
- Por sua vez, a Vivo (Telefônica) concessionária da Região III do PGO é a Representada que possui a menor capilaridade na oferta 237. varejista de SCM. Está presente em 762 municípios com tecnologia confinada e em 836 quando se considera também a tecnologia satelital. Dentre esses municípios, em 731 a empresa possui concentração acima de 20%, e em 493 a concentração verificada é acima de 90%. Embora seja menos capilarizada, a Telefônica possuía, em outubro de 2015, mais de 30% do mercado nacional, em virtude sobretudo de sua área de concessão contemplar o estado mais populoso do Brasil – São Paulo.
- A elevada concentração de mercado detida pelos grupos legatários da rede STFC em suas respectivas áreas de concessão corrobora o entendimento de que a rede de acesso, especialmente a de par de cobre e cabo coaxial, é um insumo essencial ao provimento do SCM e indicador adequado para se aferir o poder de mercado no acesso à infraestrutura local, a despeito das novas tecnologias em fase de expansão. A Anatel, em seu PGMC, alcança as mesmas conclusões.
- Para designar determinada prestadora como detentora de PMS em um dado mercado relevante, a Anatel utiliza outros parâmetros além da participação de mercado, que são analisados em conjunto, conforme mencionado anteriormente. Esses parâmetros são: capacidade de explorar as economias de escala do mercado relevante; capacidade de explorar as economias de escopo do mercado relevante; controle sobre infraestrutura cuja duplicação não seja economicamente viável; e atuação concomitante nos mercados de atacado e varejo.
- 240. De acordo com a análise da Anatel, em apenas 117 municípios brasileiros (o que representa cerca de 2% do total) foi possível verificar reduzido nível de concentração no mercado de SCM, e em 247 (cerca de 4%) não se identificou qualquer grupo com PMS no mesmo mercado. Dentre os demais, detectou-se que a Claro possui PMS em 55 municípios, a Telefônica em 613 e a OI em 4489. Além das Representadas, apenas as operadoras CTBC[138] e Sercomtel possuem PMS, em 75 municípios e 1 município, respectivamente[139]. Cabe registrar que a Telefônica possuiu PMS na quase totalidade dos municípios de São Paulo (Região III do PGO) e a Oi, no restante do Brasil (Regiões I e II do PGO), ou seja, o poder de mercado dessas prestadoras se complementa geograficamente.
- Vale lembrar que, embora tenha ocorrido nos últimos anos a entrada de outras prestadoras no mercado de SCM conforme argumentado pelas Representadas -, constata-se que essas operadoras são bastante pulverizadas, pouco capilarizadas e de pequeno porte. Desse modo, tais players são incapazes de gerar pressão competitiva relevante sobre as Representadas, seja no mercado de SCM, seja como fornecedores de infraestrutura no atacado. Para ilustrar, a CTBC, quarto maior player desse mercado, possuiu apenas 1,78% de participação.
- Apesar da Claro deter PMS (de acordo com os critérios estabelecidos pela Anatel) em poucos municípios, a empresa é a líder nacional no mercado no SCM, com capilaridade bastante considerável (mais de 2500 municípios) e presença relevante no mercado de infraestrutura de transporte e satelital, como se verá na seção seguinte. Essa prestadora é o principal rival - o único com abrangência nacional capaz de contestar um eventual exercício de poder de mercado das grandes incumbentes de infraestrutura de acesso local – Oi e Telefônica, sobretudo por concentrar parcela relevante das terminações por cabo coaxial, como é possível observar na Tabela 1. Assim, diante de uma negativa de acesso por parte das empresas legatárias, a Claro é basicamente a única alternativa viável para uma contratação de infraestrutura de acesso a nível nacional.
- Conforme ponderado na seção de definição de mercado relevante, as condutas ocorreram no âmbito de uma contração de diversos enlaces de rede, no atacado, com dispersão nacional, a fim de compor uma proposta para atendimento de demanda dos Correjos. Repise-se, não é razoável supor que a BT buscasse diferentes alternativas de fornecedor de acesso em cada um dos municípios, individualmente. Essa possibilidade não retrata de forma alguma a realidade do mercado. Portanto, ainda que individualmente a Claro não possua poder de mercado na maioria dos municípios, uma vez atuando em consórcio com as duas outras prestadoras que possuem PMS em praticamente todo território brasileiro, ela viabiliza o abuso de posição dominante em escopo nacional e facilita o fechamento do mercado varejista.
- Por todo o exposto, depreende-se que as redes de acesso de cabos metálicos de cobre das legatárias do sistema STFC Oi e Telefônica –, bem como as terminações em cabo coaxial detidas pelas prestadoras de SeAC – mercado em que a Claro é líder absoluta –, ainda constituem importante barreira à entrada de novos atores no segmento de SCM. A condição de domínio conjunto sobre a quase totalidade das infraestruturas de acesso facilita sobremaneira o abuso de poder de mercado por parte das Representadas. Em especial no presente caso, dada a quantidade de links exclusivamente terrestres prevista no edital, o acesso a tais redes revela-se fundamental para qualquer operadora que pretendesse disputar o referido Pregão dos Correios, ou qualquer outro de âmbito nacional.
- Destarte, tendo em vista o escopo da presente análise, é possível concluir que as Representadas possuem poder de mercado no provimento de SCM e, consequentemente, na oferta de infraestrutura de acesso necessária à prestação desse serviço varejista.
- Passa-se, portanto, a verificação da existência de incentivo para o exercício de poder de mercado no sentido de adotar as condutas anticompetitivas investigadas.
- Preliminarmente, registra-se que há previsão teórica de incentivo para o exercício de adoção de conduta anticompetitiva no arranjo descrito. A vantagem auferida pela prestadora que possui a rede de acesso seria acentuada pela possibilidade de transposição do poder de mercado detido em um mercado à montante (rede de acesso) a um mercado à jusante (provimento de SCM) potencialmente competitivo. Como visto, essa vantagem conhecida como alavancagem vertical (vertical leveraging) é decorrente da atuação verticalizada dos principais grupos econômicos que ofertam produtos/serviços em diversos níveis da cadeia, e ainda controlam a rede de acesso, uma infraestrutura essencial de difícil duplicação. A alavancagem vertical permite que o grupo integrado adote uma série de comportamentos estratégicos, tanto no que diz respeito a preço quanto em relação a outras variáveis não-preço, que lhe permitem, em última instância, o total fechamento do mercado varejista.

[140] Evidência desse fechamento é o retrato do mercado atual, em que as três Representadas respondem por cerca de 70% do mercado de SCM, enquanto os 30% restantes encontram-se pulverizados entre mais de 4 mil prestadoras.

- 248. No caso em análise, a BT afirma que as Representadas têm se utilizado do instituto legal do Consórcio para participação em licitações de órgãos públicos e empresas estatais federais, o que resultaria de pronto na ausência de competição entre os membros do Consórcio. Assim, a atuação consorciada substitui conscientemente os riscos da concorrência entre empresas líderes do mercado por uma cooperação prática. Deste alinhamento de interesses entre potenciais concorrentes decorre a criação de incentivos para que cada empresa participante do consórcio individualmente discrimine terceiros que tentem concorrer com o Consórcio e dependam de seus serviços no provimento de acesso a infraestrutura.
- 249. Resta, portanto, o entendimento que se fazem presentes os dois requisitos inicialmente propostos: poder de mercado e incentivo para adotar condutas anticoncorrenciais. Conclui-se que, em relação ao poder de mercado, as empresas investigadas integram os três maiores grupos de telecomunicações do país, detentores de significativo poder de mercado e controladores da quase totalidade da infraestrutura local terrestre, insumo essencial para prestação de serviços de transmissão de dados. Ademais, a atuação conjunta das empresas cristalizada por meio de consórcio cria uma estrutura de incentivos para a adoção de práticas discricionárias anticompetitivas, conforme será detalhado mais à frente.

# 3.4.3 Mercado de infraestrutura de rede fixa de transporte para transmissão de dados (atacado a montante) / Mercado de SCM dedicado (varejo a jusante)

- 250. Consoante o discutido anteriormente, tendo em vista que o mercado de SCM corporativo/dedicado está a jusante do mercado atacadista de EILD para acesso, tem-se que a identificação da possibilidade do exercício de poder de mercado no SCM dedicado será um reflexo dos resultados alcançados na avaliação das condições concorrenciais no mercado atacadista de EILD, conforme premissa adotada pela Anatel.
- 251. Esta SG entende que os resultados obtidos em relação à dominância individual e coletiva das Representadas no mercado de provimento de SCM sem segmentação podem ser, em grande medida, suficientes para constatar o poder de mercado dessas empresas na oferta dos enlaces demandados pela BT. Isso porque a capilaridade e a velocidade dos circuitos em questão tornam o objeto da contratação semelhante ao que se entende por SCM residencial, que contempla a infraestrutura de rede fixa de acesso. Por outro lado, na definição de SCM corporativo, a Anatel considera que os usuários contratam o SCM de forma dedicada, ou seja, sem compartilhamento da linha. Assim, as ofertas nesse mercado prescindiriam da contratação de insumos no mercado de infraestrutura de rede fixa de acesso para transmissão de dados, sendo necessária apenas a contratação de infraestrutura de transporte (EILD)[141].
- 252. De qualquer maneira, para que não reste dúvida quanto ao poder de mercado detido por Claro, Telefônica e Oi em qualquer segmentação de SCM que se possa adotar, passa-se a analisar o mercado de infraestrutura de transporte (EILD) e, por consequência, o respectivo mercado a jusante SCM dedicado.
- 253. Na análise de possibilidade de exercício de poder de mercado desenvolvida em seu PGMC, novamente a Anatel leva em consideração outros parâmetros além da participação de mercado, que são analisados em conjunto, conforme mencionado anteriormente. Retomando, esses parâmetros são: capacidade de explorar as economias de escala e escopo do mercado relevante; controle sobre infraestrutura cuja duplicação não seja economicamente viável; e atuação concomitante nos mercados de atacado e varejo.
- 254. Na avaliação do quesito de participação de mercado a nível de Região do PGO, como se depreende da tabela abaixo, a Anatel constatou que as concessionárias locais de STFC Oi (TMAR) e Telefônica (TEF) detêm participação de mercado bastante expressiva em suas respectivas áreas de concessão, tanto em EILD local (degrau de zero a três), quanto em EILD longa distância (degraus de quatro a oito)[142]. Já a concessionária de longa distância Claro (EBT), embora possua baixa participação de mercado em EILD local, apresenta participação relevante em EILD longa distância em todo território nacional[143].

concessionárias (receita bruta 13,399 2,915 2.08 1,019 0,08 0,00 0,000 0.85 Região I 0,00% 3.499 6 14% 0,00% 0,00% 0,00° 0,009 0,00 0,00% giao II - Market share das Região II 0,00% 8,00% 15,489 0,009 Região III - Market share das concessionárias (receita bruta) 7,91% 0,319 7,60% Região III EBT 0.00

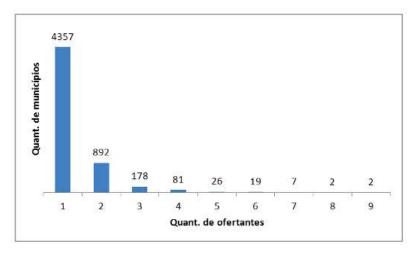
Tabela 3 - Participação de mercado em EILD por Região do PGO

Fonte: PGMC Anatel p. 68

255. Após avaliar os demais critérios conjuntamente, a Anatel estabeleceu quais operadoras detinham PMS em EILD local e longa distância em cada um dos municípios brasileiros. Esses dados foram atualizados e publicados segundo o ato nº 5512, de julho de 2018[144].

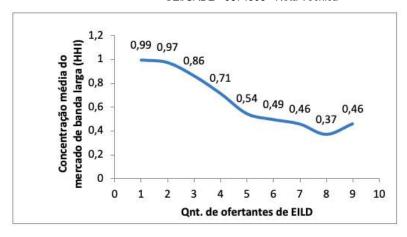
- 256. Com base no referido documento, constata-se que a Oi possui PMS em 4819 municípios (cerca de 86% do total de municípios), tanto no mercado de EILD local como no mercado de EILD longa distância. Já a Telefônica é detentora de PMS em 622 municípios (aproximadamente 11%), também em ambos os mercados. Por sua vez, a Claro possui PMS em 938 municípios (cerca de 16%) no mercado de EILD longa distância, embora não possua PMS em EILD local em nenhum município. Mais uma vez, nota-se que os municípios em que a Oi detém PMS são complementares àqueles em que a Telefônica possuiu PMS, de forma que conjuntamente essas operadoras controlam o acesso à infraestrutura de transporte em quase todo território nacional. Para agravar a situação, a Claro é a única operadora que compartilha da condição de PMS com Telefônica e Oi, situação observada em 915 municípios.
- 257. Diante da elevada concentração verificada no mercado em análise e da grande quantidade de municípios em que se identifica operadoras com PMS, a Anatel buscou regulamentar o acesso a infraestruturas essenciais de difícil duplicação, com vistas a desenvolver a competição no setor, em atendimento aos artigos 73 e 155 da LGT[145], dentre outros.
- 258. Assim, o mercado de oferta atacadista de infraestrutura de rede fixa de transporte local e de longa distância é influenciado por diferentes regulamentos da Agência, mas sobretudo pelo Regulamento de EILD. O referido dispositivo traz uma série de medidas que têm o objetivo de tornar mais claras as relações entre prestadoras quando da comercialização desse produto. Além disso, o regulamento estabelece o conteúdo mínimo que deve ser contemplado no contrato de EILD, bem como diversas obrigações associadas à detenção de PMS.
- 259. Contudo, conforme reconhece a Anatel, as regras criadas pelos regulamentos mencionados ficam prejudicadas em decorrência da assimetria de informação entre o detentor da infraestrutura, o potencial entrante e o órgão regulador. A assimetria informacional permite ao detentor de infraestrutura, dentre outras práticas, a recusa do acesso a insumo essencial por motivo de indisponibilidade técnica, ainda que haja disposição legal para o compartilhamento.
- 260. Desse modo, nem sempre a regulamentação vigente é capaz de criar um ambiente totalmente transparente de negociações de ofertas de atacado. Com efeito, a ocasional insuficiência desta regulamentação possibilita à empresa dominante usufruir de sua posição para influenciar de forma significativa o ambiente concorrencial, resultando em práticas anticompetitivas com vistas a fechar o mercado, como a discriminação de preço e não-preço, além da recusa de contratação já mencionada.
- 261. Portanto, apesar da adoção, pela Anatel, de medidas regulatórias assimétricas sobre mercado de EILD, e embora haja uma extensa normatização aplicável ao segmento, isso não afasta, em definitivo, a possibilidade de que o ambiente de competição seja perturbado por práticas anticoncorrenciais.
- 262. Como visto, as incumbentes do setor que atuam de forma convergente em diversos elos da cadeia possuem uma estrutura de incentivos para exercer o seu poder de mercado e dificultar o acesso de seus potenciais rivais (no mercado varejista) ao mercado de infraestrutura.
- Com efeito, há fortes indícios de que, a despeito da regulação atual, o mercado de transmissão de dados no atacado permanece bastante concentrado e a estrutura de incentivos relacionadas à alavancagem vertical persiste, levando à adoção de estratégias de fechamento. É possível notar, portanto, que não foi possível promover a entrada de agentes relevantes no mercado de banda larga, tampouco no de infraestrutura de transmissão, capazes de contestar o poder de mercado das incumbentes[146] de forma efetiva e em âmbito nacional. A esse respeito, cabe apresentar os aspectos discutidos e resultados obtidos no artigo "Uma Nota Sobre a Oferta de EILD e Fechamento Vertical do Mercado de Banda Larga no Brasil [147]", de autoria de Carlos Baigorri, atual Superintendente de Controle de Obrigações da Anatel, e Wilfredo L. Maldonado.
- 264. O trabalho, publicado em dezembro de 2015, portanto contemporâneo à presente controvérsia, teve como objetivo analisar a estrutura concorrencial do mercado de redes de transporte de telecomunicações, considerando a oferta de EILD. Para isso, os autores utilizaram informações municipais referentes à oferta dessa infraestrutura e à demanda por serviços de banda larga em cada município. Após a avaliação da estrutura concorrencial, foi feita uma análise econométrica dos dados relativos à demanda pelos serviços de banda larga em cada localidade, de forma a avaliar a existência de evidências de fechamento vertical nesse mercado.
- O artigo ratifica que a exploração das redes de transporte de telecomunicações no Brasil é feita principalmente por meio de EILD, e reconhece que, atualmente, a oferta desse insumo é realizada majoritariamente pelas concessionárias da telefonia fixa (i) Oi, nas modalidades local e longa distância nas Regiões I e II do PGO; (ii) Telefônica, nas modalidades local e longa distância na Região III do PGO; e (iii) Claro, na modalidade longa distância em todo território nacional. Segundo informações da Anatel relativas a aproximadamente 100 mil contratos de EILD, as prestadoras do STFC são monopolistas na oferta de EILD na maioria das cidades brasileiras (87%)[148].

Gráfico 4 - Distribuição dos municípios em função das quantidades de ofertantes de EILD



Fonte: ANATEL

- 266. Nesse ponto, cabe comentar o argumento trazido pela defesa da Claro quanto às diferenças entre mercado corporativo e residencial. De acordo com a Representada "empresas maiores podem ter um poder de mercado compensatório obviamente não observado nas relações entre empresas de telecomunicações e pessoas físicas". De forma geral, essa afirmação procede. Contudo, no presente caso, não há que se cogitar poder compensatório em um mercado onde, de um lado, a oferta é feita por uma das Representadas sob monopólio em 4357 municípios e, de outro, encontra-se um único comprador, concorrente das ofertantes no mercado downstream.
- 267. Além disso, importa retomar que, com o intuito de reduzir sua dependência em relação às Representadas, a BT consultou as operadoras menores, como Algar (CTBC), Ascenty, BRfibra, Cemig, Copel, Level 3, NQT, SIM TV, Telbrax, TIM, NET, IGN e VIP Rede. Destas, Ascenty, Level 3, NQT, SIM TV, Telbrax, TIM, NET, IGN e VIP Rede, que, apesar de terem respondido à solicitação da BT, informaram não ter condições para atender ao pedido, integral ou mesmo parcialmente, para as velocidades de transferência nas localidades apontadas pelo edital. As demais operadoras ofertaram uma solução apenas parcial, que compreendia somente algumas localidades ou parte das velocidades necessárias, o que demonstra a baixa capacidade de contestabilidade dessas prestadoras frente às Representadas.
- 268. Prosseguindo, além de barreiras à entrada estruturais elevadas e não transitórias, os autores do citado artigo observam que neste mercado estão presentes elevadas economias de escala decorrentes das redes instaladas que, associadas aos elevados custos de construção de infraestrutura, provêm, ao operador que detiver maior capilaridade, vantagem sobre entrantes ao se considerar o custo marginal de expansão da rede.
- 269. A presença de infraestruturas essenciais de difícil duplicação faz com que não haja perspectivas no curto ou longo prazo para a redução da probabilidade de exercício de poder de mercado das incumbentes. Nesse sentido, é fácil identificar que as condições de construção de EILD tendem a criar mercados onde há reduzida quantidade de empresas ofertantes, levando a um mercado de concorrência imperfeita.
- 270. A possibilidade de fechamento vertical ganha relevância em função do fato de que aproximadamente 80% do mercado de banda larga residencial está concentrado em empresas dos grupos Oi, Claro e Telefônica as Representadas que, como visto, são as grandes detentoras de redes fixas de transmissão.
- 271. Ainda em referência ao artigo mencionado, poder-se ia cogitar que, em que pese a elevada concentração observada no mercado de EILD, a quantidade de ofertantes não seria necessariamente uma medida da eficiência desse mercado. De fato, a relação entre eficiência de mercado e a quantidade de ofertantes está intrinsicamente relacionada com a forma em que a concorrência se dá. Por exemplo, em um ambiente concorrencial aderente ao modelo de Bertrand, com custos simétricos, o nível máximo de eficiência é alcançado com apenas dois ofertantes. Já em um ambiente aderente ao modelo de Cournot, o aumento de eficiência ocorre à medida em que novos ofertantes entram no mercado, alcançando o nível ótimo de eficiência quando a quantidade de ofertantes tende ao infinito.
- 272. Diante disso, os autores do estudo mencionado propõem uma análise econométrica com o objetivo de avaliar qual o modelo de concorrência imperfeita é mais aderente ao mercado brasileiro de EILD, utilizando, para isso, informações de preço referentes aos contratos de EILD firmados, entre outros dados.
- 273. A comparação entre os resultados dos dois modelos indica que a competição no mercado de EILD apresenta uma estrutura competitiva mais aderente ao modelo de Cournot. Dessa forma, os ofertantes de EILD competem entre si por meio da quantidade de EILD disponibilizada, que pode ser entendida como o tamanho da rede a ser construída, e não pelo preço. Assim, a decisão de cada firma no mercado está associada à construção da sua rede, e à quantidade de endereços que podem ser atendidos.
- O referido artigo também traz evidências do fechamento vertical nesse mercado e aborda os impactos decorrentes. De acordo com os dados apresentados, os níveis de concentração do mercado de banda larga (a jusante) tendem a ser maiores nos municípios em que não há competição na oferta de EILD (a montante), ou seja, nas cidades em que a rede de transporte é um gargalo para os ofertantes de banda larga. Em especial, a evidência de fechamento vertical fica bastante clara quando se consideram os municípios em que há apenas uma ofertante de EILD. Conforme pode ser observado abaixo, nesses municípios, identifica-se uma concentração muito elevada do mercado de banda larga, praticamente um monopólio (HHI de 0,99).



Fonte: ANATEL

Já o Gráfico 5 a seguir demonstra a grande quantidade de municípios brasileiros que se encontram em situação de baixa penetração do serviço de banda larga, associada a uma elevada concentração entre os ofertantes desse serviço.

Concentração no mercado de banda 0,9 0,8 0,7 larga (HHI) 0,6 0,5 0,4 0,3 0,2 0,1 0 20% 30% 40% 60% 70% 0% 10% 50% Penetração banda larga

Gráfico 6 - Dispersão de municípios entre concentração de mercado e penetração de banda larga

Fonte: ANATEL

276. Além disso, quando é contraposta a curva apresentada no Gráfico 4 com os preços médios de EILD, percebe-se que a concentração no mercado de banda larga é altamente correlacionada com o preço da EILD, como pode ser observado o Gráfico 6 abaixo:

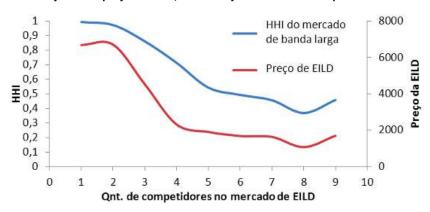


Gráfico 7 - Relação entre preços de EILD, concentração de mercado e a quantidade de ofertantes

Fonte: ANATEL

#### 277. Conforme destacam os autores:

- (...) os dados indicam uma alta correlação entre o preço da EILD e a concentração do mercado varejista de banda larga. Essa evidência está de acordo com o previsto na literatura sobre fechamento vertical (Rey and Tirole, 2006), e revela que as ofertantes do mercado de redes de transporte de fato utilizam seu poder de mercado na oferta de EILD para reduzir a competição no mercado varejista de banda larga. (grifo nosso).
- 278. Assim, o gráfico permite identificar que a prática do fechamento vertical pode ter um efeito sobre a penetração do serviço de banda larga nos municípios. De acordo com Baigorri e Maldonado:
  - (...) o abuso do poder de mercado na oferta de EILD permite uma concentração de mercado na oferta de banda larga para o usuário final, de tal forma que o poder de mercado na oferta de EILD é replicado no mercado do produto final, gerando assim uma quantidade demandada pela banda larga que está aquém daquela que seria encontrada em um cenário sem o fechamento vertical.
- 279. Diante do exposto, embora as Representadas argumentem que não há espaco para recusa ou discriminação no mercado de infraestrutura de transporte, pois a mera possibilidade de que empresas portadoras de poder de mercado ajam de forma anticompetitiva está protegida pela regulação da ANATEL, as evidências exploradas na presente seção refutam esse posicionamento.
- Assim, em que pese todo arcabouço regulatório que disciplina não apenas os aspectos técnicos, mas também o ambiente competitivo e as relações entre os agentes atuantes nesse setor, este não foi suficiente para promover a concorrência de forma efetiva até o momento. Com efeito, o mercado de transmissão de dados no atacado permanece bastante concentrado nas Representadas, e a estrutura de incentivos relacionadas à alavancagem vertical persiste, levando ao abuso de posição dominante e à adoção de estratégias de fechamento.
- 281. Portanto, também para os mercados analisados na presente seção, firma-se o entendimento que se fazem presentes os dois requisitos inicialmente propostos: poder de mercado e incentivo para adotar condutas anticoncorrenciais. Conclui-se que, em relação ao poder de mercado, as empresas investigadas são detentoras de significativo poder de mercado e controlam a quase totalidade da infraestrutura de transporte de dados. Ademais, a atuação das empresas em consórcio reforça a estrutura de incentivos para a adoção de práticas discricionárias anticompetitivas.

#### 3.4.4 Conclusão sobre poder de mercado e incentivos

- 282 Por todo o exposto, resta evidente que as três Representadas fazem parte de grupos econômicos com relevante participação de mercado em relação à prestação de SCM, independente da tecnologia de acesso considerada, ou da segmentação por tipo de cliente. As Representadas controlam também parcela relevante da infraestrutura de acesso local, e são, individualmente, as líderes do mercado com significativa disparidade de participação em relação aos outros agentes.
- Da mesma forma, quando se considera o mercado de infraestrutura de transporte, é patente a dominância exercida pelas Representadas sobre esse ativo, sobretudo de forma conjunta, uma vez que Oi e Telefônica possuem poder de mercado significativo de forma complementar em todo território nacional, enquanto a Claro – que possui PMS relevante em EILD de longa distância - é a única prestadora capaz de rivalizar com tais incumbentes.
- Além disso, diante da atuação verticalizada de Claro, Oi e Telefônica, há uma estrutura de incentivos para o exercício abusivo do poder de mercado por meio da adoção de práticas discricionárias anticompetitivas. Assim, quando cada uma dessas empresas deixa de contratar suas infraestruturas de transporte e acesso a terceiros que pretendam viabilizar uma oferta própria no varejo, e, simultaneamente, formam um consórcio para disputar o mesmo objeto, afastam-se quaisquer outros possíveis concorrentes, levando-se a um fechamento do mercado.
- Na seção seguinte, passa-se a analisar as condutas individuais perpetradas pelas Representadas e, em sequência, será explorada a 285. conduta concertada associada às práticas unilaterais.

#### 3.5 Das condutas

#### 3.5.1 Considerações iniciais

- 286. A Lei nº 12.529/2011, no art. 36, estabelece que infrações à ordem econômica são configuradas por atos sob qualquer forma manifestados que, independentemente de culpa, tenham por objeto ou possam causar limitação, falseamento ou qualquer forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa, dominação de mercado relevante de bens ou serviços, aumento arbitrário de lucros ou representem abuso de posição dominante.
- A partir da Representação da BT e dos indícios apurados ao longo da instrução processual, as infrações à ordem econômica imputadas às Representadas seriam a adoção de condutas comerciais concertadas entre concorrentes, bem como condutas praticadas individualmente por cada Representada com objetivo ou potencialidade de limitar a livre concorrência, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva a posição dominante, tudo em consonância com o disposto no referido artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.
- 288. Para fins de análise, serão delimitadas as condutas da seguinte forma:
  - Condutas unilaterais: materializadas pela restrição ao acesso de infraestrutura de rede terrestre por meio da discriminação injustificada de preços e/ou negativa de contratar no âmbito das negociações para composição da proposta da BT para o Pregão Eletrônico nº 144/2015 dos Correios.
  - Conduta coordenada: adoção de conduta comercial concertada materializada pela formação de consórcio entre concorrentes efetivos, com potenciais vantagens anticompetitivas resultantes da supressão da livre concorrência entre si e redução da pressão competitiva dos demais participantes do mercado de SCM, especialmente no âmbito de licitações públicas.

- As condutas unilaterais descritas enquadram-se nos tipos previstos no art. 36 da Lei nº 12.529/2011, §3º, incisos III (limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado), IV (criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços), V (impedir acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuições), X (discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços e condições operacionais de venda ou prestação de serviço); e XI (recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais).
- 290. A conduta coordenada enquadra-se no inciso I (acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a preços de bens ou serviços ofertados individualmente, d preços, condições, vantagens ou abstenção em licitações pública) e III (limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado) do mesmo parágrafo 3º do art. 36.
- 291. Reitera-se que, conforme alegado pela Representante, as condutas unilaterais investigadas teriam ocorrido no contexto de uma contratação específica (Pregão nº 144/2015 dos Correios) na qual as Representadas atuaram de maneira consorciada e disputaram o provimento do serviço final com a BT. Entretanto, a Representante acrescenta que tal arranjo extrapola o âmbito desta licitação, e que há indícios de condutas anticoncorrenciais concertadas também em outros certames. Quando adotadas em um contexto de colaboração entre potenciais concorrentes, as condutas unilaterais tornam-se ainda mais graves, por alavancarem a posição diferenciada dos participantes do consórcio.
- 292. As condutas individuais são detalhadas nas próximas seções. Observando a jurisprudência consagrada no Cade descritivo evidenciando a existência das condutas, seguido de análise que considera os seguintes requisitos: (i) a detenção de poder de mercado por parte da investigada; (ii) a existência de justificativas objetivas para a recusa de contratar ou discriminar e (iii) a potencialidade de danos significativos à concorrência no mercado; e.
- 293. Na sequência, e de maneira análoga, a conduta coordenada é detalhada. Apresenta-se um descritivo acerca da existência da conduta, seguido de análise que considera os seguintes aspectos: (i) a detenção de poder de mercado por parte das investigadas; (ii) a existência de justificativas objetivas para a atuação conjunta (tanto argumentos apresentados coletivamente como de forma individual) e (iii) a potencialidade de danos significativos à concorrência no mercado. Também serão analisadas informações trazidas a essa SG a partir de consulta a agentes privados e outros agentes públicos demandantes de SCM, coletadas com o intuito de mapear a percepção do mercado sobre a atuação consorciada das Representadas.
- 294. De pronto, antecipam-se as conclusões relacionadas à detenção de poder dominante, visto que a análise deste requisito já foi feita na seção 3.4 (as principais conclusões serão retomadas em relação a cada Representada, quando da análise das respectivas condutas). Assim, reitera-se a existência de poder de mercado por parte das Representadas, tanto em relação às condutas unilaterais quanto à conduta concertada.
- 295. Antes de analisar a presença dos demais requisitos para configuração das condutas relativas a cada uma das partes, cabe explorar os principais aspectos teóricos das condutas unilaterais inicialmente identificadas recusa de contratar e discriminação de preços.

## 3.5.2 Conduta unilateral - recusa de contratar e discriminação de preços

- 296. Como visto, as principais condutas unilaterais relatadas na denúncia envolvem a recusa de contratar e a discriminação de preços por parte das Representadas em relação à BT.
- 297. Em geral, uma empresa pode decidir livremente com quem deseja manter relações comerciais. Todavia, a conduta de recusa de contratar pode constituir uma infração à ordem econômica na medida em que tenha por objeto ou possa produzir os efeitos indicados no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, quais sejam: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. A jurisprudência do Cade indica que a recusa de contratar é lícita se não resultar na tentativa de dominação de mercado ou na potencial eliminação da concorrência.
- 298. A recusa de contratar é particularmente preocupante quando um agente verticalizado com posição dominante em alguma das etapas da cadeia produtiva se recusa: (i) a ofertar um insumo essencial a um agente no *downstream*; ou (ii) a adquirir produtos/serviços de um agente no *upstream*, de modo a eliminar a concorrência nesse mercado. Assim, vale dizer, a norma concorrencial tem o objetivo não de proteger determinado agente econômico no mercado à jusante, mas sim o ambiente concorrencial nessa etapa da cadeia produtiva.
- 299. Adicionalmente, ocorre a prática de recusa de contratar em situações em que, apesar de a empresa dominante estar aparentemente disposta a fornecer um produto ou serviço, ela está, na verdade, impondo uma recusa implícita. É o que a OCDE classifica como "constructive refusal to deal". Nesses casos, por exemplo, a recusa pode vir disfarçada de preços muito elevados, atrasos inexplicáveis para a entrega da mercadoria ou imposição de requisitos caros e desnecessários para os compradores.
- 300. De acordo com as normas aplicadas pelo SBDC, as restrições verticais são anticompetitivas quando implicam a criação de mecanismos de exclusão dos rivais, seja por aumentarem as barreiras à entrada de outras empresas, seja por elevarem os custos dos competidores; ou ainda quando produtores, ofertantes ou distribuidores com significativo poder de mercado impõem restrições sobre os mercados relacionados verticalmente ao longo da cadeia produtiva. As práticas verticais pressupõem, em geral, a existência de poder de mercado na origem, bem como efeito sobre parcela substancial do mercado verticalmente relacionado sobre o qual recai a suposta conduta -, de modo a configurar risco de prejuízo à concorrência.
- 301. Em relação à discriminação de preços, também cumpre observar que tal prática não é, *per se*, ilícito antitruste. Com efeito, trata-se de comportamento corriqueiro no mercado, motivado por várias razões de ordem prática e econômica, sendo, na maioria das vezes, conduta legítima. [150] Isso ocorre porque é comum haver situações em que agentes econômicos desiguais são tratados de maneira desigual. Cita-se, como exemplo, a prática de descontos para determinado perfil de consumidores (como os descontos para entradas de cinema para estudantes e idosos). [151]
- 302. Da mesma forma, a discriminação de preços ou condições de contratação em razão de níveis muito díspares de consumo pode resultar de economias de escala, ocasionando ganhos de eficiência com a cobrança de preços menores de consumidores que contratam volumes maiores, por meio da adoção de uma política de descontos em caso de grandes quantidades compradas. Outro exemplo ocorre quando o custo

marginal de fornecimento de um serviço aumenta significativamente em certos intervalos de tempo, como em períodos de pico, fazendo com que a cobrança de preços diferenciados constitua prática eficiente.

- Em contraste, a discriminação de preços pode ser caracterizada como ilícito concorrencial quando a empresa fornecedora utiliza seu poder de mercado para fixar preços diferentes para o mesmo produto ou serviço, discriminando-os entre clientes, de forma a prejudicar a livre concorrência. [152]
- 304. A jurisprudência do Cade já analisou casos envolvendo as condutas descritas[153]. Observando estes precedentes, para que a recusa de contratar ou a discriminação de preços se configurem como ilícito antitruste, é necessário que (i) o agente econômico discriminador possua posição dominante no mercado relevante de origem; (ii) haja prejuízo, ainda que potencial, à livre concorrência; e (iii) não existam justificativas objetivas para a prática que demonstrem racionalidade econômica legítima na conduta.
- 305. Passa-se a aplicar tal metodologia para avaliar as condutas unilaterais denunciadas em relação a cada uma das Representadas.

## 3.5.2.1 Da conduta da Claro

- Alega a BT que, em 19.10.2015, enviou solicitação de orçamento à Claro para fornecimento de 3.399 pontos de acesso de rede 306. (utilizando a tecnologia MPLS) para composição da proposta a ser apresentada no âmbito do Pregão nº 144/2015 por meio de uma mensagem eletrônica cujo assunto é "Projeto Correios - Cotação MPLS Embratel Urgente". E que a Claro não respondeu tal solicitação.
- 307. A cronologia dos fatos, segundo a BT, está sumarizada abaixo:
  - a) 05.10.2015 Publicado edital do Pregão nº 144/2015.
  - b) 19.10.2015 BT solicita cotação para MPLS (3.399 pontos de acesso).
  - c) 26.10.2015 BT solicita nova cotação para pontos de acesso semelhantes (3.215 pontos).
  - d) 30.10.2015 Claro envia proposta para EILD. Não enviou proposta para MPLS e não justificou.
  - e) 02.11.2015 Data prevista para o Pregão nº 144/2015.
- 308. Em contraponto ao alegado pela BT, a Claro argumentou, ainda em sede de Inquérito Administrativo, em síntese, que [155]:
  - [ACESSO RESTRITO AO CADE, BT e À CLARO].
  - 11 -[ACESSO RESTRITO AO CADE, BT E À CLARO].
  - III -[ACESSO RESTRITO AO CADE, BT E À CLARO]:
  - a)
  - b)
  - c)
  - [ACESSO RESTRITO AO CADE, BT E À CLARO]
- 309. Em que pese o esclarecimento inicial apresentado pela Claro, em que afirmou textualmente que a solicitação da BT de 19.10.2015 não foi respondida, ainda em fase de inquérito, a Claro foi instada a apresentar informações sobre todas as propostas encaminhadas à BT visando
- 310. Atendendo à solicitação, a Claro enviou dados relacionados à negociação comercial com a BT. Naquela oportunidade, entretanto, afirmou textualmente que "é possível observar das planilhas em anexo no Documento 1, que (i) não houve qualquer recusa da Claro em ofertar MPLS à BT (...)".[157]
- Ocorre que o Documento 1 referido pela Claro[158] é datado de 09.02.2015, momento bem anterior à da solicitação de orçamento 311. feita pela BT em preparação ao Pregão nº 144/2015 (19.10.2015) e, portanto, não presta para comprovar suas alegações. Ou seja, instada a se manifestar por esta SG acerca de suposta recusa de contratar com a BT para formação da proposta para competir no âmbito do Pregão nº144/2015, a Claro não reiterou manifestação inicial de que não houve tempo hábil para o atendimento desta solicitação da BT (conforme SEI nº 0165834, §48) e apresentou dados de orçamentos apresentados à BT em momento anterior. A julgar pela data, infere-se que esse orçamento está relacionado ao pedido da BT para composição da proposta para o Pregão nº 174/2014 (anulado) e não para o Pregão nº 144/2015.
- Tal divergência é também percebida pela Representante que, ao se manifestar sobre resposta apresentada pelas Representadas, se 312. posiciona no mesmo sentido, indicando que as informações prestadas pela Claro "são relativas ao Pregão Eletrônico nº 174/2014, que foi anulado, e não aos pedidos de cotação de acessos MPLS da BT relativos ao Pregão Eletrônico nº 144/2015 - os quais não foram atendidos pela Claro".[159]
- Ademais, a BT reflete sobre a justificativa relacionada à ausência de tempo hábil para apresentar proposta alegada pela Claro. 313. Argumenta a Representante que:
  - A recusa da Claro em 2015 contrasta com a sua própria conduta em 2014:
    - (...) a BT Brasil solicitou orçamento para fornecimento de MPLS à Claro em 15.10.2014[160]. No dia 21.10.2014, (...) a Claro atendeu o pedido, enviando à BT Brasil uma cotação preliminar para fornecimento de MPLS. (...) em 22.10.2014[161], a Claro complementou a oferta à BT, com cotação final para fornecimento do MPLS. (...) [162]
  - A alegada ausência de tempo para elaboração da resposta da Claro em 2015 também contrasta com o tempo de reposta das outras Representadas:
    - (...) a BT Brasil encaminhou à Ol seu pedido de cotação em 21.10.2015. (...)em 23.10.2015, a BT Brasil recebeu resposta da Oi com suas ofertas para os serviços solicitados (...) [163]

- (...) a BT Brasil enviou pedido de cotação de serviços MPLS em 19.10.2015, obtendo resposta já em 22.10.2015 (,...) da BT à Telefônica.
- A Claro não comprova que buscou atender ao menos parcialmente as solicitações em sua proposta (já que a alegada dificuldade estaria em cotar diferentes faixas de velocidade em distintas localizações); não teve a iniciativa de apresentar uma oferta preliminar, como é usual, para não se perder a oportunidade de contratar, tampouco respondeu objetivamente que não haveria tempo hábil para apresentar uma oferta. [165]
- 314. A BT sintetiza os argumentos debatidos sobre o tempo de resposta a solicitações pela Claro em comparação com as outras empresas no quadro abaixo. Dessa forma, a Representante alega que as informações prestadas são insuficientes para afastar a hipótese de negativa de contratação, bem como são passíveis de enquadramento na hipótese de falsidade de informações prevista na Lei 12.529/2011, uma vez que a Claro tenta apresentar informações referentes a uma contratação anterior para descaracterizar a hipótese de recusa de contratar.

Quadro 3 - Comparativo para avaliar tempo de resposta à solicitação de orçamento

| Empresa                            | Data da solicitação da BT<br>para fornecimento de MPLS | Data da resposta<br>da Empresa   | Lapso temporal<br>entre solicitação<br>da BT e resposta                 |  |
|------------------------------------|--|--|---|--|
| CLARO<br>(Pregão nº 174/2014)      | 15.10.2014   | 21.10.2014<br>(preliminar)<br>22.10.2014<br>(final)                            | 6 dias<br>7 dias  |  |
| OI<br>(Pregão nº 144/2015)         | 21.10.2015   | 23.10.2015   | 2 dias  |  |
| TELEFONICA<br>(Pregão nº 144/2015) |  | 22.10.2015 (cotação de serviço de rede Especializada  posteriormente retirada) | 3 dias  |  |
| TELEFONICA<br>(Pregão nº 144/2015) | 29.10.2015   | 31.10.2015<br>(cotação apenas<br>de serviço NNI)                               | 2 dias  |  |
| CLARO<br>(Pregão nº 144/2015)      | 19.10.2015   | resposta ou<br>justificativa<br>apresentada à                                  | Não houve<br>resposta ou<br>justificativa<br>apresentada à BT<br>Brasil |  |

Fonte: Elaboração BT Brasil - SEI nº 208915

- 315. Já em sua defesa, após a instauração do Processo Administrativo, a Claro sustentou que:
  - 1 -Não ocorreu recusa, visto que a Claro forneceu cotação à BT para os pontos solicitados.
  - 11 -Sequer havia, sob a ótica concorrencial, obrigação da Claro em fornecer os serviços à BT.
  - O e-mail enviado pela BT com solicitação de cotação de serviços MPLS, datado de 19.10.2015, não foi respondido porque, em sequência, a própria BT, ciente de que o prazo (7 dias) por ela requerido para resposta era inviável, encaminhou, em 26.10.2015, nova solicitação de cotação para pontos de acesso Primelink (EILD ou ponto a ponto), que exigem menor customização e estudos de viabilidade técnica. A segunda solicitação foi respondida pela Claro em 30.10.2015.
  - A BT não reclamou, à época e nem posteriormente, do não recebimento da cotação de serviços MPLS, o que indica que ficou satisfeita com a cotação recebida para circuitos EILD, visto que ambas as solicitações de cotação coincidiam em relação aos pontos de acesso requeridos (endereços) e que a cotação fornecida pela Claro era suficiente para a BT participar do Pregão nº 144/2015 dos Correios.

316. Posteriormente, em sua manifestação apresentada em 16/06/2018, a Claro juntou documento com a troca de e-mails ocorrida à época da tratativa com a BT.

## Figura 11 - Troca de E-mails entre BT e Claro [ACESSO RESTRITO AO CADE, BT E À CLARO]

## Figura 12 - Troca de E-mails entre BT e Claro [ACESSO RESTRITO AO CADE, BT E À CLARO]

- 317. Como pode ser percebido, a BT enviou um segundo pedido de cotação à Claro no dia 26/10/2015 por meio da mensagem eletrônica com assunto "Cotação Planilha Correios Edital 2 Embratel 26-10-2015". Ou seja, tal pedido visava à preparação da BT para o Pregão nº 144/2015 como indicado pelo campo de assunto da mensagem, mas não há menção explícita que permita concluir que tal solicitação substituiria a demanda anterior referente a links MPLS. Segundo a Claro, houve tratativas informais mantidas com a BT para substituição do pedido de MPLS por PRIMELINK (EILD).
- 318. Em resposta a esta solicitação, a Claro enviou, em 30.10.2015, cotação para circuitos EILD (anexo "Cópia de Embratel – Correios – Clear Chanel.xlsx"), assim, no entendimento da Representada, diante dessa oferta tempestiva de EILD, não teria ocorrido recusa de contratar.
- Em síntese, as justificativas da Claro para a alegada recusa de contratar residem no fato de que o pedido de MPLS não foi 319. respondido por se tratar de um serviço customizado, de modo que não havia tempo hábil para concluir a realização dos estudos de viabilidade técnica e análises econômico-financeiras do projeto dentro do prazo exíguo de sete dias exigido pela BT. Por outro lado, a Representada ofertou uma proposta tempestiva de EILD, o que afastaria a hipótese de recusa.
- 320. No entanto, é de se notar o posicionamento diametralmente oposto quando se questiona a Representada sobre os estudos por ela realizados quanto à viabilidade e eficiências do consórcio. O objeto da contratação dos Correios continha mais de 8 mil pontos de acessos, de diferentes velocidades, em diversos municípios brasileiros, e contemplava não só o link ponto a ponto (produto demandado pela BT), mas também equipamentos, gerência de rede e assistência técnica; mas, nesse caso, a decisão da Claro de integrar o Consórcio e compor uma proposta para o certame baseou-se na experiência e conhecimento de uma funcionária sobre o mercado, e em sua sustentação oral perante o Conselho de Administração da empresa. Não foi apresentado a esta autoridade qualquer documento relevante pela Claro, ou pelas demais Representadas, produzido previamente ao certame no sentido de demonstrar o racional econômico utilizado para a formação do consórcio, para o atendimento dos circuitos demandados e para a consequente composição da proposta.
- 321. A arquitetura de enlaces MPLS ofertados pela Claro aos Correios por meio do consórcio prescinde de uma análise detalhada, enquanto, em contraposição, não houve tempo hábil para apresentar uma oferta competitiva à BT.
- 322. Adicionalmente, entende-se que, conforme apontado pela BT, o argumento ainda contrasta com o comportamento pregresso da Claro, bem como de outras empresas do setor que lograram atender à demanda da BT, conforme sistematizado no Quadro 3. Ao analisar os documentos apresentados pela Claro [166], parece ser usual a prática de prover orçamentos parciais ou preliminares. Isso é evidenciado nas seguintes correspondências eletrônicas da Claro endereçadas à BT e destacadas abaixo:
  - (...) Conforme falamos, segue anexa a cotação preliminar abordando 324 pontos do total da rede (...) em 21.10.2014
  - (...) Segue anexa a cotação final abordando o restante 579 pontos do total da rede (...) em 22.10.2014
  - (...) Segue anexa a cotação final abordando 1276 pontos do total da rede apresentada compondo nosso escopo final desta oferta. em
- 323. Desta forma, mesmo que se considere que o prazo informado pela BT tenha sido de fato insuficiente para a Claro realizar os estudos e formatar uma proposta, não foi apresentada nenhuma resposta parcial para BT relativa ao pedido de orçamento de 19.10.2015, contrariando uma prática que parece ser corriqueira baseada nos documentos apresentados pela própria Claro, relativos às negociações anteriores com a BT.
- Pondera-se, por fim, que também não foi identificada nenhuma comunicação da Claro informando à BT sobre a impossibilidade de atendimento ao pedido em função do prazo estipulado. Se o prazo de 7 dias estipulado pela BT era patentemente insuficiente, a Claro poderia ter prontamente comunicado a incapacidade de atendimento.
- A Claro ainda acrescenta que, se quisesse inviabilizar a participação da BT no pregão do Correios, não teria enviado a cotação para PRIMELINK, pois era isso que a BT precisava para determinados pontos. Contudo, ao se analisar a planilha com as cotações propostas para esse produto, nota-se que os preços ofertados tornam impossível a participação da BT de forma competitiva no certame. Ou seja, em última análise, a proposta apresentada inviabiliza, sim, a participação da concorrente. A tabela abaixo apresenta as cotações para PRIMELINK apresentadas pela Claro em comparação aos precos ofertados pela Claro na proposta do consórcio aos Correios.

## [ACESSO RESTRITO AO CADE, À CLARO E À BT]

- Como se pode observar, no caso dos circuitos de menor velocidade, que são a maioria e os mais capilarizados, a diferença entre o 326. preço ofertado pela Claro no Consórcio e o preço orçado para os links à BT é bastante significativa. Em relação aos links T4, por exemplo, o preço é cerca 2,6 vezes maior. Os valores somente são mais baixos para a BT nos enlaces a partir de T11, que são apenas 7. É de se notar que esses enlaces se situam justamente em grandes centros urbanos, onde há maior presença de outras prestadoras e, consequentemente, maior competitividade e alternativas para contratação [167].
- 327. Para completar, vale apresentar a tabela comparativa com o orçamento de MPLS da Claro para participação da BT no pregão dos Correios anterior (anulado), enviada para a BT em 09/02/2015. A tabela abaixo foi elaborada pela própria Claro e juntada aos autos em resposta ao Ofício 1248/2016, em que esta SG solicitou que fossem apresentadas todas as propostas realizadas à BT. Conforme mencionado anteriormente,

em virtude da temporalidade, tal proposta não se presta a comprovar que não houve a recusa denunciada. Contudo, ela é útil para demonstrar que a Claro, em momento anterior, foi plenamente capaz de apresentar uma proposta competitiva de MPLS para a Representante, cujo objetivo era disputar certame com objeto idêntico ao ora discutido. Como se pode notar, os links ofertados à BT naquela ocasião eram, em média, 36,8% mais baratos em comparação ao preço ofertado pela Claro aos Correios por meio do Consórcio.

## [ACESSO RESTRITO AO CADE, À CLARO E À BT]

- 328. Em que pese o produto MPLS não ser um insumo essencial de oferta obrigatória e regulado pela Anatel, conforme já mencionado, sua oferta deve seguir os preceitos gerais da regulação setorial e está sujeita também às normas antitruste. Como visto, o MPLS faz parte do portfólio das Representadas, e é usualmente ofertado ao mercado, tanto que a BT permanece cliente dessas operadoras em relação a esse produto. Por isso, deve ser comercializado em bases isonômicas e de forma não discriminatória. Quando a Claro deixa de apresentar uma proposta de MPLS e oferta à BT apenas EILD, normalmente mais caro devido às características de não compartilhamento, ela está praticando, em realidade, uma recusa implícita, já que seria impossível competir com as Representadas em consórcio utilizando como insumo enlaces 80% mais caros, em média.
- 329. Diante dessas evidências, a SG considera que a Claro não logrou êxito em apresentar justificativas incontestes que demonstrem racionalidade econômica legítima para sua conduta.
- 330. Com relação ao dano, alega a BT que a recusa em contratar por parte da Claro dificulta sua participação competitiva no Pregão nº 144/2015 e possui efeitos que alteram as condições de competição do mercado para demais licitações.
- A BT relata que depende do acesso à infraestrutura local e de transporte terrestre controlado majoritariamente pelas Representadas para compor proposta viável a disputar o provimento de SCM aos Correios. Especificamente, considerando a capacidade e abrangência da Claro, a sua recusa em contratar pode criar uma diferença arbitrária na disputa pelos clientes em favor da Representada. [168] No limite, a recusa pode inviabilizar a participação competitiva da BT no Pregão nº 144/2015 em razão do cerceamento de insumo essencial (acesso a infraestrutura fixa local e de transporte de dados) que é requisito para formação da proposta.
- Como discutido ao longo da presente Nota, embora a Claro não detenha PMS relevante em acesso local (última milha), tampouco em EILD local, ela possuiu poder de mercado em EILD de longa distância - mercado à montante do SCM dedicado - em vários municípios. De todo modo, ainda que a Claro não detenha poder de mercado relevante em infraestrutura de acesso, ela possuiu plenas condições de atender à demanda da BT, revelando-se a única alternativa com escala factível para contratação diante de uma negativa das incumbentes - Oi e Telefônica. Ao contrário do que afirmam as Representadas, não há outros players menores capazes de atender satisfatoriamente à demanda da BT. Com efeito, a única opção viável para uma contratação desse porte, além de Oi e Telefônica que, juntas, detém PMS em quase todo o Brasil, é a Claro. Agrava o cenário o fato de que, como se verá adiante, estas operadoras também ingressaram em uma estratégia individual de criar dificuldades para o rival participar do certame, associada à formação do Consórcio para disputar o mesmo objeto.
- Além disso, note que aqui se discute uma vantagem na disputa pelo serviço final (mercado downstream) em decorrência da dificuldade de acesso à infraestrutura (mercado upstream) imposta a competidor direto no Pregão nº 144/2015. Trata-se, portanto, de vantagem comparativa obtida por detentor de insumo essencial que imputa à concorrente desvantagem independentemente da eficiência que estas empresas possam ter na provisão do serviço de SCM. Assim, tal conduta, isoladamente, já é capaz de afetar negativamente a concorrência no mercado de SCM.
- 334. Ocorre que, para além do dano no certame específico dos Correios, a recusa de contratar, inserida em um contexto em que há ação coordenada pelas maiores empresas do mercado, resta por sinalizar aos demais competidores que não há como disputar em certames com participação das investigadas, tendo em vista que tal alinhamento aumenta o incentivo e a eficácia das práticas anticompetitivas individuais. Assim, alega a BT que a ação consorciada das investigadas implica a conjunção de ativos e recursos de rede e financeiros sobrepostos que dissuadem qualquer outra empresa de incorrer nos custos de preparação de propostas para disputar certames, inviabiliza a formação de consórcios entre as líderes do mercado e empresas de menor porte e, subsidiariamente, limita a concorrência entre as empresas consorciadas que poderiam competir individualmente pela prestação do serviço.
- 335. Entende-se, portanto, que caso o comportamento investigado no âmbito do Pregão nº 144/2015 se alastre para outras licitações de caráter nacional, restará configurada uma situação em que, no limite, somente os participantes do consórcio terão incentivos à participação em licitações públicas de abrangência nacional. Pondera-se que esta situação é potencialmente danosa ao desenvolvimento do mercado, uma vez que a participação em projetos de abrangência nacional ficaria restrita às empresas Representadas.
- Portanto, o dano descrito para a conduta individual de recusa de contratar potencialmente extrapola as questões relativas ao Pregão nº 144/2015. A conduta de recusa de acesso à rede, associada a um arranjo de coordenação, cria incentivo imediato e futuro às grandes provedoras de insumo em recusar a oferta às empresas que competem com elas no mercado de serviços.
- Conclui-se, portanto, que ante a detenção de poder de mercado por parte da Representada, a existência da conduta, a inexistência de justificativa inconteste para a recusa e a potencialidade de danos significativos à concorrência, resta configurada a conduta de recusa de contratar em relação à Claro.

## 3.5.2.2 Da conduta da Telefônica

Inicialmente, em que pese tenha sido afastada a hipótese de recusa de contratar pela Telefônica quando da instauração do presente Processo Administrativo, cabe revisitar os principais fatos ocorridos ao longo da negociação entre a BT e essa Representada, e apresentados na Nota Técnica nº 33/2017.

- Alega a BT que enviou solicitação de orçamento à Telefônica em 19.10.2015 para composição da proposta a ser apresentada no 339. âmbito do Pregão nº 144/2015 por meio de uma mensagem eletrônica cujo assunto é "Projeto Correios - Cotação NNI / Rede Especializada VIVO URGENTE".[169] A BT argumenta, em síntese, que:
  - Em 22.10.2015, a Telefônica apresentou à BT uma proposta. A prestadora informa à BT que esta proposta se baseava em uma composição que utiliza "Rede Especializada" (para links até 2 Mbps em SP) e rede MPLS (para links acima de 2Mbps e fora de SP).
  - 11 -Em 28.10.2015, as vésperas da licitação dos Correios, a Telefônica informa paralisar as negociações para a proposta de "Rede Especializada" em virtude de revisão de posicionamento da área financeira da empresa considerando "os parâmetros financeiros tais como CAPEX e a variação cambial dentre outros", conforme mensagem eletrônica enviada. [170] A Telefônica, portanto, comunica que não proverá o acesso à "Rede Especializada", ofertando os acessos por meio de "rede regular".
  - Alega a BT que o preço unitário apresentado pela Telefônica para o provimento de links pela "rede especializada" era, em média, 7 vezes mais baixo do que o preço unitário apresentado pela Telefônica para fornecimento do serviço MPLS por sua rede regular.
  - Sustenta, ainda, que os preços ofertados à BT pela Telefônica assim como pelos demais integrantes do Consórcio para as velocidades de até 2 MB (T4 a T7) estão substancialmente acima dos preços cobrados por outros participantes do mercado para os mesmos tipos de conexão[171].
  - A BT argumenta, por fim, que os preços finais propostos pelo Consórcio aos Correios para a prestação do SCM são inferiores ao preço cobrado da BT pelos integrantes do Consórcio para acesso à conexão terrestre. Pondera, portanto, que o insumo essencial para a composição da proposta estaria sendo oferecido pela Telefônica a um valor acima do valor do serviço final (insumos, equipamentos, etc) oferecido pelos integrantes do Consórcio. Tal fato só se explicaria pela ocorrência de discriminação anticompetitiva no provimento dos insumos à BT.
- 340. Em relação ao alegado, a Telefônica argumenta, em síntese, que: [172]
  - 1 -[ACESSO RESTRITO AO CADE, BT E À TELEFONICA]
  - [ACESSO RESTRITO AO CADE, BT E À TELEFONICA] 11 -
  - III -[ACESSO RESTRITO AO CADE, BT E À TELEFONICA]
  - [ACESSO RESTRITO AO CADE, BT E À TELEFONICA] IV -
  - ٧ -[ACESSO RESTRITO AO CADE, BT E À TELEFONICA]
  - VI -[ACESSO RESTRITO AO CADE, BT E À TELEFONICA]
  - VII -[ACESSO RESTRITO AO CADE E À TELEFONICA]
  - [ACESSO RESTRITO AO CADE, BT E À TELEFONICA] Assim, argumenta a Telefônica que não há qualquer recusa de contratar ou discriminação relacionada a proposta da BT para o Pregão dos Correios nº 144/2015.
  - A Telefônica pontua que os fatos apresentados apenas se reportam a um processo usual de negociação entre partes que não resultou em entendimento entre elas. Assim, entende a Telefônica que a alegada diferença entre os preços existente entre Rede Especializada e rede regular MPLS não é fruto de discriminação, como quer fazer crer a BT, mas de negociações distintas, em contextos completamente não comparáveis, daí a diferença de preços relacionada unicamente a diferentes condições de contratação.
- 341. Além de apresentar argumentação relativa à acusação de recusa de contratação e discriminação de preço, a Telefônica apresentou argumentos relacionados à hipótese de que a disparidade entre os preços ofertados à BT e os preços finais ofertados pelo Consórcio aos Correios é fruto de ganho de eficiência da atuação consorciada. Em síntese, argumenta a Telefônica que as diferenças de preços se justificam não apenas em razão dos ganhos de eficiência decorrentes da formação do consórcio em si, como também do volume de serviços contratados pelo Consórcio, que certamente difere dos serviços contratados (ou cotados) pela BT. Argumenta, finalmente, que "preços diferentes para produtos de amplitude ou abrangência distintos não podem ser confundidos com discriminação anticoncorrencial."[176]
- 342. Ante os argumentos apresentados pela Telefônica, a BT ponderou:
  - A Telefônica não traz nenhuma evidência da suposta negativa da BT de aceitar as tais "condições comerciais" para Rede Especializada. [177] Assim, a negativa relacionada à Rede Especializada não pode ser imputada a dificuldades de aceitação da própria BT.
  - Tal explicação não condiz com o próprio teor do comunicado da Telefônica de 28.10.2015, em que se aponta como causa para a repentina paralisação de negociação, que já durava mais de um ano, a alegação genérica de que a área financeira da empresa estaria revisitando o produto Rede Especializada por conta de "parâmetros financeiros tais como CAPEX e a variação cambial dentre outros". Logo, a BT reafirma que a negociação foi interrompida pela Telefônica às vésperas do Pregão dos Correios, sem justificativa.
  - Depreende-se das informações prestadas que a Telefônica pode praticar preços 7 vezes inferiores àqueles cobrados da BT Brasil. Isto é, infere-se da negociação que há - ao menos em tese - a possibilidade da Telefônica prover rede de acesso cobrando 7 vezes menos do que sua oferta à BT. Em um contexto em que a BT compete com a Telefônica pela a prestação de um serviço final, torna-se impossível disputar considerando que o insumo (acesso de rede) é consideravelmente mais barato para as concorrentes do que para a BT. Restaria, portanto, forte indício de que o mercado de SCM é dominado pelos atores que possuem acesso à rede e que esses atores são capazes de valer-se de posição dominante para inviabilizar entrada e competição de outros atores.

- 343. Do exposto, sobre a recusa de contratar em relação à Rede Especializada, parece bastante inusitado que, justamente às vésperas do certame, após longa negociação, a área financeira da Telefônica tenha decidido rever as condições de oferta e descontinuar o produto. Ressalte-se que não foram juntadas aos autos do presente processo quaisquer evidências concretas sobre a interrupção da comercialização do produto de forma ampla, para além do e-mail informando somente à BT que a solução estaria sendo revisitada pela área financeira, e que, por isso, as negociações seriam paralisadas.
- Contudo, deve-se levar em conta que esta parece ser uma oferta específica da Telefônica, aparentemente não usual no mercado de telecomunicações, e que pressupunha uma série de fatores para customização, como a migração de toda a rede da BT ao novo modelo da ofertante, o que torna difícil a caracterização da conduta de forma inequívoca por esta SG. E, de todo modo, há que se considerar que a Telefônica logrou ofertar à BT, tempestivamente, uma solução MPLS que, a priori, seria capaz de atender ao objeto demandado pela Representada de maneira substituível. Portanto, não é possível afirmar, para além da dúvida razoável, que a Telefônica praticou a conduta de recusa de contratar contra a BT ao interromper a negociação do produto Rede Especializada.
- 345. Reitera-se, entretanto que, em face dos argumentos trazidos ao longo do processo, é forçoso averiguar a ocorrência da conduta de discriminação de precos pela Telefônica quando da apresentação da mencionada proposta de MPLS, conforme será explorado a seguir.
- 346. Face às alegações da BT no que tange à suposta discriminação praticada pela Telefônica, esta SG solicitou às Representadas, por meio do Oficio nº 1.248/16[178], que apresentassem informações sobre o volume de pontos de acesso cotados por cada uma à BT e o ofertado pelo Consórcio aos Correios no Pregão nº 144/2015, bem como suas políticas de descontos por volume. Ainda foi solicitada a apresentação das cotações encaminhadas à BT para que esta compusesse sua proposta para aquele certame. Buscou-se, assim, dados que pudessem evidenciar, com base na comparação dos objetos das cotações e da proposta, a discriminação de preço denunciada.
- 347. Atendendo à solicitação, em resposta conjunta com as demais Representadas[180], ainda em sede de Inquérito Administrativo, a Telefônica informou preliminarmente que:
  - I A cotação solicitada pela BT a cada empresa do Consórcio não guarda semelhança com os requisitos técnicos ou contratuais, especialmente de nível de serviço (Service Level Agreement -SLA) exigidos pelos Correios. Este fato, por si só, dificulta sobremaneira a comparação exata dos dados. Assim, realizaram uma análise sobre o que foi oferecido à BT e o que é oferecido em outras cotações semelhantes para que fossem identificados os "gêneros" de acesso ou serviço para, assim, possibilitar a comparação.
  - II Os dados das cotações apresentadas à BT referem-se ao MPLS apenas, que não incluía nenhum elemento agregado adicional ("apenas o serviço MPLS porta a porta"). Já a oferta do Consórcio aos Correios incluía MPLS "porta a porta" com roteadores, SLA elevado e condições contratuais onerosas (por exemplo, diferentes penalidades previstas nos contratos).
  - III Cada uma das empresas fez, individualmente e em relação aos seus próprios números, os ajustes necessários nas planilhas para descontar os valores de serviços e roteadores ofertados aos Correios para deixar a comparação a mais exata possível entre o que foi cotado em cada caso.
- 348. Em sua resposta individual, a Telefônica apresentou planilha com dados relativos aos orçamentos enviados à BT e argumentou, em síntese, que [181]: [ACESSO RESTRITO AO CADE E À TELEFÔNICA]

۱-

II -

III -

- IV Existe uma clara diferenciação entre a solução e os elementos de rede que compõem aquilo que se oferece aos Correios dado que se utiliza apenas a infraestrutura da Vivo[182] -, e aquilo que seria preciso para o pleno atendimento da cotação da BT.
   A tipologia diferenciada em razão de aspectos puramente técnicos justifica a diferenciação de valores e comprova, mais uma vez, que as ofertas não são comparáveis entre si.
- 349. Ante os argumentos da Telefônica, insurgiu-se a BT com os seguintes apontamentos [183]:
  - I Há um elemento aparentemente contraditório nas informações dadas pela Telefônica: inicialmente argumentou que "a oferta aos Correios incluía serviço MPLS porta a porta, com roteadores, SLA elevado e condições contratuais onerosas (como exemplo, as diferentes penalidades)" [184] e, depois, alegou que "existe uma clara diferenciação entre a solução e os elementos de rede que compõem aquilo que se oferece aos Correios dado que se utiliza apenas a infraestrutura da Vivo (...)".
  - II As solicitações de cotação dirigidas às Representadas restringiram-se ao provimento de serviços em tecnologia MPLS "porta a porta", sem qualquer infraestrutura adicional. E "os únicos equipamentos necessários para que a BT Brasil pudesse atender aos Correios com a contratação de serviços de transmissão de dados via MPLS das operadoras investigadas são Roteadores NNI (network-to-network interface) elementos de interface entre a rede com solução MPLS" com a própria rede da BT. Tais roteadores, entretanto, seriam ativos da própria BT. Não há, portanto, que se falar em qualquer necessidade de investimentos adicionais em equipamentos ou outros serviços de valor agregado para justificar disparidade de preços a maior nas cotações de MPLS solicitadas pela BT no contexto do Pregão nº 144/2015.
  - III É de todo insubsistente o argumento de que os preços tenham sido diferenciados em função de requisitos contratuais diversos. Os níveis de SLA apresentados pelas Representadas à BT são muito menos rigorosos que os demandados pelos Correios o que deveria implicar a cobrança de preço inferior do que o praticado junto aos Correios. Assim, o ponto trazido pelo Consórcio seria, na verdade, mais uma comprovação do caráter discriminatório da precificação.[185]
  - IV O argumento de que os preços diferenciados tiveram por fundamento a diferença entre volumes cotados pela BT e aqueles demandados pelos Correios resta questionável pelas repostas trazidas em sede de inquérito. A diferença de volume deuse majoritariamente por causa dos enlaces T1, T2 e T3 que não foram solicitados pela BT. Considerando exclusivamente os enlaces orçados pela BT, entende-se que os volumes são comparáveis.

- Por fim, a Telefônica não ofereceu informações sobre a existência de uma política objetiva de descontos.
- 350. Em sua defesa, após a instauração do Processo Administrativo, a Telefônica trouxe novos argumentos e detalhou a justificativa para a diferença de preços denunciada e, de fato, constatada pelos dados disponíveis. Aduziu que:
  - A operacionalização de redes como a demandada pelos Correios é precedida de negociações que podem demorar meses e resultar em descontos de até 30%[186]. A oferta feita no âmbito do consórcio não pode ser comparada com a cotação ofertada à BT, que nem foi sujeita a uma negociação comercial, o que demonstra a falta de interesse de negociar da BT, que não fez nenhuma contraproposta.
  - Os serviços ofertados à BT diferem do ofertado ao Consórcio por, ao menos, três razões e, por isso, são incomparáveis. São elas: A) são mercados distintos (atacado e varejo) e as propostas foram geradas por áreas diferentes da Telefônica; B) a metodologia adotada pela SG na comparação dos preços ofertados à BT e aos Correios é equivocada, pois em nenhum caso os valores foram estabelecidos por faixa de velocidade, mas pela solução integrada de serviços e produtos, que considera fatores como velocidade, distância, níveis de qualidade, volume contratado, prazo de execução e negociação; C) A distância para ligar a rede da Telefônica a quaisquer agências dos Correios no estado de São Paulo é menor que a distância necessária para ligar a rede da BT às mesmas agências[187], fato que reflete no custo dos serviços e torna as ofertas (BT e Correios) distintas.
  - A diferença entre os valores ofertados à BT e aos Correios via Consórcio é de apenas [ACESSO RESTRITO], o que seria incapaz de afetar a competitividade da BT considerado todo o escopo da demanda dos Correios.
- 351. Com base nos dados apresentados pela Telefônica, foram sistematizadas na Nota Técnica nº 33/2017 as informações relativas a volume e preços das duas propostas (Correios e BT) conforme tabela abaixo.

## Tabela 6 - Dados de Volume e Preço - Telefônica

[ACESSO RESTRITO AO CADE E A TELEFÔNICA]

- 352. A Telefônica informou que sua participação no âmbito do Consórcio limitou-se ao provimento de acessos apenas no estado de São Paulo, e que a disparidade entre os preços ofertados à BT e os preços finais ofertados pelo Consórcio aos Correios é fruto de ganho de eficiência da atuação consorciada, em função da alegada complementaridade das redes, como também em razão do volume de serviços contratados pelo Consórcio.
- Conforme já mencionado, não foi apresentado a esta autoridade, por nenhuma Representada, qualquer documento relevante produzido previamente ao certame, no sentido de demonstrar o racional econômico utilizado para a formação do consórcio e a composição da proposta. Se a Telefônica é mais eficiente ao prover circuitos exclusivamente no estado de São Paulo, essa alegada eficiência poderia também se refletir em oferta de preços mais competitivos à BT no mesmo estado, o que não ocorreu, como se pode observar na tabela acima.
- 354. Em relação ao volume ofertado nesse estado pela Telefônica, nota-se que, no âmbito do Consórcio, a proposta da Representada incluía [ACESSO RESTRITO AO CADE À BT E À TELEFONICA] enlaces de T1 a T3, que não foram solicitados pela BT. Quando se analisam somente as faixas de velocidade cotadas para ambos os clientes, nota-se que os volumes são bastante próximos - [ACESSO RESTRITO AO CADE À BT E À TELEFONICA] ofertado aos Correios e [ACESSO RESTRITO AO CADE, À BT E À TELEFONICA] ofertado à BT. Assim, entende-se que, contrariamente ao que foi alegado pela Telefônica, os volumes são comparáveis.
- Embora a Telefônica argumente que não condiz com a realidade a segmentação do serviço prestado por faixas de velocidade, e que a solução da Telefônica envolveu uma solução de serviços de rede em pacote, com precificação global envolvendo diversos fatores; as evidências nos autos contrariam esse posicionamento.
- Primeiro, porque todas as propostas de orçamento juntadas ao processo, tanto pelas Representadas como pela BT, apresentam os preços por cada link, que são diferenciados basicamente em função da localidade e da velocidade[188]. Segundo, porque o edital previu no "Anexo da Proposta Econômica - Planilha de cotação de preço - Serviço de Comunicação Multimídia (item 1)" a especificação técnica dos circuitos em função da velocidade, conforme se depreende do Quadro 2 e da Figura 9, apresentados anteriormente na seção 3.2.6. Além disso, de acordo com o mesmo anexo, a proposta aos Correios deveria, sim, considerar os preços por tipo de circuito fornecido em cada Unidade Predial (localidade), a depender da velocidade, da criticidade e da assistência requerida, conforme se depreende também das figuras apresentadas na seção 3.2.6, extraídas do edital. Conforme já mencionado, o fato de o critério de julgamento das propostas ser o de menor preço global não afasta a necessidade de se cotar os enlaces em função de suas características técnicas, velocidade e localidade. Logicamente, a proposta final é decorrente da composição de preços dos circuitos ofertados individualmente, sobre a qual poderia incidir algum desconto.
- Diante desses argumentos, entende-se que é bastante razoável comparar os preços ofertados por faixa de velocidade para fins de verificar uma possível discriminação. Nesse sentido, é possível notar que, considerando-se apenas os enlaces em que houve oferta tanto para os Correios como para a BT, os preços propostos para a Representante são, em média, [ACESSO RESTRITO AO CADE À BT E À TELEFONICA] maiores do que aqueles ofertados aos Correios. Caso se considere apenas os enlaces de menor velocidade, de T4 a T7, a diferença é ainda mais significativa, e supera [ACESSO RESTRITO AO CADE À BT E À TELEFONICA]. Essa análise é importante porque, como visto, os circuitos de maior velocidade em geral encontram-se em municípios maiores, onde a presença de outras prestadoras é mais relevante. Assim, diante de um possível preço abusivo, a contratante teria outras opções para atender sua demanda. Ao contrário, nos enlaces de menor velocidade e maior capilaridade, em muitos municípios o que se observa é o monopólio das incumbentes. Com efeito, de acordo com dados da Anatel, a Telefônica possui participação de mercado em SCM acima de 90% em 455[189] dos 645[190] municípios de São Paulo, o que, como visto, revela a dominância dessa operadora sobre o acesso à última milha, e tornam as alternativas de contratação de infraestrutura de transporte e acesso no atacado praticamente nulas.
- Quanto à política de descontos da empresa, que poderia de alguma forma explicar a diferença de preços entre as propostas, a 358. Representada se resume a alegar que:

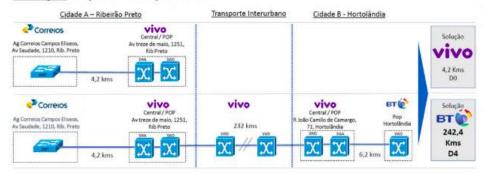
A precificação dos serviços prestados pela Peticionária é complexa e envolve a consideração de diversos fatores, como já destacado. Não há uma política ou estratégia consolidada de desconto que se aplique a todas as situações. O valor cobrado pode envolver apenas a

prestação dos serviços de transmissão de dados, como também o custo para a aquisição e instalação de equipamentos e infraestrutura necessários para a prestação desses serviços, como roteadores, equipamentos para suporte, serviço de multicast, de hubs, mão-de-obra, atualização de backbone, dentre outros.

- (...) a depender das condições de contratação negociadas, é possível que haja grande variação de preços. Fatores como duração do contrato, condições contratuais, riscos financeiros que envolvem toda implantação e execução de um projeto complexo e pacotes de serviços influenciam o preço final a ser ofertado. De modo geral, quanto mais pontos envolvidos e quanto maior o prazo do contrato (a justificar o retomo financeiro), mais fácil é a negociação para a redução de preço.
- 359. Como visto, a Representada não foi capaz de apresentar qualquer informação objetiva que permita a esta SG avaliar se a suposta política de descontos, que deveria ser ao menos isonômica e transparente, é capaz de explicar as diferenças de preço encontradas. Não há qualquer fundamentação em critérios objetivos que possibilite uma análise minimamente razoável. Ao contrário, a impressão é de que há apenas uma política genérica, e que os descontos são fornecidos de forma casuística e informal, algo que não condiz com o porte de uma empresa como a Telefônica. De todo modo, cabe registrar que, como visto, os volumes em questão são muito próximos, e o prazo contratual de ambas as propostas é o mesmo – 60 meses.
- 360. No que tange à incomparabilidade das ofertas, vale dizer que a demanda da BT em relação às Representadas é uma parcela, uma fração do que foi por elas ofertado aos Correios. Isto é, enquanto a proposta do Consórcio incluía o serviço MPLS completo, de porta a porta, inclusive com os equipamentos de rede, SLA elevado e condições onerosas (como as penalidades previstas), a demanda da BT compreendia basicamente as mesmas localidades, mas apenas o serviço de conectividade porta a porta, sem serviços adicionais, equipamentos ou SLA específico. Embora sejam, de fato, objetos de contratação distintos, todos esses elementos deveriam tornar os preços ofertados pelo Consórcio aos Correios maiores do que aqueles ofertados à BT, e não o contrário.
- É verdade que as Representadas realizaram os "ajustes necessários" ao prestarem esclarecimentos à SG em relação ao detalhamento dos valores ofertados para os Correios e para a BT, de modo que se pudesse comparar o conteúdo das propostas. [191] Contudo, não foram apresentados os critérios, as premissas ou quaisquer outros elementos supostamente utilizados para tais ajustes, de modo a permitir a correta avaliação, pela SG, dos fundamentos empregados pelas Representadas para realizar tais adaptações. De toda forma, mesmo assumindo, por hipótese, que os critérios de ajuste foram adequados, as expressivas diferenças de preços persistem. Portanto, esse argumento também não merece prosperar.
- Raciocínio análogo pode ser aplicado ao argumento de que negociações no atacado e no varejo são distintas. O produto ofertado no atacado, ou seja, o acesso à infraestrutura, é parte da solução comercializada no varejo, portanto, deveria ser mais barato, e não mais caro, como verificado no presente caso. Tal fato inclusive é um indício de que as Representadas, que atuam de forma verticalizada, adotam estratégias para compressão das margens de um possível concorrente para impedir sua operação no mercado varejista, conforme reconhecido pela Anatel e abordado anteriormente nesta Nota.
- Também não parece razoável o argumento de que os processos de negociação em que foram desenvolvidas as duas propostas de preço é bem distinto, e que a operacionalização de redes como a demandada pela BT para atendimento aos Correios é precedida de negociações que podem demorar meses e resultar em descontos de até 30%. Independentemente das diferencas entre os processos, uma vez que a proposta ofertada aos Correios consistia em procedimento licitatório, enquanto no caso da cotação ofertada à BT tratava-se de uma negociação comercial de natureza privada, a questão da criticidade do prazo é semelhante, o que muda é o interesse. A Telefônica tinha conhecimento da urgência da BT em receber uma proposta para participação no certame, "nas melhores condições possíveis", conforme registrado por e-mail. Contudo, o que resta evidente é que não há incentivos para a Representada ofertar uma proposta tempestiva e competitiva no mercado upstream para um potencial competidor no mercado downstream. Registre-se que as localidades contempladas em ambas as propostas (Correios e BT) para o estado de São Paulo eram basicamente as mesmas, com a peculiaridade dos demais requisitos exigidos pelos Correios serem mais gravosos.
- A Telefônica ainda sustentou que as propostas foram elaboradas por diferentes áreas comerciais da empresa (atacado, no caso da BT, e varejo, no caso dos Correios) e, portanto, balizadas por distintos critérios e variáveis. Também não se vislumbra qualquer razoabilidade neste argumento. Não é crível que a direção da empresa não tenha conhecimento, ingerência e efetivo poder decisório sobre todas as negociações de grande vulto em que a Telefônica se engaja.
- Em relação aos enlaces ofertados fora do estado de São Paulo, argumenta a Telefônica que, nessas localidades, para que fosse possível atender à solicitação da BT Brasil, seria preciso um maior aporte de valores em razão da necessidade de investimento para a construção da tecnologia e prestação do serviço.
- Contudo, a contraposição dos dados da oferta da Telefônica à BT para localidades fora de SP[192] com os dados da Anatel relativos a mapeamento de redes de transporte[193] (que indicam onde há infraestrutura de backhaul[194] de fibra óptica em cada município) sugere uma realidade distinta. Segundo essa análise, dos 2630 sites orçados pela Telefônica à BT, em 1618 a Representada possuía rede de transmissão em fibra óptica, enquanto em outros 786 pontos a empresa está presente por meio de alguma outra tecnologia de transporte não especificada. Portanto, é questionável o argumento de que a Telefônica necessitaria de investimentos relevantes para atender a demandas fora de SP. E, ainda que tais investimentos fossem necessários, deveriam constar da coluna de custo de instalação na proposta, e não do custo mensal de prestação do serviço.
- 367. Some-se a esses argumentos o fato de a Telefônica, em seu site, anunciar que seu produto VPN IP MPLS - que permite integrar todas as aplicações de uma operadora ou provedor em um único acesso com mais agilidade e segurança - possuiu abrangência em todo território nacional, conforme já observado na Figura 3.
- 368. Por fim, cabe analisar o argumento da Telefônica de que a baixa capilaridade da BT demandaria mais elementos de rede (repetidores de sinal, roteadores, enlaces etc.) para cobrir a distância necessária entre os pontos concentradores da BT e os pontos de rede da ECT. As figuras seguintes ilustram a explicação da Representada.

Figura 13 - Comparativo soluções Vivo vs Vivo + BT

#### Caso Degrau: Solução VIVO vs Solução VIVO+BT



Fonte: Informações prestadas pela Telefônica.[195]

- 369. No primeiro cenário, a Telefônica representa uma comunicação local a partir da agência dos Correios em Hortolândia, que se denominou degrau 0 (D0). Já no segundo, a comunicação é a partir da agência de Ribeirão Preto, que, no caso da solução "Vivo + BT", necessitaria de um "transporte interurbano" até alcançar o Pop (ponto de presença) da BT em Hortolândia, utilizando, para isso, mais elementos de rede. Essa distância percorrida foi classificada como degrau 4 (D4).
- 370. Contudo, essa classificação de enlaces em função da distância (degrau) é própria do produto EILD, e não do MPLS. Como visto, a EILD consiste em um circuito físico, dedicado e exclusivo entre dois pontos. De forma geral, e em consonância com o disposto pela Anatel, os preços de EILD variam em função da distância entre origem e destino (que vai de D0 a D8), da velocidade, e da Região do PGO em que o produto é ofertado.
- Já a solução de conectividade baseada em MPLS é transparente ao circuito físico, ou seja, os "labels" (ou rótulos) identificam enlaces virtuais (caminhos) entre os nós ao invés de pontos terminais. Os caminhos são determinados dinamicamente, em função da distribuição do tráfego na rede e do grau de utilização dos *links*. Nesse caso, ocorre uma multiplexação estatística onde diferentes canais de comunicação compartilham os mesmos recursos físicos e a capacidade de transmissão, ocupando-os de forma dinâmica em função da demanda. Ou seja, nesse caso, o caminho físico não importa, e pode variar em função das condições de tráfego. Não por acaso a rede MPLS de uma operadora é normalmente representada como uma nuvem.
- 372. Como visto, o MPLS é uma alternativa para se prover redes privadas virtuais por meio do *backbone* IP de determinada operadora, simulando uma conexão ponto a ponto. Assim as VPNs permitem estender as redes corporativas de uma empresa a pontos distantes, mas, ao invés de utilizar várias linhas dedicadas (como as EILDs) para interconexão entre os diferentes pontos, o que onera sobremaneira o custo da rede, uma VPN MPLS utiliza os serviços das redes IP, que podem ser compartilhados por diferentes serviços ou usuários.
- 373. A esse respeito, vale apontar trecho do site da Embratel (grupo Claro) onde é divulgado seu produto "Rede Única Dados MPLS". A operadora destaca o benefício de "Redução de Custos", ressaltando que:
  - A distância entre os pontos da VPN ou sua configuração (topologia) não provocam impacto no custo total, garantindo, assim, o melhor custo e benefício na solução de formação de redes.[196]
- 374. Também vale mencionar trecho de Proposta de Serviços da Claro sobre MPLS[197], que reforça a irrelevância da distância na solução (que tecnicamente é a mesma, independente da prestadora):
  - O Backbone MPLS funciona com enlaces em "rede malha", interligando os POP's (pontos de presença) com rotas alternativas e comutação automática A "rede malha" do CONSÓRCIO (mesh) é uma rede de transporte que interliga vários pontos através de múltiplas rotas. Cada ponto da rede tem no mínimo três rotas distintas. A rede opera através de software de gerência que analisa permanentemente o estado de cada rota e é capaz de se autoconfigurar imediatamente na ocorrência de falhas simples ou duplas, evitando assim a queda de enlaces. Isso é possível porque as rotas entre os vários vértices da rede não são ocupadas com 100% de sua capacidade, o que possibilita a escolha de uma nova rota entre duas estações, através de uma terceira, no caso extremo de queda de enlaces.
- 375. Outro ponto a se considerar é que o serviço prestado pela Telefônica aos Correios não contempla somente a terminação entre o Pop da Telefônica mais próximo e determinada agência dos correios, mas também todo o tráfego dentro da rede da Telefônica, que antecede esse ponto. Esse serviço de encaminhamento também deve estar contemplado no preço cobrado dos Correios, e não parece ser muito diferente do que seria necessário para encaminhar o tráfego entregue pela BT na rede da Telefônica. Inclusive, há também que se questionar em que ponto as demais consorciadas entregarão o tráfego proveniente de suas redes à Telefônica. Certamente não é em cada um dos Pops próximos às agências, mas possivelmente em um ponto concentrador, assim como no caso da BT. Ou seja, o contexto de encaminhamento de tráfego nas redes não é muito diferente nos dois cenários.
- 376. Ainda que se considere a necessidade de conectar a rede da BT à rede da Telefônica, gerando um enlace adicional que inexiste quando a Telefônica presta o serviço diretamente, esse elemento de rede (roteador NNI) necessário seria fornecido pela BT.
- 377. A indiferença da distância a ser percorrida também se reflete nos diversos exemplos de formulação de propostas que foram juntadas aos autos. Enquanto nas propostas de EILD constam os endereços da ponta A e da ponta B, bem como o degrau equivalente e outros parâmetros técnicos, no caso do orçamento para MPLS, somente consta o endereço do ponto de terminação do tráfego, onde se situa a última milha (além, também, de outros parâmetros técnicos).
- 378. Por todo o exposto, conclui-se que a diferença na topologia das soluções ofertadas pela Representada também não é capaz de explicar a discrepância de preços identificada, restando claro que a Telefônica não foi capaz de apresentar justificativas objetivas incontestes para as condutas praticadas.

- Com relação ao dano, cabe retomar em grande parte as considerações tecidas quando da análise da conduta imputada à Claro. A BT relata que depende do acesso à infraestrutura local e de transporte terrestre controlado majoritariamente pelas Representadas para compor proposta viável a disputar o provimento de SCM aos Correios. Considerando o poder de mercado detido pela Telefônica especificamente no estado de São Paulo, mas também levando em conta sua capacidade de prover circuitos fora desse estado, a conduta discriminatória da Representada pode criar uma diferença arbitrária na disputa pelos clientes em favor do Consórcio. No limite, tal conduta é capaz de inviabilizar a competitividade da BT e de outras possíveis concorrentes no mercado downstream, em razão da criação de dificuldades para acesso a insumo essencial (infraestrutura fixa local e de transporte de dados) que é requisito para formação da oferta no varejo.
- 380. Conforme mencionado, no presente caso se discute uma vantagem na disputa pelo serviço final (mercado *downstream*) em decorrência da dificuldade de acesso à infraestrutura (mercado *upstream*) imposta à competidor direto no Pregão nº 144/2015. Trata-se, portanto, de vantagem comparativa obtida por detentor de insumo essencial que imputa à concorrente desvantagem independentemente da eficiência que estas empresas possam ter na provisão do serviço de SCM. Assim, tal conduta, de forma isolada, já é capaz de afetar negativamente a concorrência no mercado de SCM, com o agravante de que as demais operadoras Representadas também ingressaram em uma estratégia individual de criar dificuldades para o rival participar do certame, associada à formação do Consórcio para disputar o mesmo objeto.
- 381. Ainda, entende-se que, caso o comportamento investigado no âmbito deste Pregão se estenda para outras licitações de caráter nacional, restará configurada uma situação em que, no limite, somente os participantes do consórcio terão incentivos à participação em licitações públicas de abrangência nacional. Assim, o arranjo de coordenação entre as Representadas cria incentivo imediato e futuro às grandes provedoras de insumo em recusar ou dificultar a oferta às empresas que competem com elas no mercado de serviços.
- 382. Conclui-se, portanto, que ante a detenção de poder de mercado por parte da Representada, a existência da conduta, a inexistência de justificativa inconteste para a discriminação e a potencialidade de danos significativos à concorrência, resta configurada a conduta de discriminação de preços em relação à Telefônica.

### 3.5.2.3 Da conduta da Oi

- 383. A BT informou ter enviado solicitação de orçamento à Oi, em 21.10.2015, para composição da proposta a ser apresentada no âmbito do Pregão nº 144/2015 [198].
- 384. De maneira similar ao ocorrido em relação à Telefônica e à Claro, os preços finais propostos pelo Consórcio aos Correios para a prestação do serviço de SCM seriam inferiores ao preço cobrados da BT pela Oi para o acesso à sua infraestrutura.
- 385. Em sua defesa preliminar, ainda em sede de Inquérito Administrativo, a Oi argumentou, em conjunto com as demais Representadas, que as diferenças de preços seriam justificadas não apenas pelos ganhos de eficiência decorrentes da formação do Consórcio, mas também devido ao volume de serviços contratados pelos Correios, que era diferente do volume de serviços cotados pela BT. Segundo as Representadas, preços diferentes para produtos de amplitude ou abrangência distintos não poderiam ser confundidos com discriminação anticoncorrencial. [199]
- 386. Instada a se manifestar por meio do Oficio nº 1248/2016, a Oi apresentou a esta SG dados relacionados à oferta de circuitos MPLS à BT, à proposta do Consórcio aos Correios, bem como à participação da Oi no âmbito do Consórcio.
- 387. Em conjunto com as demais Representadas, a Oi informou que os dados foram submetidos a ajustes necessários para descontar os valores de serviços e roteadores ofertados aos Correios, de modo a deixar a comparação o mais próximo possível com os serviços cotados à BT. E também sustentou:
  - (...) verifica-se que o volume de acesso ofertado pela Oi ao Consórcio [ACESSO RESTRITO AO CADE E À OI] é quase [ACESSO RESTRITO AO CADE E À OI] vezes superior ao número de acessos solicitado pela BT [ACESSO RESTRITO AO CADE E À OI], o que já justificaria a diferença de valor apresentada. (....) ainda que a diferença de preços é incapaz de comprovar qualquer tipo de conduta anticompetitiva por parte da Oi e que a formação do Consórcio pelas Operadoras permitiu que cada uma delas pudesse atender às regiões em que possuem melhor infraestrutura com custo menor, evitando a necessidade de investimentos adicionais. Isso não ocorreu com as propostas apresentadas separadamente por cada uma das Operadoras à BT Brasil.[200]
- 388. A Tabela 7 abaixo apresenta os dados informados pela Oi.

# [ACESSO RESTRITO À OI]

- 389. Na Nota Técnica nº 33/2017, foi apontado que o valor médio dos enlaces ofertados pela Oi ao Consórcio (Coluna 6) é exatamente igual ao valor médio da oferta final do Consórcio aos Correios (Coluna 3), ainda que as quantidades sejam distintas. Isto é, mesmo que quantidade final de enlaces da proposta do Consórcio (8.223) seja maior do que o número de enlaces ofertados pela Oi no Consórcio [ACESSO RESTRITO AO CADE E A OI], o preço médio final do Consórcio por faixa é exatamente igual ao valor médio dos enlaces da Oi.
- 390. Para além de ser inusitado que os participantes do Consórcio, ao unirem esforços para compor sua proposta aos Correios, tenham obtido exatamente o mesmo valor médio para as velocidades T1 a T12 que os valores médios alcançados pela Oi isoladamente, é de se notar que o racional da suposta política de descontos por volume não se verifica nessa situação. Isso porque ainda que o volume de circuitos ofertados pelo Consórcio tenha sido maior que o volume ofertado pela Oi ao consórcio, os preços são os mesmos.
- 391. Além disso, assim como observado para o caso da Telefônica, em relação ao volume ofertado pela Oi, nota-se que, no âmbito do Consórcio, a proposta desta Representada incluía [ACESSO RESTRITO AO CADE À BT E À OI] enlaces de T1 a T3, que não foram solicitados pela BT. Quando se analisam somente as faixas de velocidade cotadas para ambos os clientes, nota-se que os volumes são próximos [ACESSO RESTRITO AO CADE À BT E À TELEFONICA] ofertado aos Correios e [ACESSO RESTRITO AO CADE, À BT E À TELEFONICA] ofertado à BT.

Ao comparar o valor ofertado pela Oi à BT (Coluna 9) com o valor ofertado pela Oi ao Consórcio (Coluna 6), verifica-se que o valor 392. médio dos enlaces da proposta à BT é superior à proposta dos Correios em todas as faixas de velocidade. Embora os volumes sejam diferentes, não há não há linearidade na relação volume e valor médio do enlace. Os dados do gráfico abaixo, apresentado na Nota Técnica nº 33/2017, ilustram esse fato.

## [ACESSO RESTRITO AO CADE E À OI]

- 393. Conforme argumentando em seção anterior, que analisou a conduta imputada à Telefônica, entende-se que é bastante razoável comparar os preços ofertados por faixa de velocidade com a finalidade de verificar uma possível discriminação. Nesse sentido, é possível notar que, considerando-se apenas os enlaces em que houve oferta tanto para os Correios como para a BT, os preços propostos para a Representante são, em média, [ACESSO RESTRITO AO CADE À BT E À OI] maiores do que aqueles ofertados aos Correios. Caso se considere apenas os enlaces T4, que representam cerca de [ACESSO RESTRITO AO CADE À BT E À OI] da demanda da BT em relação à Oi, a diferença de preço é ainda mais significativa, cerca de [ACESSO RESTRITO AO CADE À BT E À OI].
- Como visto, no caso dos enlaces de menor velocidade e maior capilaridade, em muitos municípios o que se observa é o monopólio das incumbentes. Com efeito, de acordo com dados da Anatel, a Oi possui participação de mercado em SCM acima de 90% em 4089 municípios, sendo que é observado monopólio em 2115 municípios[202]. Tais dados reforçam que há elevada dominância dessa operadora sobre o acesso à última milha em quase todo o território nacional, à exceção do estado de São Paulo, o que tornam as alternativas de contratação de infraestrutura de transporte e acesso no atacado praticamente nulas.
- 395. Portanto, os volumes por faixa de velocidade são comparáveis, e ainda que se considerasse a quantidade total de circuitos ofertados em ambos os contratos, cujas diferenças de preços poderiam ser explicadas por uma possível política de descontos, a Representada se limita a alegar que a precificação dos serviços é complexa e envolve a consideração de diversos fatores: "Não há uma política ou estratégia consolidada de desconto que se aplique a todas as situações. " Mais uma vez, a impressão é de que há apenas uma política genérica, e que os descontos são fornecidos de forma casuística e informal, algo que não condiz com o porte de uma empresa como a Oi.
- Logo, depreende-se que, contrariamente ao que foi alegado pela Oi, a diferença de volume de circuitos ofertados, por si só, não 396. parece ser capaz de justificar a diferença de preços verificada.
- O argumento compartilhado pela Oi, em conjunto com as demais Representadas, de que a disparidade entre os preços ofertados à BT e os preços finais ofertados pelo Consórcio aos Correios seria fruto de ganho de eficiência da atuação consorciada parece igualmente frágil. Conforme explorado anteriormente, as Representadas não foram capazes de apresentar qualquer documento relevante produzido previamente ao certame, no sentido de demonstrar o racional econômico utilizado para a formação do consórcio e a composição da proposta, ou as supostas eficiências decorrentes.
- 398. A esse respeito, cabe registar que, conforme alegado pela Representada:

[ACESSO RESTRITO AO CADE E À OI].

- 399. Ou seja, aparentemente não há qualquer registro documental que poderia por ventura fundamentar as diferenças de preço verificadas.
- 400. Se as eficiências derivam do fato de que cada operadora ofertaria circuitos em suas respectivas áreas geográficas de atuação, onde possuem melhor infraestrutura, sendo responsáveis pela manutenção de suas próprias redes, sem custos de transação, essas supostas eficiências também deveriam se refletir na proposta de circuitos apresentada à BT no caso de localidades em que tais operadoras possuem rede própria, o que não ocorre. Especificamente no caso da Oi, a proposta solicitada pela BT previa somente localidades em que tal Representada está presente, o que exclui apenas grande parte do estado de São Paulo[204]. Ademais, nota-se nas propostas que, quando não é tecnicamente possível atender determinada localidade, a operadora simplesmente não registra oferta, preenchendo com "no bid" no campo de preço. E ainda há um valor discriminado referente à instalação do circuito, cobrado à parte, ou seja, se há custos adicionais de CAPEX, estes não influenciam os preços do serviço mensal aqui analisado.
- 401. Não há que se falar, portanto, em custos maiores para atendimento da demanda da BT ou em supostas eficiências do Consórcio devido às ofertas em complementaridade. A situação é a mesma - cada operadora oferta circuitos nas localidades em que está presente. Aliás, como há elevada sobreposição entre elas, especialmente entre Oi e Claro, cumpre destacar que, no âmbito do Pregão, para além do estado de São Paulo (atendido pela Telefônica), curiosamente os principais itens do contrato foram simplesmente divididos em proporção quase exata entre Claro e Oi, conforme se observa na tabela abaixo. Tal divisão não parece estar relacionada à possibilidade de cada operadora em "atender às regiões em que possuem melhor infraestrutura com custo menor, evitando a necessidade de investimentos adicionais."

## Quadro 4 - Objeto do Edital e Divisão entre Consorciadas

| REDE CORREIO                                 | DS ,                  |      |  |
|--|-----------------------|------|--|
| Itens do Objeto do Edital                    | :Consorciada          | %    |  |
| 3  | TELEFÔNICA BRASIL S/A |      |  |
| 1 – Serviço de Comunicação Multimídia        | CLARO S/A             | 43%  |  |
|  | QI MÓVEL S.A          | 43%  |  |
|  | TELEFÔNICA BRASIL S/A | 14%  |  |
| 2 - Serviços Adicionais                      | CLARO S/A             | 43%  |  |
|  | OI MÓVEL S.A          | 43%  |  |
| 3 - Repasse de conhecimento                  | P,RIMESYS S/A         | 100% |  |
| 4 - Serviço de distribuição multicast        | CLARO S/A             | 100% |  |
| 5 - Gerência da Rede de Comunicação de Dados | PRIMESYS S/A          | 100% |  |

Fonte: Petição BT Brasil SEI 0589425.

- 402. Igualmente, embora a Oi alegue, em conjunto com as demais Representadas, que fatores como duração do contrato, condições contratuais, riscos financeiros e pacotes de serviços influenciam o preço final a ser ofertado; de modo geral, vale repisar que a demanda da BT em relação às Representadas é uma parcela, uma fração do que foi por elas ofertado aos Correios. Novamente, enquanto a proposta do Consórcio incluía o serviço MPLS completo, de porta a porta, inclusive com os equipamentos de rede, SLA elevado e condições onerosas (como as penalidades previstas), a demanda da BT compreendia basicamente as mesmas localidades, mas apenas o serviço de conectividade porta a porta, sem serviços adicionais, equipamentos ou SLA específico. Todos esses elementos deveriam tornar os preços ofertados pelo Consórcio aos Correios maiores do que aqueles ofertados à BT, e não o contrário.
- Conforme ponderado anteriormente, em que pese cada Representada ter realizado os "ajustes necessários" ao prestarem esclarecimentos à SG em relação ao detalhamento de suas propostas, não foi apresentado qualquer racional supostamente utilizado para tais adequações, de modo a permitir a correta avaliação da controvérsia pela SG.
- De toda forma, mesmo assumindo, por hipótese, que os critérios de ajuste foram adequados, as diferenças observadas entre os preços ofertados pela Oi à BT e ao Consórcio são extremamente elevadas, e não podem ser justificadas por nenhum dos argumentos trazidos à baila. Resta claro, portanto, que tampouco a Oi foi capaz de apresentar justificativas objetivas incontestes para as condutas praticadas.
- 405. Com relação ao dano, cabe retomar as os elementos analisados nas seções anteriores. A BT relata que depende do acesso à infraestrutura local e de transporte terrestre controlado majoritariamente pelas Representadas para compor proposta viável a disputar o provimento de SCM aos Correios. Considerando o poder de mercado detido pela Oi em praticamente todo território nacional, a conduta discriminatória da Representada pode criar uma diferença arbitrária na disputa pelos clientes em favor do Consórcio. No limite, tal conduta pode inviabilizar a competitividade da BT e de outras possíveis concorrentes no mercado downstream em razão da criação de dificuldades para acesso a insumo essencial (infraestrutura fixa local e de transporte de dados) que é requisito para formação da oferta no varejo.
- Conforme mencionado, no presente caso se discute uma vantagem na disputa pelo serviço final (mercado downstream) em decorrência da dificuldade de acesso à infraestrutura (mercado upstream) imposta à competidor direto no Pregão nº 144/2015. Trata-se, portanto, de vantagem comparativa obtida por detentor de insumo essencial que imputa à concorrente desvantagem independentemente da eficiência que estas empresas possam ter na provisão do serviço de SCM. Assim, tal conduta, de forma isolada, já é capaz de afetar negativamente a concorrência no mercado de SCM, com o agravante de que as demais operadoras Representadas também ingressaram em uma estratégia individual de criar dificuldades para o rival participar do certame, associada à formação do Consórcio para disputar o mesmo objeto.
- 407. Repise-se que, caso o comportamento investigado no âmbito deste Pregão se estenda para outras licitações de caráter nacional, restará configurada uma situação em que, no limite, somente os participantes do consórcio terão incentivos à participação em licitações públicas de abrangência nacional. Assim, a conduta de discriminação no acesso à rede, associada a um arranjo de coordenação, cria incentivo imediato e futuro às grandes provedoras de insumo em recusar ou dificultar a oferta às empresas que competem com elas no mercado de serviços.
- 408 Conclui-se, portanto, que ante a detenção de poder de mercado por parte da Representada, a existência da conduta, a inexistência de justificativa inconteste para a discriminação e a potencialidade de danos significativos à concorrência, resta configurada a conduta de discriminação de preços em relação à Oi.

#### 3.5.3 Conduta concertada entre concorrentes

## 3.5.3.1 Considerações Iniciais

- 409. As condutas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante, com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos, a conduta visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade. As situações mais comuns de práticas restritivas horizontais são formação de cartéis, estabelecimento de acordos entre empresas, ilícitos de associações profissionais e prática de preços predatórios. [205]
- A conduta concertada entre concorrentes pode ser entendida como uma forma de coordenação entre empresas que, independentemente da formalização de um acordo propriamente dito, substitui conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre potenciais concorrentes. Ainda que tácitas, tais condutas concertadas são, também, uma forma de conluio, pois reduzem a competição entre agentes do mercado, aumentam o poder de mercado das firmas que fazem parte do acordo e podem culminar com a exclusão de rivais.

- 411. É sob esse prisma que será analisada a denúncia de conduta concertada apresentada pela BT, segundo a qual as Representadas têm utilizado o instituto legal do consórcio em licitações promovidas por órgãos públicos e empresas estatais federais para evitar a competição que haveria entre elas caso atuassem de forma individual. Ainda, segundo a BT, a atuação consorciada substituiria conscientemente os riscos da concorrência entre as empresas líderes do mercado, gerando potenciais efeitos deletérios ao desenvolvimento do mercado.
- 412. Sustentou a Representante que as empresas Claro, Oi e Telefônica possuem escopo de atuação nacional, com grande poder de mercado no acesso à infraestrutura local de telecomunicações, de maneira que a formação de um consórcio entre elas só pode ser justificada a partir da possibilidade de praticar condutas anticoncorrenciais.[206] Especificamente, as Representadas seriam capazes de prestar sozinhas os serviços de telecomunicações objeto do Pregão nº 144/2015 dos Correios (ainda que contratassem elementos de rede de outras empresas), mas optaram por celebrar consórcio entre si "com evidente propósito anticompetitivo" que visa à dominação do mercado.[207]
- 413. A BT defende a tese de que, embora seja instrumento legal, o consórcio é um arranjo suficiente para o falseamento da concorrência. E que, caso cada consorciada participasse isoladamente da licitação, dependeria da contratação das outras para prestar serviço em algumas regiões específicas onde não detêm infraestrutura local própria. Desse modo, a participação isolada no leilão frustraria a estratégia de discriminação adotada por cada uma das Representadas, pois a discriminadora poderia ser discriminada ao tentar contratar acessos de outra empresa.
- 414. Ainda aduziu a BT que a participação em conjunto na licitação tornaria efetiva a conduta de discriminação individualmente exercida para "bater terceiros não alinhados, os quais serão invariavelmente dependentes das Consorciadas." [208] Restaria, assim, caracterizada ação concertada com os fins de substituir conscientemente os riscos da concorrência por meio de uma cooperação entre os principais concorrentes.
- 415. Consoante a metodologia de análise proposta para investigação das condutas, descrita na seção 3.5.1, as seções seguintes se destinarão a investigar se as práticas concertadas trazidas aos autos consistiram, de fato, em condutas passíveis de enquadramento como infração da ordem econômica. Para isso, as seguintes etapas serão percorridas: descrição e delimitação da prática; avaliação do poder de mercado; análise das justificativas objetivas; e potencialidade de danos à concorrência
- 416. Antes de iniciar tal análise propriamente, convém apresentar alguns pressupostos teóricos sobre a adoção de consórcios em licitações públicas.

### 3.5.3.2 Pressupostos teóricos

- 417. Entende-se por consórcio a celebração de um acordo entre empresas para a realização de uma atividade específica, em que não há criação de uma nova pessoa jurídica, nem alteração das personalidades jurídicas de seus integrantes.
- 418. A constituição de consórcio para participação em licitações públicas, disciplinada pelo art. 33 da Lei nº 8.666/93, é recomendável naquelas situações em que parcela significativa das empresas do ramo da atividade licitada não possui condições de participar isoladamente do certame, em face das condições do mercado ou da complexidade técnica do objeto.
- 419. A regra, no entanto, é que a Administração Pública privilegie a participação de licitantes com propostas individuais, a fim de se obter aquela mais vantajosa para a execução do objeto. Embora a admissibilidade da participação de consórcio de empresas em licitação pública seja uma discricionariedade do administrador, esta não é absoluta. Ressalta o TCU que a faculdade de admitir ou não consórcio de empresas no pregão deve ser ponderada conforme as necessidades do caso concreto. Assim, o juízo acerca dessa admissibilidade vir a influenciar a competitividade depende de cada situação específica. Há casos em que a formação de consórcios pode reduzir o universo da disputa, enquanto há outros em que as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas fazem com que a associação amplie a competitividade do certame. [209].
- 420. Sob a ótica do direto concorrencial, cabe destacar que a formação de consórcios, por si só, não é um ilícito antitruste. Pelo contrário: a formação de consórcios entre empresas é uma prática comum em diversas situações, como na execução de grandes obras de engenharia, em atividades de pesquisa ou exploração de minerais, especialmente em licitações públicas.
- 421. Contudo, a possibilidade da formação de consórcio entre empresas concorrentes para participar de licitações públicas, prevista pela Lei nº 8.666/93, e a sua permissão em edital não retiram a competência do Cade para investigar possível ocorrência de infração à ordem econômica em razão do consórcio formado. Nos termos do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, os atos sob qualquer forma manifestados que possam limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência são alcançados pela tutela concorrencial.
- 422. Não se coloca aqui a discussão sobre eventual substituição do controle do Cade pela regulação específica ou setorial, já que nem a Lei de Licitações e tampouco os editais específicos formulados pelas autoridades concedentes tratam das questões específicas atinentes aos efeitos sobre a ordem econômica da atuação consorciada de empresas concorrentes em licitações para a outorga ou concessão de infraestrutura relevante para um setor econômico.
- 423. Tanto é assim que, até a promulgação da nova Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, a constituição de consórcio entre empresas concorrentes para participar de licitações públicas era de notificação obrigatória, estando sujeita ao controle de estrutura no âmbito da análise dos atos de concentração econômica sob a Lei nº 8.884/94. A Súmula nº 03 do antigo Cade, de 21.09.2007, estabeleceu que a contagem do termo inicial do prazo para notificação dos "atos de concentração realizados com o propósito específico de participação em determinada licitação pública" ocorria a partir da data de celebração do contrato de concessão. Com isso, estabeleceu-se também que a notificação só era devida pelo consórcio vencedor do certame.
- 424. Com a Lei nº 12.529/2011, que instituiu o controle prévio de atos de concentração econômica, o legislador decidiu pela desobrigação da notificação obrigatória dos consórcios formados entre empresas para participar de licitações públicas, com vistas a desburocratizar o processo e agilizar o então Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) do governo federal[210]. Do contrário, sob o controle prévio, todos os consórcios formados entre empresas para participar de licitações públicas deveriam ser submetidos ao controle *ex ante* de atos de concentração, independentemente de serem vitoriosos ou não. Tal isenção está prevista no parágrafo único do art. 90 da Lei nº 12.529/2011:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

[...] IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.

- 425. O art. 90 da Lei nº 12.529/2011 trata especificamente da definição sobre o que é um ato de concentração econômica e a redação do seu parágrafo único não deixa dúvidas quanto a sua abrangência: a desobrigação da notificação da celebração de consórcio para participar de licitação pública restringe-se ao controle prévio de atos de concentração econômica da legislação antitruste.
- Disso decorre que a definição de infração à ordem econômica contida no art. 36 da Lei nº 12.529/2011 torna o Cade competente para investigar consórcios formados para participar de licitações públicas que possam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa. Tal não poderia ser diferente, uma vez que essa conduta é passível de produzir efeitos nocivos à ordem econômica, sendo necessária a atuação do Cade para coibir eventuais prejuízos à livre concorrência, ao erário público e aos consumidores.
- 427. Portanto, mesmo quando admitido pela Administração, é possível que um consórcio seja agente das infrações enumeradas no art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Especificamente, caso o consórcio tenha como objetivo, ou possa ter como consequência a redução da concorrência sem que haja justificativas racionais e demonstráveis em termos de geração de eficiências, ele deve ser analisado sob o prisma de sua potencialidade de produzir efeitos negativos à concorrência, conforme salientou a OCDE:

A apresentação de propostas em consórcio incrementa a competitividade se permitir que empresas que não têm condições de fornecer produtos complementares se juntem com outras empresas para então fornecer de forma conjunta tais produtos complementares. (...) Por outro lado, quando empresas concorrentes apresentam ofertas de maneira conjunta, isso geralmente diminui a concorrência, já que o consórcio diminui o número de participantes. Esse assim chamado efeito de diminuição de concorrência promove ofertas menos agressivas e consequentemente efeitos negativos à concorrência.[211]

428. A SG já se manifestou sobre essa preocupação na nota de instauração do Processo Administrativo 08700.004617/2013-41:

> Embora seja competência discricionária do órgão licitante a autorização para que concorrentes atuem em consórcio em determinada licitação ou subcontratem parte do objeto licitado, é certo que tal discricionariedade – que, segundo os órgãos de controle, sequer é absoluta[212] — não afasta a possibilidade de os órgãos de defesa da concorrência analisarem a formação de consórcios e as subcontratações como elementos contextuais que informam o mercado sob investigação – no caso, determinada licitação ou conjunto de licitações – pelo enfoque da ponderação de riscos que tais institutos podem trazer ao potencial de competitividade do certame e à conduta das empresas licitantes. Ou seja, mesmo sendo o consórcio e a subcontratação figuras jurídicas lícitas, e mesmo tendo sido elas autorizadas pelos órgãos licitantes em um determinado certame, nada impede que o Cade analise as condições em que foram utilizadas e, do ponto de vista da Legislação de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011 e sua antecessora, Lei nº 8.884/94), conclua pela sua irregular utilização pelas empresas licitantes como meio de restringir a concorrência.

- 429. No caso acima, a denúncia foi investigada sob o prisma de que um consórcio formado por empresas concorrentes, ainda que figura jurídica lícita e autorizado pelos órgãos licitantes, é capaz de inibir a competição no mercado.
- Como regra geral, para se concluir que a formação de um consórcio é legal, deve restar evidenciado, no caso concreto, que os agentes não eram concorrentes em relação ao objeto da licitação promovida pelo órgão/empresa contratante (não tinham, individualmente, capacidade de executar o contrato específico) ou que a atuação conjunta é significativamente mais benéfica ao contratante de modo a justificar a redução da competição advinda do menor número de efetivos licitantes.
- Exemplo de casos em que os agentes consorciados não seriam capazes de atuar individualmente são: (i) quando atuam em mercados distintos; (ii) atuam no mesmo mercado, mas, devido à complexidade ou tamanho do objeto licitado, objetivamente, não são capazes de executá-lo de modo independente.
- 432. Quando constatado que os agentes consorciados são concorrentes, cabe avaliar se a cooperação resultou em eficiências que permitiram a apresentação de ofertas comerciais mais vantajosas em relação às que seriam ofertadas individualmente e que os benefícios suplantam a observada restrição da competição. Deve-se avaliar, igualmente, a presença de condição fática ou de racionalidade econômica que possa justificar a atuação conjunta de agentes independentes que são concorrentes.
- 433. De todo modo, a reiterada cooperação entre concorrentes por meio de consórcio ou outro arranjo similar pode ser tida como uma forma dissimulada de burlar a lei, uma vez que dela pode decorrer a efetiva eliminação da concorrência e a divisão do mercado. Assim, não é justificável a manutenção de parcerias estáveis entre agentes para participação em licitações sob pena de restar caracterizada uma infração anticoncorrencial passível de condenação por este Conselho.
- Apresentados os pressupostos teóricos que norteiam a adoção de consórcios em licitações, e antes de iniciar a análise propriamente, convém apresentar os fatos relacionados às práticas, retomando-se os principais argumentos das partes, para, em seguida, delimitar-se o escopo das condutas que se pretende investigar.

## 3.5.3.3 Descrição e manifestações das partes

- 435. Recapitulando, a denúncia da Representante consiste na alegação de que as Representadas têm se utilizado de maneira injustificada e anticompetitiva do instituto do consórcio em licitações públicas de maior escala, eliminando a concorrência entre si. Ainda, conjugado com evidentes práticas unilaterais exclusionárias, o Consórcio teria como propósito reforçar abusivamente o poder de mercado das Representadas, ao prejudicar a competitividade dos rivais e desincentivar sua participação nos certames.
- 436. Assim, segundo a BT, as Representadas teriam optado pelo consorciamento para reduzir a competição e dissuadir os potenciais rivais de participar de outras licitações estratégicas nacionais, especialmente empresas de menor porte, para, em última instância, fechar o mercado e aumentar os preços ofertados aos órgãos licitantes, dada a ausência de concorrência nos processos.
- 437. Conforme exposto quando da instauração do presente Processo Administrativo, alega a Representante que:
  - (i) A atuação conjunta das investigadas em licitações de entes da administração pública federal direta e indireta com similar objeto ao Pregão nº 144/2015 dos Correios é recorrente. O Quadro 5 abaixo identifica licitações com o objeto similar em que as Representadas atuariam conjuntamente. Em brevíssima síntese, alega a denunciante que a concorrência restou prejudicada nestas licitações uma vez

que o consorciamento das Representadas implica a incapacidade de outros participantes do mercado para competir. Nesse sentido, a ausência de participação de outros rivais nessas licitações caracterizaria o indício de que a opção pela atuação consorciada pelas Representadas é efetiva e possui efeitos deletérios ao desenvolvimento do mercado. A BT apresenta observações específicas para cada licitação indicando também os prejuízos à concorrência decorrentes da atuação conjunta das Representadas.

Quadro 5 - Indicação de participação consorciada das investigadas em licitações de abrangência nacional

| Licitação   | Participantes  | Observações BT  |
|---|--|---|
| Pregão nº 144/2015<br>Correios                          | Consórcio Rede<br>Correios (Líder<br>Claro)<br>BT    | Os atestados de capacidade técnica utilizados pelas empresas atestam que há possibilidade de provimento de SCM individualmente pelas Representadas.  A opção por formação do Consórcio tem como efeito diminuir a concorrência entre potenciais concorrentes e diminui os incentivos aos outros participantes do mercado em participar das licitações.  Alega discriminação e recusa no provimento de redes de acesso de maneira a fragilizar BT.  Alega que os preços finais propostos pelo Consórcio aos Correios para a prestação do serviço de SCM são inferiores ao preço cobrado da BT Brasil pelas Representadas para acesso a infraestrutura terrestre. |
| GESAC – PE<br>24/2013<br>Ministério das<br>Comunicações | Consórcio<br>Conectas (Líder<br>Embratel)[213]<br>BT | O Consórcio foi o único licitante para os quatro lotes de acessos terrestres.  O único lote em que houve concorrência com outros licitantes foi o de número V (de acessos satélites), sendo concorrente a BT.  Alega a BT que o preço oferecido pelo Consórcio foi inferior ao preço de custo. Houve em diversas situações preços de acesso terrestre em nível superior ou equivalente aos de natureza satelital - presumidamente mais dispendiosos - configurando subsídio cruzado. [214]  |
| REMUS PEP –<br>2013/9674<br>Banco do Brasil             | Consórcio Rede<br>PAE (Líder OI)<br>BT Brasil        | Alega a BT que o objeto envolvia pontos de presença primordialmente no Estado de São Paulo região em que a Telefônica atua como concessionária de telefonia fixa (STFC) e teria, à toda evidência, plenas condições de atuar de forma independente.  Não obstante, a licitação foi vencida pelo Consórcio Rede PAE, evidenciando que a Telefônica optou por atuar conjuntamente com a Claro e OI para diminuir concorrência.  |
| REMUS   | Consórcio  |   |

| 5/00/2021                                      |   | CENONDE CONTOCC  |
|--|---|--|
| AGENCIA –<br>2014/4792                         | Remus II (Líder<br>OI)  | Alega a BT que o único concorrente foi o Consórcio liderado pela OI. Outro participante teve problemas na formulação de sua proposta e pediu desclassificação. [215]                 |
| Banco do Brasil                                | Click Net Brasil  | A opção por formação do Consórcio diminui os incentivos aos outros participantes do mercado em participar das licitações.  |
| Pregão nº<br>08/2016<br>Ministério da<br>Saúde | Claro[ <u>216</u> ]   | Alega a BT que todos os itens do certame foram cancelados na aceitação em razão da participação de um único licitante.   |
| Pregão nº<br>18/2016<br>Ministério da<br>Saúde | Consórcio Rede<br>INFOSUS<br>III[ <u>217</u> ]<br>(Líder Claro) | Mesmo objeto e condições que o Pregão Eletrônico 08/2016.  A opção por formação do Consórcio diminui os incentivos aos outros participantes do mercado em participar das licitações. |
| Fonte: BT (SEI 1                               | n° 141411, n° 0241  | 795)   |

- 438. Da manifestação conjunta das Representadas, de 01/02/2016[218], destacam-se os seguintes pontos:
  - I O objeto da Representação não visa à proteção da concorrência, mas tão somente à proteção dos interesses de um concorrente.
  - II A BT tenta induzir esta Superintendência Geral a ignorar os efeitos pró-competitivos gerados pela entrada do Consórcio no Pregão nº 144/2015.
  - III Não é pelo fato de o consórcio existir que a BT não venceu o certame; tanto ela podia vencer isoladamente, que o fez em 2010 e no Pregão nº 174/2015 (posteriormente anulado). Para o Pregão nº 144/2015, a BT possuía vantagens competitivas por já ter grande parte da infraestrutura necessária para a prestação do serviço já instalada, além de já conhecer a rotina de prestação dos servicos.
  - IV O Pregão nº 144/2015 apresentou disputa real entre as empresas, conforme reconhecido pelo TCU, com a apresentação de 183 lances. Destaca-se que houve redução de 17% no preço final em relação ao estimado e de 10% em relação ao menor valor ofertado no Pregão nº 174/2014. Resta claro, portanto, que o Pregão nº 144/2015 foi efetivamente muito mais competitivo do que o Pregão nº 174/2014 vencido pela BT.
  - V Já há posicionamento do TCU quanto à admissibilidade de formação de consórcios na licitação em questão e reconhecimento de que consórcios podem trazer benefícios à Administração Pública.
  - VI Inexiste qualquer previsão legal que proíba a formação de consórcios para participação em processos licitatórios. Cabe aos órgãos licitantes e ao TCU considerarem o impacto concorrencial ao definir o edital (podendo permitir ou não o consórcio) assim como definir todas as outras variáveis concorrencialmente relevantes do contrato. [219]
  - VII Não há que se cogitar que a formação do Consórcio seria ilegal por ter alijado do processo licitatório potenciais concorrentes, partindo-se da simples presunção de que seus integrantes poderiam participar desse processo individualmente, ou, ainda, associados a terceiros. Neste contexto, não se pode deixar de mencionar que, por ocasião do Pregão nº 196/2010, a BT foi vencedora do pregão em disputa com consórcio formado por Claro e Telefônica.
  - VIII Ao contrário do que tenta fazer parecer, a BT não é uma "empresa de menor porte", incapaz de competir com as investigadas. A BT Brasil é a representante da multinacional British Telecom no país, uma das líderes mundiais no fornecimento de soluções e serviços de telecomunicações, operando em mais de 170 países. Assim, qualquer alegação da Representante no sentido de que suposta conduta das Peticionárias impediria ou desincentivaria a participação de empresas "de menor porte" em grandes licitações não procede ou, ao menos, não se aplica a ela.

- A BT não tem sido impedida de participar de licitações, uma vez que, mesmo eventualmente, dependendo da infraestrutura de terceiros para alguns serviços, a BT já se sagrou vencedora em certames cujos objetos eram complexos e de alcance nacional [221]
- Claro, Oi e Telefônica somente decidiram formar o Consórcio após constatarem que a existência de estruturas operacionais e equipamentos já instalados em todas as localidades dos pontos objeto da licitação seria fator que lhes permitiria reduções de custos operacionais e, consequentemente, a possibilidade de ofertar no Pregão um preço menor aos Correios para a prestação dos serviços de transmissão de dados, em benefício do Poder Público, que teria possibilidades de alcançar substancial redução de preço na contratação desses serviços, obtendo proposta mais vantajosa. Além disso, essa análise também considerou as vantagens, em termos de redução de custos e agilidade, que a presença física dos integrantes do consórcio nas localidades dos pontos a serem instalados traria na determinação do preço a ser ofertado para a prestação dos serviços de assistência técnica e manutenção. [222]
- O Consórcio em análise não é uma junção contínua entre seus integrantes. Inexiste qualquer acordo entre Claro, Oi e Telefônica para perpetuar a atuação do Consórcio em outras licitações. O Consórcio foi constituído exclusivamente para fins da participação no Pregão nº 144/2015.[223]
- Na denúncia são citados outros consórcios formados pelas Representadas. Ocorre que estes são os únicos projetos nos quais as Peticionárias participaram conjuntamente. [224] Ao contrário do que afirma a BT Brasil, esses casos não são ilustrativos da regra, mas sim da exceção.
- Há intensa concorrência entre a Claro, Oi e Telefônica em certames nacionais, estaduais, distritais e municipais, que exigem um investimento financeiro menos significativo e que a formação de consórcio não se mostra vantajosa ou eficiente à apresentação das melhores propostas. Cada licitação possui características peculiares e a formação de consórcios em algumas situações, como no presente caso, pode viabilizar a possibilidade de ofertar os serviços com melhores condições técnicas e financeiras para a Administração Pública. Dessa forma, sempre que a participação em licitações por meio de consórcios for justificável, não limitar ou falsear a concorrência e demonstrar ganhos de eficiência - como ocorre no presente caso -, esse tipo de associação é lícito como, inclusive, bem recebido pelo agente contratante (e pelo TCU).[225]
- 439. Ante os argumentos trazidos pelas investigadas, a BT acrescenta - em síntese - as seguintes considerações relacionadas ao debate sobre adoção de conduta consorciada: [226]
  - As Requeridas afirmam que a legislação de licitações permite consórcio, mas ignoraram a proibição das normas concorrenciais para acordo entre três empresas que dominam o mercado e que elimina a disputa.
  - As Requeridas afirmam que a atuação consorciada das investigadas tem pouca representatividade na totalidade de licitações no país, mas não contestam o caráter estratégico das referidas licitações de abrangência nacional e o fato de que poderiam atender de forma independente o objeto do Pregão nº 144/2015.
  - A alegada eficiência compensatória para a formação do Consórcio não é baseada em nenhum estudo ou memorandos internos, um mapa de rede sequer ou ao menos indicação concreta de como se daria a pretensa complementaridade entre os ativos das consorciadas, o que leva a crer que a pretensa "eficiência" da comunhão seria tão somente evitar custos discriminatórios para o acesso da rede de uma pela outra. [227]
  - As Requeridas se contradizem ao relacionar a necessidade de formação de consórcio tanto para o certame dos Correios[228] - que optou "por fazer uma licitação única, sem dividir em lotes por regiões, o que leva à necessidade de proposta com maior cobertura do território nacional", quanto para os pregões promovidos pelo Ministério das Comunicações e Banco do Brasil, cujos respectivos objetos foram divididos em diversos lotes, inclusive por região do Plano Geral de Outorgas (PGO).
  - As Representadas não refutam a constatação de que elas são as principais concorrentes diretas entre si, na qualidade de maiores empresas do setor de telecomunicações brasileiro. Em verdade, tal aspecto é corroborado pelas Regueridas que reconhecem que em projetos mais complexos, tal como o do Pregão nº 144/2015 dos Correios, "naturalmente empresas de maior porte acabam participando mais (..) porque possuem melhores condições de atender o que está sendo solicitado." [229] Desse modo, restaria corroborado pelas Requeridas o argumento apontado pela BT de que, nessas licitações estratégicas, Claro, Oi e Telefônica são as empresas mais aptas a atender ao objeto do contrato, o que reforça o caráter restritivo dos consórcios que eliminam a disputa entre elas.[230]
  - Com relação ao argumento das Representadas de que os consórcios "(..) são pontuais e criados apenas naquelas situações em que a efetiva competitividade no pregão - e consequentemente redução de preço nos lances - depende dessa configuração e, portanto, revela-se eficiente", pondera a BT que "a eficiência alegada pelas Indiciadas se mostra ilusória" quando verificados os efeitos desses consórcios nos outros pregões citados no Quadro 5.
  - Com relação ao argumento de que a BT não dependeria de Claro, Oi e Telefônica para concorrer no Pregão Eletrônico nº 144/2015 uma vez que poderia subcontratar operadoras de menor porte, pondera a BT que se ela que detém infraestrutura de dimensão indiscutivelmente inferior à das Indiciadas, "tem plena capacidade" de atender aos serviços demandados pelo edital da licitação dos Correios de 2015, tanto mais o têm Claro, Oi e Telefônica, na condição de líderes do setor de telecomunicação, o que apenas evidencia o absurdo de tais empresas celebrarem consórcios entre si para prestar os serviços demandados. Neste sentido, acrescenta que a questão relevante não é se a BT teria condições de competir, mas se sua capacidade competitiva foi minada por práticas anticompetitivas das Requeridas.[231]
- Em suporte às respectivas defesas, as Representadas apresentaram, conjuntamente, o já mencionado parecer econômico produzido pela LCA denominado "Análise da Eficiência Econômica do Consórcio avaliado pelo Processo Administrativo CADE nº 08700.011835/2015-02" [232].

- 441. As Representadas também apresentaram, em atendimento ao requerido por esta SG por meio do Ofício nº 171/2018/CADE[233], documentos internos produzidos para subsidiar o processo de decisão de cada empresa.
- 442. A seguir, serão relatadas as razões aduzidas pela defesa de cada Representada, individualmente, para justificar sua participação no Consórcio.
- 443. De início, passa-se às razões aduzidas pela Claro para justificar sua participação no Consórcio. Em sede de defesa, a Representada argumentou que:
  - I A sua participação em consórcios não é recorrente; de forma que em apenas 1% dos itens editalícios que disputou entre 2013 a 2015, o fez em consórcio com as demais Representadas. Com base no controle interno da Claro, nos últimos anos (2013 a 2015), a empresa participou de [ACESSO RESTRITO AO CADE E A CLARO] itens em processos licitatórios (um edital pode abranger mais de um item licitado), envolvendo serviços similares ao do Correios, no Pregão nº 144/2015. Desse total, em apenas [ACESSO RESTRITO AO CADE E A CLARO] deles participou em consórcio desta natureza. Ou seja, em apenas 1% do total de processos licitatórios que a Claro participou nos últimos dois anos, ela participou em consórcio com as demais empresas citadas na Representação da BT Brasil. Ainda, dos [ACESSO RESTRITO AO CADE E A CLARO] itens licitados, a Claro ganhou [ACESSO RESTRITO AO CADE E A CLARO] isoladamente e [ACESSO RESTRITO AO CADE E A CLARO] em consórcio e perdeu outros [ACESSO RESTRITO AO CADE E A CLARO] itens, o que demonstra que os argumentos da BT Brasil não procedem além da existência de competitividade no mercado de telecomunicações.[234]
  - II Há justificativas legítimas para a atuação via consórcio face à rede extensa e complexa requerida pelos Correios.
  - III A Claro, em geral, participa de consórcios quando o projeto envolve clientes públicos com atuação em todo o território nacional e de maior grau de complexidade.
- 444. Em sua manifestação de 16.08.2018[235], a Claro apresentou os seguintes argumentos adicionais:
  - I A decisão de participar do Consórcio não se baseou, à época, em estudo econômico ou dados quantitativos, mas no contexto fático que cercava esse projeto: a avaliação da infraestrutura que a Claro detinha, os riscos e investimentos associados ao projeto e a experiência anterior da Claro como prestadora de serviços à ECT (era a incumbente do contrato antes da BT vencer o pregão de 2010). A experiência dos membros do Conselho e seu conhecimento do mercado e da própria empresa foram suficientes para a tomada de decisão.
  - II Como não era capaz de atender integralmente à demanda dos Correios de forma individual, a atuação em consórcio permitiu economias (i) em relação aos investimentos necessários para a expansão da infraestrutura exigida pelo edital; e (ii) à contratação de terceiros.
  - III A complementaridade geográfica e técnica entre as empresas participantes do Consórcio se traduziu na redução de investimentos *greenfield* e na redução dos custos de transação envolvidos na contratação de serviços de terceiros, inclusive relacionados ao controle dos padrões de qualidade.
  - IV Na hipótese de participação individual, o uso expressivo de contratos com terceiros (para a contratação de EILD) imporia elevado risco na execução e cumprimento de obrigações do contrato. De outro lado, a expansão de rede própria, como alternativa ao uso de EILD, não encontrava viabilidade econômica devido às características da própria rede demandada.
- 445. Posteriormente, a Claro apresentou novo estudo econômico elaborado pela LCA Soluções Estratégicas em Economia[236] em que reconstruiu os cenários aplicáveis ao contexto da época para demonstrar quantitativamente as razões que justificaram tal decisão. Nos três cenários apresentados no estudo econômico, a Claro busca demonstrar que sua participação individual no Pregão nº 144/2015 não era economicamente razoável, além de implicar o uso expressivo de subcontratações com terceiros, o que impunha elevado risco na execução e cumprimento de obrigações do contrato.
- A46. Nestes cenários, mesmo sem embutir margem de lucro, hipotéticos lances individuais da Claro seriam superiores ao oferecido pelo Consórcio (que já inclui margem de lucro) e ao valor de referência do edital. Os valores superariam em cerca de [ACESSO RESTRITO À CLARO] o valor de referência do edital e em cerca de [ACESSO RESTRITO À CLARO] o valor do lance do Consórcio homologado.
- 447. Por sua vez, a Oi trouxe os seguintes argumentos para justificar a atuação consorciada:
  - I Poderia ser inviável a participação isolada da Oi no Pregão n° 144/2015 devido a exigências específicas do certame e a circunstâncias por ela enfrentadas. A Oi não dispõe de infraestrutura de rede suficiente para prestar os serviços demandados pelos Correios, tendo reduzida capacidade satelital e reduzida presença no estado de SP,
  - II Por tal razão, no âmbito do Consórcio, a Oi ficou responsável pelo fornecimento de apenas [ACESSO RESTRITO À OI] dos pontos de acesso contratados, nenhum deles envolvendo conexão via satélite ou no estado de São Paulo, o que demandaria altos investimentos em infraestrutura e/ou subcontratações.
  - III Exigências editalícias do Pregão nº 144/2015 tornaram ainda menos viável uma participação independente da Oi tais como: [ACESSO RESTRITO À OI]
  - IV A aquisição de capacidade de rede de terceiros é claramente menos eficiente que a formação de consórcios entre agentes que já possuem infraestruturas de rede.
  - V O Consórcio não inibe a concorrência entre as empresas consorciadas, já que não podem ser consideradas concorrentes pelo objeto do certame uma vez que nenhuma das três dispõe de rede com abrangência suficiente.
- 448. Em complemento ao Parecer Econômico LCA (peticionado em 20/12/17), a Oi apresentou manifestação[237] em que pontuou:
  - I A Oi teria [ACESSO RESTRITO À OI].
  - II Observou que, ao longo da execução dos contratos anteriores dos Correios para SCM, houve a imposição de elevadas multas às respectivas prestadoras por falhas na prestação dos serviços.

- 449. A resposta da Oi ao Ofício nº 171/2018/CADE[238] ainda trouxe as seguintes alegações:
  - I Documento interno encontrado justificou a participação no Consórcio por ter viabilizado o atendimento dos elevados níveis de serviço exigidos pelos Correios combinado com [ACESSO RESTRITO À OI].
  - II A prestação dos serviços demandados pelos Correios em localidades interioranas e de difícil acesso era complexa e exigia pesados investimentos na expansão e integração da rede, o que acabaria por inviabilizar a participação isolada da Oi no Pregão nº144/2015.[239]
- 450. Em nova manifestação [240], a Oi ainda reforçou que a abrangência e a essencialidade dos serviços contratados pelos Correios implicavam a exigência de garantias de execução contratual elevadas e o estabelecimento de severas sanções por eventuais inadimplementos contratuais[241].
- 451. Por fim, das alegações sustentadas pela Telefônica em sede de defesa, destacam-se os seguintes pontos:
  - I A Telefônica não teria como competir sozinha em um certame com tamanha capilaridade como a exigida pelos Correios, visto que precisaria contratar de outras empresas ou construir para atender quase [ACESSO RESTRITO] dos circuitos de rede demandados pelos Correios, o que careceria de racionalidade econômica.
  - II O Consórcio gerou eficiências significativas, com redução expressiva do preço e maior qualidade do serviço, já que não foi necessária a contratação de terceiros, e foram aproveitados os melhores recursos de cada consorciada.
  - III Havia uma complementaridade geográfica das redes das Representadas, o que justificou a formação do Consórcio.
- 452. E de posterior manifestação da Telefônica, de 15.06.2018, destaca-se:
  - I A incorporação da GVT à rede da Telefônica[242] representou uma cobertura adicional de [ACESSO RESTRITO À TELEFÔNICA] pontos de acesso dentre os integrantes do objeto do Pregão nº 144/2015.
  - II A Representada estimou que incorreria em um custo de [ACESSO RESTRITO À TELEFÔNICA] para fornecer individualmente apenas os pontos de acesso (última milha) localizados fora do estado de São Paulo, valor superior ao do próprio contrato (cerca de R\$850.000.000,00).
  - III Tal estimativa ilustra a racionalidade por trás de sua política de não participar sozinha de licitações em que não possua ao menos [ACESSO RESTRITO À TELEFÔNICA] da rede demandada

### 3.5.3.4 Delimitação das condutas

- 453. A partir do panorama descrito, foi possível identificar que, de fato, houve a atuação consorciada das três maiores prestadoras de SCM no Brasil, visando à participação em licitações de âmbito nacional, em especial no Pregão nº 144/2015 dos Correios, mas não limitado a ele.
- 454. Com efeito, constatou-se que as Representadas se apresentaram de maneira consorciada em ao menos quatro outras licitações públicas, de amplitude nacional e grande vulto financeiro, entre 2013 e 2016: Ministério das Comunicações[243] (Pregão nº 24/2013 GESAC-II); Banco do Brasil (Remus PEP 2013/9674); Banco do Brasil (Remus Agência 2014/04792) e Ministério da Saúde (Pregão Eletrônico n° 18/2016).
- 455. Embora a Nota Técnica nº 33/2017, que motivou a instauração do presente Processo Administrativo, tenha deixado claro que o escopo desta investigação não estava restrito à conduta concertada ocorrida no Pregão dos Correios[244], cabe registrar que nenhuma das Representadas apresentou argumentação específica para justificar a participação em quaisquer dos outros processos licitatórios mencionados.
- 456. Portanto, diante dos fatos descritos, reitera-se que as práticas que serão aqui analisadas compreendem a adoção de conduta comercial concertada entre concorrentes por Claro, Telefônica e Oi, em licitações públicas de abrangência nacional frise-se, em todas as que foram trazidas ao conhecimento desta SG.

## 3.5.3.5 Análise das condutas

## 3.5.3.5.1 Considerações Iniciais

- 457. Retomando, as etapas da metodologia de análise proposta para verificação da ilicitude da conduta compreendem: descrição e delimitação da prática; avaliação do poder de mercado; análise das justificativas objetivas; e potencialidade de danos à concorrência.
- 458. Na seção anterior, foi ressaltado que será investigada a atuação consorciada das Representadas em licitações públicas de âmbito nacional, em especial no Pregão nº 144/2015 dos Correios, mas não limitado a ele.
- 459. A verificação do poder de mercado por parte das investigadas, etapa consecutiva, foi largamente explorada na Seção 3.4 (Análise de poder de mercado e incentivos) e no contexto de avaliação das condutas unilaterais. As principais conclusões serão retomadas quando da análise dos argumentos postulados por cada Representada em relação às justificativas para participação no consórcio. Por fim, a análise dos danos será efetuada de maneira conjunta e aplicar-se-á às três Representadas.

## 3.5.3.5.2 Da alegada eficiência do consórcio no Pregão dos Correios

- 460. Desse modo, passa-se a analisar as razões apresentadas pelas investigadas que nortearam a atuação concertada. Em um primeiro momento, tendo em vista que houve manifestação conjunta das empresas, inclusive por meio de mesma petição e parecer econômico, serão avaliados os argumentos compartilhados pelas três.
- 461. O Parecer LCA "Análise da Eficiência Econômica do Consórcio avaliado pelo Processo Administrativo CADE n° 08700.011835/2015-02" já mencionado anteriormente, visa demonstrar (i) a racionalidade econômica na formação de Consórcio para o Pregão dos Correios, em

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\_pesq\_documento\_consulta\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM... 59/85

função da alegada complementaridade de rede das consorciadas; (ii) as eficiências decorrentes e (iii) os benefícios em termos de custos para administração pública e, consequentemente, para a sociedade.

- 462. O documento basicamente descreve os serviços demandados no edital e explora de forma mais detalhada o objeto de contratação do Pregão. Em seguida, faz uma comparação entre os indicadores de qualidade da prestação de serviço entre os certames de 2015 e o de 2010 (contrato anterior para prestação do mesmo serviço). Por fim, reúne os elementos que alegadamente justificariam a racionalidade econômica na formação de Consórcio para prestar o serviço contratado pelos Correios e as eficiências decorrentes disso.
- Ao comparar os editais de 2010 e 2015, o parecer pontua que, em ambos os certames, a rede de comunicação deveria utilizar o protocolo MPLS e possuir abrangência nacional, com o acréscimo de 1073 localidades na topologia de 2015. No que diz respeito às exigências técnicas, destaca que a maior diferença entre os editais é a redução do número de enlaces que podem ser atendidos via satélite, que eram 95,2% em 2010 e passaram a ser 62,7% em 2015, assim como um aumento de banda mínima exigida para estes enlaces, que é 2,5 vezes maior em 2015. Os consultores destacam, ainda, a complexidade da solução requerida, em especial no que tange às elevadas exigências em termos de segurança, qualidade e disponibilidade. Por fim, o parecer ressalta que, mesmo diante de condições mais exigentes, o valor de referência do contrato em 2015 é 1,5% menor do que em 2010.
- 464. O parecer relata que, considerando a combinação dos elementos tecnológicos e geográficos requeridos, a Telefônica ficou responsável pelo atendimento do estado de São Paulo, onde é a concessionária de telefonia fixa, enquanto Claro e Oi atenderam aos demais estados, dividindo as áreas com base em suas infraestruturas existentes.
- 465. Desta forma, a estratégia de organização geográfica e tecnológica entre as empresas do Consórcio traria uma importante fonte de eficiência, decorrente da complementaridade das empresas, tanto no quesito técnico (combinação de redes e tecnologias disponíveis satélite e terrestre), quanto geográfico (localização da infraestrutura). Isso reduziria a necessidade de investimentos em infraestrutura nova, bem como a contratação de serviços de terceiros. Por sua vez, a redução na necessidade de contratação de serviços de terceiros diminuiria os custos de transação envolvidos neste tipo de operação e permitiria um controle mais direto sobre o serviço prestado.
- 466. O parecer então defende que essas eficiências (complementaridade geográfica e técnica; maior segurança com menos custos para atendimento das exigências do contrato; baixos custos de transação) é que conferem racionalidade econômica para as empresas atuarem no certame via Consórcio.
- 467. Defende, ainda, que tais eficiências foram compartilhadas com o contratante, via redução do lance final inferior ao preço de referência. Isso teria se refletido no deságio observado no resultado do pregão, da ordem de 17% em relação ao preço de referência (após cerca de 183 lances observados) e de 10% em relação ao menor valor ofertado no certame cancelado de 2014.
- 468. Ou seja, o documento basicamente retoma as particularidades do certame e centra-se em elementos qualitativos decorrentes da suposta complementaridade de rede para justificar a atuação consorciada, cujas eficiências alegadas resumem-se à uma redução de preço em relação ao valor de referência e ao pregão anterior.
- A69. Não foram apresentados dados de cobertura e infraestrutura que possam subsidiar as explicações apresentadas, seja por meio de ganhos de escala ou escopo, reduções de custo e de custo de transação, externalidades positivas, entre outros. Também não foram apresentados documentos internos relevantes que justificassem a atuação de forma consorciada com os pretensos ganhos em termos de eficiência. Afinal, as Requeridas reiteram que decidiram formar o Consórcio após constatarem a existência de estruturas operacionais e equipamentos já instalados em todas as localidades dos pontos objeto da licitação, o que lhes permitiria redução de custos operacionais e, consequentemente, a possibilidade de ofertar no Pregão um preço menor aos Correios.
- 470. Se isso de fato ocorreu, pressupõe-se que deveria haver algum registro da suposta análise e constatação de presença de estrutura operacional e equipamentos trocas de e-mails, relatórios, dados técnicos ou quaisquer outros elementos. Esperava-se que a decisão de atuação de forma consorciada tivesse sido discutida pelas empresas, mediante a apresentação dos argumentos e justificativas para tal decisão, com embasamento técnico que subsidiasse as propostas apresentadas. Contudo, nenhum documento substancial nesse sentido foi acrescentado aos autos, embora esta SG tenha solicitado.
- 471. O que se infere desse contexto é que, na realidade, as empresas consorciadas tinham conhecimento de que, juntas, seriam imbatíveis. Afinal, trata-se das três maiores empresas de telecomunicações do país, que, conforme constatado anteriormente, detêm praticamente toda a infraestrutura de rede fixa no Brasil. Esse cenário de dominância, associado à uma estratégia de discriminação de potenciais rivais no mercado de acesso à infraestrutura, culmina por tornar desnecessária uma análise prévia de viabilidade econômica e eficiências.
- 472. Como visto, em outubro de 2015, as tecnologias por meio confinado (inclusive fibra óptica) respondiam por quase 92% do total de acessos SCM, com destaque para o *cable modem* em que a Claro controla 95,6% dos terminais; e para o xDSL, que representa mais da metade de todos os acessos SCM e é prestado por meio de cabos metálicos. Nesse segmento tecnológico, as legatárias do STFC Oi e Telefônica respondiam pela quase totalidade dos terminais (94,1%).
- 473. A Oi (Telemar), concessionária do STFC nas regiões I e II do PGO (após a aquisição da Brasil Telecom), detém uma infraestrutura de rede fixa em quase todo território nacional. Mesmo no estado de São Paulo, em que a Telefônica é a concessionária de rede fixa, a Oi está presente em diversos municípios. Com efeito, essa operadora oferta SCM em 5474 municípios, lembrando que, destes, em 4089 a participação de mercado dessa prestadora é acima de 90%. Assim, observa-se que a Oi só não está presente no mercado de SCM por tecnologia fixa em 98 municípios [245], o que representa menos de 2% dos municípios identificados.
- Já a Claro, líder de mercado em número de acessos a nível nacional, também possui capilaridade considerável. Em outubro de 2015, a empresa estava presente em 2567 municípios brasileiros por meio de acessos confinados e, considerando sua capacidade satelital, a cobertura da prestadora alcançava 3866 municípios (lembrando que a maioria dos *links* demandados pelos Correios poderia ser atendido por satélite). Ou seja, a empresa também possui ampla capilaridade e capacidade de cobertura.
- 475. De fato, ao cruzarmos a base de localidades das unidades prediais fornecida pelo edital do Pregão com a base de municípios em que a Claro possui acessos SCM, é possível notar que a prestadora já fornece esse serviço com tecnologia confinada em cerca de 80% das localidades com endereço especificado no edital [246]. Vale ressaltar que, das localidades com endereço definido em que não foi possível verificar presença da

Claro por tecnologia confinada, cerca de 90% preveem conectividade por meio de links de T1 a T3 que, consequentemente, poderiam ser atendidos por meio de satélite, tecnologia em que a Claro possui forte atuação.

- 476. Por sua vez, a Vivo (Telefônica) concessionária da Região III do PGO é a Representada que possui a menor capilaridade na oferta varejista de SCM. Está presente em 762 municípios com tecnologia confinada e em 836 quando se considera também a tecnologia satelital. Embora sua capilaridade seja mais reduzida, a empresa destaca em sua página na internet que o serviço VPN IP MPLS da Vivo possui abrangência em todo território nacional, como se verifica na Figura 3 da seção 3.2.4. De fato, conforme apresentado anteriormente, ao menos à época dos fatos, a Vivo só não ofertava SCM nos estados do Amapá, Maranhão, Piauí e Roraima.
- 477. E mais, supondo que as tecnologias de telefonia móvel e radiodifusão sejam, de fato, alternativas viáveis para o acesso à última milha, conforme defendido pelas próprias Representadas[247], afasta-se por completo a argumentação das Representadas quanto à complementaridade de suas redes, uma vez que todas possuem ampla cobertura no serviço SMP. Em especial para o caso da operadora Vivo que, embora esteja presente por meio de tecnologia confinada majoritariamente no estado de São Paulo, possui larga penetração no segmento de telefonia móvel em todo Brasil[248].
- 478. Portanto, o que se destaca dessa análise, na realidade, é uma elevada sobreposição das redes das representadas, mais do que uma complementaridade, em especial entre as infraestruturas de Claro e Oi e entre Claro e Telefônica. Por óbvio que há municípios em que a presença de uma ou outra é mais relevante, sobretudo em virtude da posse de redes legadas. Contudo, se a própria BT, que detém infraestrutura significativamente menor no Brasil, e sobretudo satelital, foi capaz de competir em alguma medida com o Consórcio, presume-se que a competição entre as Representadas que necessitariam contratar rede de terceiros em escala muito menor que a BT teria sido consideravelmente mais acirrada.
- 479. Note-se, ainda, que a Anatel, quando realizou os estudos que resultaram nas designações de PMS, considerou os respectivos grupos das Representadas isoladamente. Ou seja, a atuação conjunta destes grupos sequer foi considerada. Essas prestadoras, combinadas, passariam a deter a condição de PMS em todo o território nacional na oferta de insumos de telecomunicações cruciais para a prestação de SCM. Seguramente, a combinação de recursos entre mais de um destes grupos permitiria o surgimento de um competidor com poder de mercado ainda mais expressivo, desestimulando a participação de qualquer outro possível concorrente.

### 3.5.3.5.3 Da alegada redução do preço do contrato

- 480. Por tudo que se analisou ao longo da presente Nota Técnica, é patente que as Representadas, juntas, teriam condições de ofertar o serviço de conectividade aos Correios com menor custo, tendo em vista a posse de infraestrutura própria amortizada e os custos de transação evitados, e mais ainda quando discriminam potenciais rivais no acesso à última milha, impondo-lhes ineficiências e prejudicando sua competitividade no mercado a jusante. A questão é que, sem competição, não há incentivos para que os benefícios da redução de custos (ou eficiências) sejam repassados ao cliente final, no caso, a Administração Pública.
- A81. Não obstante as Representadas argumentarem que houve competição efetiva no certame, disputado somente com a BT, com redução de cerca de 17% em relação ao preço de referência, é de se questionar o quanto essa redução poderia ser mais expressiva caso as principais operadoras de telecomunicações, ora consorciadas, competissem entre si. Portanto, esse deságio de 17% deve ser relativizado, e não pode ser considerado como prova inconteste de eficiência. Note-se que a própria BT relata não ter prosseguido com os lances por uma falha técnica, ou seja, possivelmente havia margem para uma redução de preços ainda mais significativa. E se a Representante que possui uma rede mais limitada e sobretudo satelital, e que depende fortemente de terceiros para compor uma proposta -, poderia dar lances ainda mais competitivos, o que se dirá das Representadas, detentoras de ampla infraestrutura já amortizada em todo Brasil.
- Para ilustrar a relatividade desse percentual, vale apresentar o gráfico abaixo, extraído do Relatório Anual da Anatel 2018, que apresenta a evolução do preço médio mensal de 1 Mbps do SCM[249]. Como se pode observar, entre 2010 e 2018, esse preço caiu 83%, passando de R\$ 21,18 para R\$ 3,50.



Gráfico 9 – Evolução do preço médio mensal de 1 Mbps de SCM

Fonte: Anate

483. Vale lembrar que, conforme ressaltam as Representadas, o valor de referência do contrato dos Correios em 2015 é 1,5% menor do que em 2010. Contudo, nesse período, o preço médio do tráfego SCM caiu 72%. Certamente os acessos do SCM residencial têm influência preponderante sobre esses dados, mas é inegável a tendência histórica de redução dos valores do serviço prestado pelas operadoras, e do custo da tecnologia. Isso nos leva a questionar novamente se, de fato, 17% seria um deságio expressivo, ou se havia margem para uma redução de preços consideravelmente maior.

## 3.5.3.5.4 Da atuação conjunta das Representadas em outros certames

- 484. Ainda que a atuação consorciada não seja a regra adotada pelas investigadas ao participarem de licitações (em termos de quantidade de certames), as informações constantes dos autos trazem evidências de ao menos cinco licitações públicas estratégicas, de grande vulto, em que tais empresas atuaram em consórcio, e venceram, como será explorado em sequência.
- O Pregão Eletrônico nº. 24/2013 MC foi lançado pelo então Ministério das Comunicações para contratar serviços em regime continuado de transmissão bidirecional de dados, em âmbito nacional. O certame foi dividido em cinco lotes, formados por um ou mais itens, sendo os Lotes I a IV para acesso terrestre (Lote 1 - Litoral Sul[250]; Lote II - Litoral Leste[251]; Lote III - Litoral Norte[252]; Lote IV - Interior[253]) e o Lote V para prestação de serviço de comunicação via satélite, em âmbito nacional. Os licitantes poderiam participar em todos os lotes, mas era necessário ofertar proposta para todos os itens do lote pleiteado.
- Na ocasião, as Representadas formaram o Consórcio Conecta, único participante e vencedor em todos os lotes terrestres. Apenas no lote V - de acessos satelitais - houve disputa com outro licitante – a BT. Mas também nesse lote o Consórcio sagrou-se vencedor.
- Ao analisar a Ata do referido certame[254], verifica-se que nos lotes I, II e IV o lance do Consórcio foi apenas 1,3% inferior ao valor estimado pelo certame. No lote III, essa diferença foi de somente 1,9%. Já no lote V, em que houve competição com a BT, a diferença entre o lance vencedor do Consórcio e o valor de referência estimado pelo certame foi de 30%.
- Esse resultado é mais uma evidência do efeito danoso que a falta de competição acarreta aos certames e, por consequência, à concorrência no setor de telecomunicações e à Administração Pública. A atuação em consórcio elimina a competição entre os principais agentes do mercado e afasta qualquer possibilidade de que eventuais eficiências sejam repassadas ao cliente.
- Destaque-se que, no caso do pregão em comento, a divisão do objeto por lotes regionais torna inadmissível o argumento de que a suposta racionalidade econômica e as eficiências promovidas residem na complementaridade das redes das Representadas e justificariam o consórcio.
- 490. Como se pode extrair dos documentos do certame, o Lote I compreendia acessos terrestres no estado de São Paulo - área de concessão da Telefônica -, e os estados da Região Sul - em que a Oi é concessionária - e que sabidamente são localidades de maior interesse econômico, onde a presença de prestadoras de serviços de telecomunicações, inclusive da própria Telefônica, é mais relevante. Para atender a esse lote, não se cogita qualquer necessidade de consorciamento com a Claro, que reiteradamente menciona como seu diferencial a capacidade satelital, não permitida nesse lote. Ainda, também é questionável a necessidade de consorciamento entre Telefônica e Oi, considerando que ambas possuem capilaridade expressiva nesses estados, e poderiam contratar apenas a última milha junto a terceiros, viabilizando uma competição entre si. Por sua vez, os lotes II, III e IV abarcavam somente acessos terrestres em territórios onde a Telemar é a concessionária e detém ampla capilaridade de rede. Portanto, também nesse caso, não há que se falar em necessidade de consórcio com qualquer operadora para atendimento do objeto. Por fim, o lote V previa apenas links de satélite em todo território nacional. Ora, se Claro possui ampla capacidade satelital, enquanto Oi e Telefônica destacam sua limitada capacidade de cobertura nessa tecnologia - inclusive utilizando desse fato como argumento para a constituição do Consórcio Rede Correios -, qual a necessidade de Claro se associar às demais Representadas para disputar esse lote? Ainda, um arranjo desse tipo é inclusive capaz de viabilizar o subsídio cruzado entre diferentes lotes, permitindo a oferta de preços artificialmente menores nos acessos satelitais, por exemplo, único lote em que houve competição.
- Com a atuação consorciada das três maiores prestadoras de SCM no Brasil, o que se nota claramente é que a divisão do objeto do contrato em lotes, com o intuito de ampliar a competitividade e permitir a participação de players menores, foi completamente inócua. Da mesma forma, o objetivo fundamental da admissibilidade de consórcios em licitações – permitir que um agrupamento de empresas pequenas possa concorrer de forma igualitária com empresas de grande porte -, também não foi alcançado.
- 492. Além do certame do Ministério das Comunicações discutido acima, também foram trazidos à baila dois pregões realizados pelo Banco do Brasil - que, juntos, somam quase 2 bilhões de reais -, em que as Representadas participaram de forma consorciada, e novamente venceram sem qualquer competição efetiva.
- 493. O Pregão Eletrônico nº 2013/9674 teve como finalidade a contratação de serviços de comunicação de dados, por meio de uma rede IP (Internet Protocol) multisserviço para a comunicação de longa distância entre os PEP (Pontos Eletrônicos de Presença do Banco do Brasil). De acordo com a BT, esses pontos estavam localizados sobretudo no estado de São Paulo, e deveriam ser interligados com os pontos centrais de processamento de dados do Banco do Brasil, em Brasília (DF).
- 494. Se o objeto envolvia pontos de presença primordialmente no estado de São Paulo, região em que a Telefônica atua como concessionária de telefonia fixa (STFC) e teria, à toda evidência, plenas condições de atuar de forma independente, não há justificativas plausíveis para atuação em consórcio. Não obstante, a licitação foi vencida pelo Consórcio Rede PAE, liderado pela Oi.
- Por sua vez, o Pregão Eletrônico nº 2014/4792 visou à contratação de serviços de comunicação de dados, por meio de uma rede IP, para a comunicação entre os Pontos Eletrônicos de Presença do banco em todo Brasil, e os pontos centrais de processamento de dados em Brasília.
- Nesse caso, o objeto da licitação estava dividido em três grandes lotes, em que as respectivas localidades abrangidas situavam-se exatamente nas três grandes Regiões do PGO: Lote 1 – 3074 localidades na Região I (em que a concessionária incumbente é do grupo Oi); Lote II – 2.236 localidades Região II (em que a concessionária local também é a Oi); e Lote III - 2.221 localidades na Região III (ou seja, o estado de São Paulo, em que a concessionária é a Telefônica). Em cada um dos lotes, apenas o Consórcio Remus III Agências – composto pelas Representadas -, e uma empresa de pequeno porte (Click Net Brasil) apresentaram propostas.

- 497. Como se depreende da Ata do certame, na fase de lances, não houve disputa. A Click Net Brasil ofereceu um preço bastante inferior ao do consórcio e, depois, teve sua proposta desclassificada pelo pregoeiro, a pedido, por erro claramente medíocre: "a pedido da licitante, que alegou tê-la cadastrada de forma errada, com preço mensal, sem ter atentado que a disputa era com preço global, e por também não ter condições de oferecer o serviço no preço indicado.[255]"
- Também nesse caso, uma divisão dos lotes em função da localização geográfica dos pontos de presença, que coincide com as Regiões do PGO, é suficiente para se rejeitar por completo o argumento de complementaridade de rede e a necessidade de formação de consórcio entre as Representadas para atendimento da demanda.
- Não há qualquer justificativa razoável para que a Telefônica se consorcie com Oi e Claro para prestar serviço de conectividade no estado de São Paulo, onde a operadora é a incumbente, e detém grande capilaridade e capacidade de rede, sem deixar de mencionar sua capacidade financeira. A Claro também poderia ter disputado esse lote sem a necessidade de se associar à Telefônica ou à Oi. À época, a empresa estava presente em cerca de 60% dos municípios de São Paulo (com 45% de market share) e, ainda que não detivesse capilaridade em todo o estado, poderia ter contratado a Telefônica ou outras prestadoras para o fornecimento de conexão de última milha, e mesmo assim ser competitiva. Como destaca a própria Telefônica [256]:

As três empresas Representadas competem frequentemente entre si, como ocorreu na licitação promovida pela Empresa de Tecnologia da Informação e Comunicação do Município de São Paulo (Prodam-SP), na qual a Telefônica competiu com a Claro (Embratel) e perdeu. Neste caso, a área comercial de atacado da Telefônica foi contratada pela Embratel para o fornecimento de conexão de última milha.

- 500. Da mesma forma, sob a perspectiva de complementaridade de rede, não há qualquer racional para que a Oi - concessionária incumbente nas Regiões I e II do PGO - se consorcie com Telefônica e Claro para atender os Lotes I e II do certame em tela. Não se vislumbra nenhuma possível eficiência ou externalidade positiva nesse arranjo. Ao contrário, o que se nota, mais uma vez, são os efeitos negativos da supressão da competição no certame, que se refletem nos altos preços cobrados do cliente. Para ilustrar, enquanto a fase de lances do Pregão nº 144/2015 dos Correios resultou em um preço global de R\$ 699.840.491,00 reais para o atendimento de 8.223 localidades com links MPLS, os três contratos previstos no Pregão nº 2014/4792 foram adjudicados ao consórcio formado pelas Representadas pelo valor de mais de 1,5 bilhão de reais (R\$ 1.674.913.329,60), para atendimento de 7.531 localidades.
- 501. Já em 2016, o Ministério da Saúde publicou o edital do Pregão Eletrônico nº 08/2016, cujo objeto era a "contratação de serviço de tecnologia da informação, transmissão e recepção de dados - modo bidirecional -, que permita o tráfego de informações de caráter corporativo entre localidades a nível nacional simultaneamente (...)"
- 502. Nos termos da Ata do Pregão [257], todos os itens do certame foram cancelados na aceitação em virtude da participação de um único fornecedor no certame: a Claro - não se sabe se em consórcio ou não, pois isso somente se evidenciaria na fase de habilitação da vencedora, o que não chegou a ocorrer.
- Em sequência, o Ministério da Saúde publicou novo edital de pregão (nº 18/2016) com mesmo objeto e condições do certame anterior (nº 08/2016). Deste documento, merece destaque o item 3.5 do Anexo I – Termo de Referência[258]:
  - 3.5. CRITÉRIOS DE AGRUPAMENTO DE ITENS EM LOTE
  - 3.5.1. O objeto foi subdivido em lotes pelo critério de serviços, para que assim seja ampliado a abrangência de empresas que possam participar do processo licitatório, além de melhorar a qualidade dos serviços prestados.
- 504. Assim, o certame dividiu um total de 1.123 links, com abrangência nacional, em dois lotes: (i) Lote 1 (484 circuitos) - para "Serviço de comunicação de dados que permita o tráfego de dados, voz e vídeo de abrangência nacional, por meio de uma rede IP multisserviços, em MPLS"; (ii) Lote 2 (639 circuitos) para "Serviço de comunicação de dados que permita o tráfego de dados e monitoramento destinados à rede mundial de computadores (Internet)".
- Contudo, em que pese o objetivo da divisão em lotes tenha sido ampliar a competitividade do processo, a Claro foi a única licitante a participar do pregão eletrônico, como se depreende da Ata do certame[259]. Em momento posterior, na fase de habilitação, foi revelado que a Claro se consorciou com a Oi para atender ao objeto do contrato.
- Cabe destacar que, antes do referido pregão, era a Claro/Embratel quem prestava, sozinha, os serviços de rede do Ministério da Saúde previstos no Edital nº 18/2016. Assim, é muito provável que a Claro - que, como visto, possui ampla cobertura nacional -, teria plenas condições de atender individualmente ao objeto desse contrato. Assim, não há justificativas legítimas para que essa empresa se associe a uma de suas principais concorrentes - a Oi, operadora que possui maior capilaridade de rede em nível nacional - para disputar certame com o mesmo objeto, sem qualquer concorrência.
- Ressalte-se, ainda, que o contrato em tela previa atendimento de diversas localidades do estado de São Paulo e, nesse caso, não houve participação da Telefônica no consórcio. Ou seja, de alguma forma, quer com rede própria ou subcontratando a última milha com outras empresas, o consórcio entre Claro e Oi teve condições de atender às localidades nesse estado sem a necessidade de se associar à Telefônica.
- 508. Ao contrário do que alegam as Representadas, de que os consórcios formados entre si para disputar projetos de âmbito nacional geram "efetiva possibilidade de redução de preço, em benefício do órgão licitante[260]", o que se nota como resultado da falta de competitividade nesses certames é o baixo incentivo que as consorciadas têm de repassar os possíveis benefícios ao consumidor. Na realidade, os dados obtidos sugerem que quaisquer eventuais eficiências desse arranjo tendem a ser absorvidas como margem de lucro pelas operadoras, ao invés de serem transferidas como excedente ao consumidor.
- As tabelas abaixo ilustram esse fato. Como se pode observar, comparando-se os circuitos de mesma velocidade, os preços ofertados pelo consórcio em certames em que não houve disputa é, de forma geral, consideravelmente maior do que os preços ofertados pelo consórcio no Pregão dos Correios, em que houve disputa com a BT Brasil.

## Tabela 8 - Comparação de preços Pregão Correios x Pregão Banco do Brasil

| Pregão dos Correios -<br>disputa com BT |                       | Pregão Ba | Diferença           |          |                 |        |
|---|-----------------------|-----------|---------------------|----------|-----------------|--------|
|   | Duoso                 | Preço men |                     |          |                 |        |
| Тх                                      | Preço<br>mensal (R\$) | Lote 1    | ote 1 Lote 2 Lote 3 |          | Preço<br>médio* |        |
| T2 (512 Kbps)                           | 1.245,95              | 2.635,34  | 3.166,91            | 1.995,38 | 2.621,05        | 110,4% |
| T3 (1 Mbps)                             | 2.424,10              | 3.765,04  | 3.820,18            | 3.116,18 | 3.602,98        | 48,6%  |
| T7 (2 Mbps)                             | 1.961,27              | 4.776,38  | 4.726,39            | 3.848,73 | 4.505,40        | 129,7% |
| T8 (4 Mbps)                             | 2.926,90              | 6.622,76  | 6.622,76            | 5.687,80 | 6.365,01        | 117,5% |

Fonte: elaboração própria a partir de informações prestadas pela Representada e dados públicos dos certames.

Tabela 9 – Comparação de preços Pregão Correios x Pregão Ministério da Saúde

| Pregão dos Co<br>BT | rreios - d |                       | Pregão Minis<br>Saúde - sem | D.C                   |              |
|---------------------|------------|-----------------------|-----------------------------|-----------------------|--------------|
| Tx                  | Volume     | Preço mensal<br>(R\$) | Volume                      | Preço mensal<br>(R\$) | ·Diferença - |
| T7 (2 Mbps)         | 97         | 1.961,27              | 409                         | 2.434,92              | 24,2%        |
| T8 (4 Mbps)         | 62         | 2.926,90              | 8                           | 4.683,06              | 60,0%        |

Fonte: elaboração própria a partir de informações prestadas pela Representante e dados públicos dos certames.

## 3.5.3.5.5 Visão de clientes em relação à atuação consorciada das Representadas

As manifestações obtidas pela SG junto a clientes privados, do mesmo serviço, também corroboram a percepção de que a atuação 510. conjunta das três maiores operadoras de telecomunicações para ofertar soluções de conectividade prejudica a competição e pode provocar efeitos danosos ao ambiente concorrencial. A SG buscou consultar, ainda em sede de IA, agentes privados de grande porte [261], que demandam soluções de comunicação igualmente complexas e amplas, de forma a obter um padrão de comparação para a forma de atuação das Representadas. Em que pese a demanda por serviços de SCM não serem uniformes, podendo haver diferenças técnicas entre a demanda dos Correios, por exemplo, e a demanda dos agentes privados consultados; entende-se que a posição desses clientes é, de fato, relevante para se avaliar a real capacidade das prestadores de SCM de competirem entre si por contratos de amplitude nacional, sem a necessidade de consórcio.

A esse respeito, vale destacar a manifestação do Banco Santander, no sentido de que as Representadas têm condições de prestar os 511. serviços individualmente em âmbito nacional, em benefício de uma maior concorrência:

> (...) o Santander considera que não seria necessário que os grupos de Oi S.A., Telefônica S.A. e Claro S.A. se consorciassem para consequir prestar o serviço a nível nacional, sendo que entendemos que os três individualmente consequiriam e possuem estruturas suficientes para prestar o serviço de maneira competitiva. Acreditamos que quanto mais empresas houver, maior será a concorrência entre elas nos quesitos preço, qualidade de serviço, inovação tecnológica etc., e maior será o benefício para os consumidores finais e o mercado.

#### 512. O Itaú Unibanco compartilha entendimento semelhante:

O Itaú Unibanco entende que os grupos Oi, Telefônica e Claro conseguem prestar o serviço de links de rede de maneira competitiva individualmente, sem a necessidade de consórcio ou qualquer outro arranjo dessa natureza. Ademais, nos processos de concorrência

<sup>\*</sup> Média ponderada pelo número de links de cada lote.

realizados pelo Itaú Unibanco, tais empresas sempre se apresentam individualmente, e disputam os links de rede postos à contratação pelo Itaú Unibanco agindo como concorrentes entre si.

- 513. A [ACESSO RESTRITO AO CADE] igualmente considera que as três empresas poderiam prestar os serviços em âmbito nacional:
  - (...) as 3 empresas teriam condições de prestar os serviços de maneira individual, a nível nacional, considerando as necessidades específicas da [ACESSO RESTRITO AO CADE]
- 514. Já a Coca-cola do Brasil destaca que a formação de consórcio entre as Representadas poderia prejudicar sua capacidade de negociação:

A formação de um consórcio entre as citadas empresas poderia prejudicar nossa capacidade de negociação e, por isso, não nos parece apropriada a formação do mencionado consórcio.

515. Por sua vez, a empresa Valecard pondera que operadoras citadas poderiam prestar o serviço sem a necessidade de consórcio, por meio da contratação da última milha de terceiros, e levanta possibilidade de redução de custos com a atuação consorciada:

Entendemos que não exista a necessidade do consórcio para atendimento a nível nacional, pois através da contratação da última milha (last mile) de outras operadoras qualquer uma delas pode prestar o serviço. Os custos adicionais com a contratação da última milha podem ser diluídos ou tratados considerando a área de cobertura da operadora, ou seja, quanto maior a sua capilaridade, menor a necessidade de aquisição da última milha. A questão do consórcio está diretamente relacionada à necessidade da redução de custos e economia de escala.

516. A Fedex posiciona-se de maneira semelhante:

Com base em nossa experiência na contratação destes serviços, acreditamos que estes fornecedores podem operar individualmente, pois desta forma têm-se mais opções de cotação oferecidas pelos maiores provedores destes serviços. No caso de um consórcio com amplitude nacional, precisaríamos saber o quão competitivo estas empresas seriam quando consorciadas uma vez que possivelmente conseguiriam diluir alguns custos e assim tarifar de forma mais competitiva.

- 517. Embora Valecard e Fedex mencionem a possibilidade de redução de custos com o consórcio, como visto, a SG considera que, sem competição, não há incentivos para que esse benefício seja repassado ao consumidor.
- 518. A Rede Bandeirantes também considera que é necessária a subcontratação de circuitos para viabilizar um atendimento individual em escopo nacional, contudo, ressalta que não negocia com consórcios, pois isso reduziria a competitividade da contratação:

De acordo com a experiência da Band em suas contratações, nenhuma das empresas atuantes no mercado consegue fornecer serviços no âmbito nacional de forma individual, ou seja, sem parcerias ou subcontratações. As contratações da Band são conduzidas conforme informado no item 2; não há negociações com consórcios, pois isso reduziria as opções da empresa.

519. De forma análoga, a empresa Arcos Dourados (Mc Donald's) reconhece a possibilidade de cobertura nacional por meio da "contratação de última milha":

(...)consideramos o atendimento das operadoras às nossas demandas de comunicação como operadoras individuais. De qualquer forma, (...) temos conhecimento da prática denominada "contratação de última milha" realizada pelas operadoras nas localidades onde não possuem presença própria.

520. Por sua vez, a empresa Ambev também destacou a necessidade de subcontratações para obter-se cobertura total no Brasil, e que a gestão seria mais complexa e custosa caso se optasse por contratar com outra empresa que não as Representadas, já que estas possuem ampla abrangência no Brasil:

Nenhum desses grupos possui 100% de cobertura no Brasil. Sabe-se que existem subcontratações onde eventualmente não existe ponto de presença do fornecedor contratado. A AmBev entende que empresas com filiais a nível nacional teriam a gestão mais complexa e com custo maior se optarem por operar com outra empresa diferente desses grupos simplesmente por possuírem a maior abrangência de circuitos no Brasil.

- 521. Em relação a esse posicionamento, cabe a ressalva de que não se discute aqui os efeitos da possível contratação de outras empresas que não sejam as Representadas, mas sim a possibilidade de que estas prestem o SCM a nível nacional sem a necessidade de consórcio.
- A percepção dos agentes privados é mais um indicativo que acrescenta ao debate desenvolvido ao longo deste processo sobre as justificativas para a atuação conjunta das Requeridas e os potenciais efeitos decorrentes do consorciamento das empresas com significativo poder de mercado em licitações para provimento de SCM de âmbito nacional. As respostas apresentadas são predominantemente no sentido que os agentes privados não percebem a necessidade de atuação consorciada para prover o serviço. Pelo contrário, as representadas podem atuar de forma isolada e subcontratar os serviços com outras empresas (ou entre si). De forma geral, a opção de as empresas atuarem de forma consorciada foi vista como indesejável, pois limitaria a concorrência no mercado.
- 523. Assim, fica claro que a estratégia de atuação das Representadas em contratações privadas é distinta da atuação em licitações públicas. Parece não ser usual entre as empresas consultadas permitir a negociação com consórcios, ainda que o alegado ganho de eficiência proveniente do consorciamento (e da complementaridade de rede) também pudesse ser invocado pelas Representadas quando da contratação privada.
- As investigadas alegam que a formação do consórcio não reduz a concorrência, fato não corroborado pela instrução realizada, tampouco pela estrutura do mercado, haja vista que o Consórcio reúne as três maiores empresas do setor (que, em 2015, detinham mais de 90% do mercado de SCM). O que se observa é a atuação conjunta dos três principais concorrentes na oferta de SCM, sem justificativas razoáveis, para a participação de pregões de abrangência nacional, o que limita consideravelmente a quantidade de agentes nesses pregões. Em condições semelhantes na inciativa privada, tais arranjos seriam considerados indesejáveis, pois haveria perda de rivalidade sem uma justificativa em termos de capacidade de atendimento (todas seriam capazes de fornecer o serviço) e de eficiência (não foram mencionados ganhos que resultassem em reduções de preços se as três atuassem de forma conjunta).
- 525. Já em âmbito de PA, as Representadas criticaram a instrução feita pela SG por não incluir agentes públicos, que teriam uma dinâmica distinta e mais comparável com o certame dos Correios. Esta SG enviou, então, ofícios aos seguintes agentes públicos: Banco do Brasil,

Caixa Econômica Federal e os próprios Correios. As consultas realizadas - sobre as vantagens e desvantagens do consorciamento e da capacidade de fornecimento de SCM pelas Representadas - revelaram uma dicotomia entre, de um lado, a perspectiva de haver um maior número de concorrentes e ser alcançado um menor preço e, de outro, a maior facilidade de gerenciamento e maior segurança e estabilidade de rede advindas da contratação de apenas um agente sob a forma de consórcio.

526. Dentre as opiniões expressadas, destaca-se aquela trazida aos autos pela Caixa Econômica Federal[262]. Os trechos abaixo ilustram sua percepção quanto às vantagens e desvantagens da participação de consórcios e da divisão por lotes em licitação de âmbito nacional.

Por tratar-se de um serviço "commodity", onde temos inúmeras empresas de diversos portes espalhadas pelo país que prestam esse tipo de serviço mas nenhuma possui efetiva abrangência nacional, entendemos que os consórcios promovem uma melhor competitividade, principalmente porque cada participante do consórcio, dentro de sua área de abrangência tem condições de prestar os serviços com custos reduzidos. Impedir a participação de consórcios, principalmente para contratações de escopo nacional restringe a concorrência, impede a redução de custos, gera impactos no cumprimento dos contratos no sentido que um eventual vencedor será obrigado a construir acessos próprios, ou subcontratar junto a provedores locais, em localidades onde ele não possui infraestrutura, fato que vai onerar o contrato, elevar os preços aplicados e gerar atrasos na entrega de conexões.

(...)

A partir de 2013, a Caixa realizou levantamento por eventuais provedores regionais de serviços de comunicação de dados e identificou a existência de número significativo de provedores regionais, com infraestrutura própria que tinham como principais clientes as grandes provedoras de rede e telefonia. A partir disso, a Caixa passou a realizar contratações divididas em lotes regionais, de forma a aproveitar essas infraestruturas de telecomunicações. Duas grandes vantagens foram observadas: A significativa redução de custos das conexões (que passaram a ser atendidas diretamente pelos provedores regionais) e; a redução dos tempos de recuperação de incidentes. Um bom exemplo são as contratações de anéis metropolitanos realizadas pela Caixa, que são hoje as redes mais estáveis e com menor custo banda/Mbps.

527. Posição semelhante é adotada pelo Banco do Brasil, que permite a participação de consórcios em suas licitações a depender das características do objeto a ser contrato:

(...) a permissão da participação de consórcios em licitações de abrangência nacional oferece a vantagem de aumentar a viabilidade de atendimento nos endereços das unidades do Banco do Brasil, tendo em vista que as operadoras, em regra, não oferecem atendimento em todo o território nacional.

(...)

A desvantagem de se permitir a formação de consórcio é que, a depender de sua composição, pode haver impacto na competitividade e no resultado do pregão, resultando em preços ofertados acima do previsto e/ou financeiramente inexequíveis para o Banco do Brasil.

(...)

A contratação de Serviços de Comunicação Multimídia de forma fragmentada possui a vantagem de viabilizar a participação de provedores regionais, cuja abrangência é focada em alguns municípios e regiões metropolitanas. A presença desses provedores regionais nos certames pode aumentar a concorrência, refletindo-se em menores preços ofertados nos pregões realizados de forma fragmentada.

(...)

A desvantagem do modelo de lotes regionais é a não garantia do atendimento de todas as unidades do Banco do Brasil que compõem os lotes. Os provedores regionais, mesmo aqueles de maior porte, possuem abrangência limitada, e muitas vezes não apresentam viabilidade técnica para atendimento em determinadas localidades ou endereços.

(...)

Outra dificuldade gerada pelo modelo de lotes regionais é o maior número de contratos dele oriundo, exigindo maior custo de gestão no controle dos índices de nível de serviço, bem como na gestão operacional das instalações, mudanças e alterações.

- 528. A manifestação dos Correios não é muito diferente. A empresa argumenta que a permissão de formação de consórcios no certame busca ampliar a competição, bem como potencializar a qualidade dos serviços. Destaca os resultados obtidos no certame que deu origem ao presente processo, ressaltando a quantidade de lances ofertados e a redução de 17% em relação ao preço de referência.
- Esta SG compreende a preocupação dos órgãos públicos em minimizar os custos com a gestão de contratos, e de obter maior facilidade ao interagir com apenas um interlocutor. Também não refuta a importância de se buscar segurança e estabilidade de rede. Entretanto, o que se observou em relação aos certames analisados anteriormente foi que a busca pelos benefícios citados teve como contrapartida o prejuízo da competitividade. Um consórcio que une os três maiores concorrentes nesse mercado que detêm, juntos, quase a totalidade das infraestruturas de transporte e acesso no país não atua em benefício da concorrência. Sobretudo quando tais operadoras ainda adotam, individualmente, uma estratégia de discriminação para excluir possíveis rivais.
- 530. Como visto, há exemplos de atuação consorciada em certames bem menos abrangentes que o dos Correios, e em situações onde o objeto foi divido em lotes que coincidem com as Regiões do PGO. Nesses casos, mais absurdo ainda seria o argumento de que a pretensa complementaridade de rede entre as operadoras traz eficiências para os contratantes em termos de redução de custos. Apesar de que, na realidade, nenhuma das Representadas preocupou-se em apresentar argumentos para justificar sua atuação em consórcio nos outros certames citados, para além do Pregão dos Correios.
- 531. O posicionamento dos agentes privados, que também possuem extensas redes e semelhante necessidade de confiabilidade e segurança, reforça a percepção de que arranjos desse tipo são danosos à competitividade. Embora existam particularidades que diferenciam contratos públicos de privados, no que tange aos aspectos técnicos, ou seja, em termos de arquitetura de rede, segurança, confiabilidade e possíveis topologias para atendimento, não se vislumbram quaisquer diferenças entre a demanda desses entes.
- Tendo em vista a análise realizada até aqui, entende-se que os argumentos apresentados pelas Representadas, de forma conjunta, e centrados sobretudo na complementaridade de suas redes, não apresenta racionalidade suficiente para justificar o comportamento investigado. Por isso, com o objetivo de esgotar toda a argumentação trazida pelas Representadas, serão analisadas, a seguir, as justificativas individuais trazidas por cada operadora.

## 3.5.3.5.6 Das justificativas da Claro

- 533. Em resumo, a Claro alega que sua participação em consórcios não é recorrente (ocorre em apenas 1% dos itens editalícios que disputou entre 2013 a 2015), e que utiliza desse instrumento quando o projeto envolve clientes públicos com atuação em todo o território nacional e de maior grau de complexidade.
- Declara, também, que a decisão de participar do Consórcio não se baseou em estudo econômico ou dados quantitativos, mas na avaliação da infraestrutura que a Claro detinha, dos riscos e investimentos associados ao projeto e da experiência anterior da Claro como prestadora de serviços aos Correios. Segundo a Claro, a experiência dos membros do Conselho e seu conhecimento do mercado e da própria empresa foram suficientes para a tomada de decisão.
- 535. A Claro ainda alega que não era capaz de atender integralmente à demanda dos Correios de forma individual, de modo que a atuação em consórcio permitiu economias em relação aos investimentos necessários para a expansão da infraestrutura e à contratação de terceiros, em razão de complementaridade geográfica e técnica entre os membros do Consórcio. A atuação consorciada também teria permitido a mitigação de riscos na execução e cumprimento de obrigações do contrato, e melhor controle dos padrões de qualidade.
- 536. Posteriormente, a Claro apresentou novo estudo econômico elaborado pela LCA Soluções Estratégicas em Economia[263] em que reconstruiu os cenários aplicáveis ao contexto da época para demonstrar quantitativamente as razões que justificaram tal decisão. Nos três cenários apresentados, a Claro busca demonstrar que sua participação individual no Pregão nº 144/2015 não era economicamente razoável, pois implicava o uso expressivo de subcontratações com terceiros, o que impunha elevado risco na execução e cumprimento de obrigações do contrato.
- Nestes cenários, mesmo sem embutir margem de lucro, hipotéticos lances individuais da Claro seriam superiores ao oferecido pelo Consórcio (que já inclui margem de lucro) e ao valor de referência do edital. Os valores superariam em cerca de [ACESSO RESTRITO À CLARO] o valor de referência do edital e em cerca de [ACESSO RESTRITO À CLARO] o valor do lance do Consórcio homologado.
- Pois bem, ainda que a participação da Claro em consórcio não seja a regra em termos de quantidade de certames ou itens editalícios, entende-se que essa métrica não é a mais adequada para se averiguar a representatividade da atuação consorciada em licitações e o potencial de seus danos. É inegável que esta operadora se associou às demais Representadas para participar de certames públicos estratégicos, de grande vulto e alcance nacional. Nesse sentido, mais relevante seria indicar essa representatividade em termos do valor dos contratos, e não da "quantidade de itens editalícios".
- 539. O argumento de que a empresa não possuía condições de atender ao objeto do certame de forma individual também não merece prosperar. Como já mencionado, a Claro é a maior prestadora de SCM no Brasil (31,6% de market share), possui ampla rede de transporte - por ser a incumbente no serviço de longa distância nacional - e elevada cobertura e capilaridade. Em outubro de 2015, a empresa ofertava SCM em 2567 municípios brasileiros por meio de acessos confinados e, considerando sua capacidade satelital, a cobertura da prestadora alcançava 3866 municípios (lembrando que a maioria dos links demandados pelos Correios poderia ser atendido por satélite). Ainda que individualmente seu poder de mercado a nível municipal seja baixo, uma vez atuando em consórcio com as duas outras prestadoras que possuem PMS em praticamente todo território brasileiro, ela viabiliza o abuso de posição dominante em escopo nacional e facilita o fechamento do mercado varejista.
- 540. E mais: a Claro era a prestadora dos serviços de conectividade dos Correios antes da BT, e inclusive apresenta "atestado de capacidade técnica" no âmbito do Pregão nº 144/2015, emitido pelos Correios, a respeito dos serviços prestados entre os anos de 2001 e 2006 pela Embratel. O documento demonstra que a empresa já era capaz de prestar serviços de solução integrada de rede em todo o território nacional, mais especificamente, em 5536 localidades, e conclui que "Os servicos prestados atendem os parâmetros de qualidade e desempenho definidos em contrato (...)". A figura abaixo, retirada do próprio atestado (datado de novembro de 2004), demonstra que a Embratel (do Grupo Claro) já estava, mesmo à época, habilitada para oferecer solução integrada de rede em 5.356 pontos distribuídos por todo Brasil[264]:

Figura 14 - Atestado de Capacidade Técnica da Embratel (2004)

|   | ACESSO<br>PRINC | Nivel 1                      | NIVEL32                    | NIVEL 3  | NIVEL 3A                  | NIVEL 4        | NIVEL 5           | NIVEL B     | NIVEL 7   | NIVEL 8               |                        |
|---|-----------------|------------------------------|----------------------------|--|---------------------------|----------------|-------------------|-------------|-----------|-----------------------|------------------------|
| ESTADO - 19   | DUST WHEN YOU   | - market market market       | CALL TO A CALL THE         | SECTION OF STREET  | SECTION AND ADDRESS.      | According took | <b>有些是在在</b> 20年度 | 14 SE COLO. | SEC. 2012 | PLANT OF THE PARTY OF | NAME OF TAXABLE PARTY. |
| aESTADO - S   | 54155M3         | THE SELECT                   | 2 SM Oct                   | 4M   | - 2M                      | TURN           | - serale          | INCORPIA CO | 3000 A    |                       | Total Glo              |
| AC  |                 |                              | 7000                       | - Contract C | Carrier Charles           | N-SWIMBOOK     | 314N V            | ZUZDON:     | 2128K     |                       |                        |
| AL  |                 |                              |                            |  |                           | 2              |                   |             | 1         | 16                    | 17                     |
| AM  |                 |                              |                            |  |                           | 3              |                   |             | 2         | 112                   | 116                    |
| AP  |                 |                              |                            |  | -                         | - 3            |                   | 4           | 1         | 92                    | 100                    |
| BA  |                 |                              | 1                          | -  | -                         | _              |                   |             | 1         | 13                    | 14                     |
| CE  |                 |                              | 1                          |  |                           | -              |                   | 1           | 16        | 468                   | 486                    |
| DF  | 1               | 1                            | 1                          | 1  | -                         | 3 5            | 1                 | 1           | 8         | 214                   | 228                    |
| ES  |                 |                              | -                          | -  | 1                         |                | 3                 |             | 11        | 71                    | 93                     |
| GO  |                 |                              |                            | 1  | ,                         | 2              | -                 | 2           | 7         | 108                   | 120                    |
| MA  |                 |                              |                            | -  | 1                         | 3              | -                 | 1           | 4         | 264                   | 273                    |
| MG  |                 |                              | 1 7                        | _  | -                         | 5              |                   | -           | 3         | 182                   | 189                    |
| MS  |                 |                              |                            | 1  | -                         |                |                   | 3           | 30        | 765                   | 804                    |
| MT  |                 |                              |                            |  | 1                         | -              |                   | -           | 4         | 87                    | 92                     |
| PA  |                 | -                            |                            | 1  | _                         | 2              |                   | 1           | 3         | 123                   | 129                    |
| PB  |                 |                              |                            | 1  | +                         | 2              | -                 | 1           | 4         | 157                   | 165                    |
| PE  |                 | -                            | 1                          |  | -                         | -              |                   | 1           | 3         | 188                   | 193                    |
| PI  | _               | _                            | -                          | 1  | -                         | 1              | 2                 |             | - 6       | 215                   | 225                    |
| PR  |                 | -                            | -                          | 1  | -                         | 2              |                   | 2           | 4         | 142                   | 151                    |
| RJ  | -               | -                            | 1                          | 2  | -                         | 2              | 2 - 2 /           | 3           | 28        | 388                   | 422                    |
| RN  |                 |                              |                            | - 6  |                           | 1              | 2                 | 8           | 30        | 257                   | 301                    |
| RO  |                 | -                            |                            | _  |                           | 4              |                   |             | 3         | 174                   | 181                    |
| RR  | -               | -                            |                            | _  |                           | 2              |                   |             | 2         | 54                    | 58                     |
| RS  | -               | -                            | 1                          | -  |                           |                |                   |             | 1         | 19                    | 20                     |
| SC  |                 | _                            | 1                          | -  | 1                         | 1              |                   | 6           | 41        | 420                   | 469                    |
| SE  |                 | -                            | _                          | 1  | -                         | 2              |                   | 4           | 21        | 244                   | 272                    |
| SP  | -               |                              | -                          |  |                           | 3              |                   | 1           |           | 84                    | 88                     |
| TO F  |                 |                              |                            | -  | -                         |                |                   |             |           | 22                    | 22                     |
| Total Global  | 1               | 1                            | -                          | -  |                           | 10             |                   | 1           | 2         | 125                   | 128                    |
|   |                 | 1 1                          | 7                          | 10   | 2                         | 48             | 8                 | 40          | 236       | 5004                  | 5356                   |
| ervandes 11 - todos<br>ervandes 2 - No N<br>il a Velocittabe da P | ivel 8, 4.1     | s do Nivei 1<br>00 (quatro i | ao Nivel 7<br>mil e cem) ; | são Frame<br>contos são  | -Relay com<br>atendidos v | CIR pleno      | ou igual a v      | elocidade d | a Porta,  |                       |                        |

Fonte: informações prestadas pela BT. SEI nº 0140503. Doc nº 02.

- 541 Há também nos autos atestado emitido pelo Banco do Brasil, em julho de 2008, referente à contrato com a Embratel para prestação de serviços de comunicação de dados em todo o território brasileiro. No atestado, o banco especifica os serviços prestados pela Representada: uma "solução integrada de rede de comunicações, com capacidade para prover tráfego de dados, voz e videoconferência para o Banco do Brasil em todo território nacional, compreendendo a instalação, implementação, operação, manutenção, gerenciamento e monitoração de rede IP VPN MPLS, com 7.259 pontos distintos". Informa, ainda, que a disponibilidade da solução deve ser igual ou superior a 99,8%, e conclui que "tais serviços estão sendo executados satisfatoriamente, não existindo em nossos registros, até a presente data, fatos que desabonem sua conduta e responsabilidade com as obrigações contratuais assumidas" [265].
- Ou seja, tais atestados demonstram que, mesmo em data bastante anterior a dos fatos aqui apurados, a Embratel já prestava de maneira independente serviços de comunicação de dados para redes corporativas de abrangência nacional, e de forma satisfatória, ainda que subcontratando eventualmente a última milha. Não se vislumbra, de fato, qualquer justificativa razoável para que a Claro integre um consórcio com suas principais concorrentes do setor para que consiga prestar estes mesmos serviços.
- 543. Embora esta operadora, por um lado, declare que decidiu integrar o Consórcio após constatar a existência de estruturas operacionais e equipamentos já instalados nas localidades a serem atendidas, por outro, afirma que a decisão de participar do Consórcio não se baseou em estudo econômico ou dados quantitativos, mas na experiência dos membros do Conselho e seu conhecimento do mercado e da própria empresa, que seriam suficientes para a tomada de decisão.
- 544 Com efeito, não foram apresentados a esta SG quaisquer documentos relevantes, produzidos previamente ao certame, de forma a justificar a inviabilidade de atuação individual da Claro - que teria motivado a formação do Consórcio -, tampouco as pretensas eficiências quantitativas e complementaridades desta associação. É no mínimo inusitado que uma decisão de tal magnitude não tenha sido baseada em qualquer estudo técnico detalhado.
- Embora a Claro tenha apresentado, posteriormente, novo parecer econômico em que reconstruiu os cenários aplicáveis ao contexto da época para demonstrar quantitativamente que sua participação individual no certame era inviável, cumpre ressaltar que os exercícios e conclusões do referido estudo não podem ser acatados, uma vez que se baseiam em premissas não verificáveis ou questionáveis.
- No cenário 1, por exemplo, em que o resultado alcançado com a simulação apresenta menor sobrepreço [ACESSO RESTRITO À CLARO] em relação ao valor de referência -, os consultores utilizaram como premissas [ACESSO RESTRITO À CLARO]
- No entanto, como restou evidente da análise empreendida até o momento, a capilaridade da Claro, mesmo à época dos fatos, permite um alcance consideravelmente maior do que os [ACESSO RESTRITO À CLARO] circuitos próprios aventados na simulação. Além disso, o parecer não apresenta [ACESSO RESTRITO À CLARO]
- 548. Por tudo quanto exposto, conclui-se que os argumentos apresentados pela Claro, tanto em conjunto com as demais Representadas quanto individualmente, não justificam sua participação em consórcio com os principais concorrentes do setor. Tal arranjo substitui conscientemente os riscos da concorrência entre empresas líderes do mercado por uma cooperação prática, gerando danos reais e potenciais ao ambiente concorrencial, como se constatará adiante.

### 3.5.3.5.7 Das justificativas da Oi

- 549. Em síntese, a Oi alega que não dispõe de infraestrutura de rede suficiente para prestar os serviços demandados pelos Correios, pois possui baixa capacidade satelital e reduzida presença no estado de SP. Acrescenta que a prestação de serviços em localidades interioranas e de difícil acesso era complexa, e exigia pesados investimentos na expansão e integração da rede, o que acabaria por inviabilizar a participação isolada da Oi no Pregão.
- A empresa também alega que teria [ACESSO RESTRITO À OI]. Além disso, a Oi ressalta que a abrangência e a essencialidade dos serviços contratados pelos Correios implicavam a exigência de garantias de execução contratual elevadas e o estabelecimento de severas sanções por eventuais inadimplementos contratuais.
- Primeiramente, cabe repisar que a Oi é, dentre as prestadoras de SCM, a que possui maior capilaridade e cobertura em âmbito nacional. A Representada é concessionária do STFC nas regiões I e II do PGO, o que exclui apenas o estado de SP, e possui uma rede legada de abrangência considerável. Como visto, a empresa possuía, à época do litígio, concentração acima de 20% em 4741 municípios. Destes, em 4089 a participação de mercado dessa prestadora é acima de 90%, sendo que era observado monopólio em 2115 municípios. Com efeito, de acordo com análise da Anatel, a Oi possui PMS em 4489 municípios brasileiros (mais de 80% do território brasileiro).
- Diante dessa extensa capilaridade e poder de mercado significativo em quase todo território nacional, não parece crível a alegação da operadora de que a prestação de serviços em localidades interioranas e de difícil acesso era complexa, e exigia pesados investimentos na expansão. Certamente as localidades em que a Oi não possuía rede de acesso representam uma parcela reduzida do total de pontos de presença que deveriam ser atendidos pelo edital dos Correios. De fato, apenas 138 localidades foram classificadas pelos Correios como de "difícil acesso" (o que, de todo modo, permitiria maior prazo para atendimento e tolerância em termos de SLA).
- A mesma Representada informou que, no âmbito do Consórcio, essas localidades foram contempladas com tecnologia satelital fornecida pela Claro, já que a Oi possuiria baixa capacidade de atuação com essa tecnologia. Contudo, em seu Formulário de Referência 2015[266], disponível no site da operadora, esta informa que:

### Rede de Satélite

A Companhia expandiu a prestação de serviços via satélite, de forma a cumprir com os requisitos de atendimento às áreas rurais e remotas do Brasil. Tais serviços incluem acesso à internet e acesso a aplicativos de dados corporativos. Em 31 de dezembro de 2014, a rede via satélite da Companhia cobria cerca de 5.165 municípios em 26 Estados do Brasil e no Distrito Federal prestando serviços de voz <u>e dados</u>. (grifo nosso)

Em 2000, a Companhia iniciou a implementação do segmento terrestre das suas redes de satélites, a fim de estender a transmissão a áreas remotas nos Estados do Acre, Paraná, Rondônia, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Pará, Amazonas, Amapá e Roraima, bem como para outras áreas com acesso limitado a serviços de telecomunicações, devido às condições geográficas, como Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás e Tocantins. A rede de satélite compreende estações de satélite localizadas em áreas rurais menos povoadas, bem como estações de hub nas cidades de Brasília, Manaus, Boa Vista, Macapá, Belém, Santarém, Marabá, Rio de Janeiro, Curitiba, Porto Alegre, Florianópolis, Cuiabá, Porto Velho e Goiânia. Estas redes de satélites utilizam a tecnologia digital e começaram a operar em agosto de 2000. Os backbones de fibra ótica e por satélite estão interligados em Brasília, Belém, Fortaleza, Rio de Janeiro, Curitiba, Porto Alegre, Florianópolis, Cuiabá, Porto Velho e Goiânia. A Companhia acredita que a integração das redes de satélite em terra permite que possa prestar serviços aos clientes de qualquer localidade nas Regiões I e II. (grifo nosso)

- 554. Portanto, também é questionável o argumento de que a Oi possuía baixa capacidade satelital para atender municípios remotos.
- 555. Em relação à reduzida presença em São Paulo, de fato, a Oi não possui uma rede legada nesse estado, em que a Telefônica é a detentora de PMS na maior parte dos municípios. Embora possua uma participação de mercado reduzida nessa UF- menos de 1% do total de acessos SCM em outubro de 2015; segundo dados da Anatel, à época, a Oi somente não possuía acessos SCM em 49 dos 645 municípios do estado[267]. Portanto, é bastante questionável a necessidade dessa operadora de se consorciar com suas principais rivais sob o argumento de que não possuía a capilaridade necessária para atender ao objeto do certame. Por óbvio que a Oi dispunha de alternativas menos gravosas à concorrência para a composição dessa proposta, seja subcontratado uma quantidade minoritária de circuitos, dada a abrangência desta operadora, seja se consorciando com empresas de menor porte
- Por fim, em relação aos argumentos de cunho financeiro, sabe-se que a empresa pediu recuperação judicial em 2016, sendo de domínio público a crise em que se encontra desde então. Contudo, não está claro que a única forma de atender a outras exigências do edital, [ACESSO RESTRITO À OI] seria por meio do consórcio com os principais concorrentes no mercado de SCM, principalmente tendo em vista a receita relevante que o vencedor do certame viria a obter.
- No que tange a sanções por eventuais inadimplementos contratuais, o raciocínio é semelhante. Esse tipo de penalidade não é uma 557. inovação no mercado. Ainda que o contrato dos Correios exigisse maior rigor no cumprimento dos requisitos, novamente, não parece razoável supor que um consórcio com os maiores concorrentes do setor seja a alternativa menos deletéria ao ambiente concorrencial para se atender às exigências do certame; mesmo porque, de acordo com as Representadas, cada operadora responderia por sua parcela de rede na composição da sociedade. Assim, de todo modo, a Oi deveria assumir responsabilidade por fração relevante das sanções por eventuais inadimplementos, que ainda devem ser sopesados em relação às receitas oriundas do contrato.
- 558. Levando-se em consideração os aspectos apresentados, afastam-se todos os argumentos apresentados pela Oi, tanto em conjunto com as demais Representadas quanto individualmente, para justificar sua participação em consórcio com os principais concorrentes no setor. Com efeito, esse acordo elimina a competição entre as empresas líderes do mercado, que cooperam em benefício próprio, gerando prejuízos concretos e potenciais ao ambiente concorrencial, como será verificado adiante.

## 3.5.3.5.8 Das justificativas da Telefônica

A Telefônica alega sobretudo que sua capilaridade é limitada a nível nacional, concentrando-se majoritariamente no estado de SP, em que é concessionária do STFC. Assim, a empresa argumenta que não teria condições de competir sozinha em um certame com tamanha capilaridade como a exigida pelos Correios, de modo que a invocada complementaridade de rede entre as Representadas permitiria o alcance de eficiências significativas, manifestadas em suposta redução de preços.

- Realmente, não se pode negar que, entre as Representadas, a Telefônica é a operadora que possui a menor capilaridade territorial, em que pese a aquisição da GVT, que permitiu à Representada ampliar sua cobertura para diversos estados. Contudo, não parece razoável o argumento de que a essa operadora não teria condições de competir sozinha no certame porque incorreria em custo de mais de [ACESSO RESTRITO À TELEFONICA] de reais para fornecer individualmente os acessos fora de São Paulo. Por óbvio que aqui não se cogita a construção de toda uma malha de rede nova para atender a um cliente. Mas a subcontratação de outras prestadoras para a composição de uma proposta com alcance nacional, como as próprias Representadas sugerem que a BT possa naturalmente fazer, é uma alternativa bastante factível para uma operadora do porte da Telefônica.
- 561. É compreensível a política da empresa de não participar sozinha de licitações em que não possua ao menos [ACESSO RESTRITO À TELEFÔNICA] da rede demandada, conforme alegou a empresa[268], no entanto, a operadora deveria estar ciente dos riscos concorrenciais de se associar a suas principais concorrentes no mercado de SCM para compor uma proposta e disputar licitações públicas de âmbito nacional. Por certo que, para competir no certame, havia formas menos danosas ao ambiente concorrencial, quer seja subcontratando a última milha nas localidades em que não possui presença, quer seja, em último caso, associando-se a apenas uma das demais Representadas. A propósito, as próprias Representadas já admitiram que, na licitação de 2010 promovida pelos Correios e vencida pela BT Brasil -, houve formação de consórcio apenas entre Claro e Telefônica, sem a participação da Oi. Ainda, caso a Telefônica não houvesse participado do certame, em conformidade com a aludida política citada acima, esta possivelmente não teria incentivos para discriminar terceiros no mercado de infraestrutura no atacado.
- Portanto, fato é que a Telefônica apesar de não deter ampla capilaridade nacional ao aceitar fazer parte de um consórcio com empresas claramente concorrentes, com redes em grande medida sobrepostas, também assumiu os riscos de incorrer em uma conduta anticompetitiva. Sobretudo quando, em paralelo, dificulta o acesso à sua infraestrutura por terceiros potenciais concorrentes no mercado em disputa.
- Dito isto, verifica-se que os argumentos apresentados pela Telefônica para justificar sua participação em consórcio com as duas outras maiores empresas do setor não merecem prosperar. Ao aceitar fazer parte de tal acordo, a Representada conscientemente altera as condições normais do ambiente competitivo, substituindo os riscos da concorrência entre empresas líderes do mercado por uma cooperação prática.
- Afastadas as justificativas apresentas pelas Representadas, passa-se, por conseguinte, à análise dos danos reais e potenciais provocados ao ambiente concorrencial.

#### 3.5.3.5.9 Do dano

- Com relação aos danos, é possível concluir que um arranjo cooperativo entre os três principais concorrentes do setor, que possuem ampla rede, conjugado a práticas de exclusão de rivais, atua flagrantemente contra a competitividade em certames licitatórios. Por óbvio que um arranjo desse tipo não aumenta a quantidade de potenciais participantes, ao contrário: como visto, em muitos casos, o referido consórcio é o único participante efetivo da disputa.
- 566. Nesse sentido, ainda em 2009 o "Guia de Análise de Denúncias sobre Possíveis Infrações Concorrenciais em Licitações", aprovado pela então SDE, ressaltou o propósito anticoncorrencial de consórcios realizados entre concorrentes diretos com condições de atender ao objeto do certame de forma individual:

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

## 567. E prossegue:

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

- A esse respeito, também merece destaque o posicionamento do Juiz Federal que analisou pedido de tutela antecipada da BT no âmbito do Pregão dos Correios[269]:
  - (...)uma avaliação profunda sobre a participação de consórcios no presente pregão, cristalino é que os objetivos de sua previsão editalícia não foram atingidos. Se o intuito era de ampliar a competitividade com a possibilidade de participação de empresas que, sozinhas, não disporiam das condições necessárias para realizar o objeto, este foi totalmente desvirtuado, ao viabilizar a reunião das grandes empresas do mercado, a indicar prática anticoncorrencial que será detalhadamente investigada
  - Os consórcios deveriam ser destinados ao agrupamento de empresas pequenas para concorrerem de forma igualitária com empresas de grande porte em processos licitatórios, e não o contrário, quando as grandes empresas do mercado se unem para impedir a participação de empresas menores, inclusive oferecendo preços que são inferiores aos que impõem às concorrentes para acessar sua infraestrutura de telecomunicações.
- Assim, em um primeiro momento, as consequências evidentes desse contexto de dominância colusiva e eliminação da concorrência são os altos preços pagos pelos contratantes, já que, sem competição, não há incentivos reais para se repassar eventuais eficiências desse arranjo aos clientes. Agrava a situação o fato de que, nos casos relatados, a Administração Pública é a contratante. Dessa forma, os prejuízos são imputados a toda sociedade. É evidente que esta prática, quando reiterada, resultará em maior concentração de mercado, preços mais elevados, prejuízo às operadoras de menor porte e ao ambiente de competição do mercado de telecomunicações como um todo.
- 570. Para além dos danos concretos decorrentes da eliminação da rivalidade em licitações públicas por meio de consórcio entre as principais empresas do país, cumpre destacar outros efeitos potencialmente deletérios ao ambiente competitivo.

- Diante da admissibilidade de que as principais prestadoras de SCM possam se consorciar para participar de licitações públicas, os diversos *players* regionais, concorrentes de menor porte, são claramente desincentivados a participar desses certames. Isso porque restará cada vez mais claro que terão que competir novamente com as maiores operadoras do mercado consorciadas entre si. Assim, essas empresas menores são dissuadidas de incorrer nos custos de preparação de propostas para disputar o certame e terão reduzidos incentivos para participar de forma isolada ou em consórcio com outras empresas de menor porte, pois terão que enfrentar as detentoras de quase a totalidade dos acessos locais (dos quais dependem) atuando em conjunto.
- 572. Esse contexto resta por sinalizar aos potenciais rivais de menor porte que é impossível competir com tais empresas, gerando efeitos deletérios ao ambiente concorrencial. Conforme alertado pela Telcomp (Associação Brasileira das Prestadoras de Serviços de Telecomunicações Competitivas)[270]:
  - (...) Ocorre que os grupos integrados de abrangência nacional, em especial aqueles oriundos do processo de desestatização da Telebrás, são os detentores da maior parte das redes histórias existentes no país, que são os insumos necessários para completar as redes de novos competidores. Estes grupos, se reunidos sob consórcio, terão poder de mercado mais que suficiente para dificultar a estruturação de redes alternativas por outros competidores. A simples possibilidade de formação de consorcio entre tais grupos é fator suficiente para afastar possíveis licitantes. Sem tais competidores não é razoável esperar que os preços e condições das ofertas convirjam em direção aos interesses da Administração Pública e da sociedade em geral, neste e nem em futuros certames." (Grifo nosso).

(...)

A estrutura do mercado com a presença combinada de empresas que controlam redes abrangentes e integradas verticalmente para prestação dos mais variados serviços de telecomunicações é fator mais que suficiente para, no futuro, afastar potenciais concorrentes. Sem estes, não há como se esperar que a Administração Pública possa continuar a contratar serviços com preços justos.

A Administração Pública no Brasil é um contratante de serviços de telecomunicações de grande importância para o mercado como um todo. Ao afastar a possibilidade empresas com as devidas qualificações participarem deste importante segmento de mercado, restringese o espaço para desenvolvimento de novas ofertas de serviços ao mercado em geral, com prejuízos para a sociedade.

573. Esse último trecho da manifestação da Telcomp revela, ainda, outro potencial efeito resultante da participação das Representadas em licitações estratégicas de abrangência nacional por meio de consórcios. Sabe-se que é usual em licitações públicas a exigência de atestados técnicos comprobatórios de experiência com serviços corporativos em larga escala como requisito para qualificação de licitantes, como pode ser observado no quadro abaixo.

Quadro 6 - Solicitação de atestados técnicos em licitações

| Licitação  | Previsão no Edital   |
|--|--|
| PREGÃO ELETRÔNICO<br>№ 15000144/2015-<br>CORREIOS                        | 1.4.C) Atestado(s) de Capacidade Técnica, fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove(m) a aptidão da licitante para o desempenho de atividade pertinente e compatível com o ramo de atividade de acordo com o objeto deste Edital, conforme APÊNDICE I do Edital;  |
| PREGÕES ELETRÔNICOS<br>N° 2014/04792 e N° 2013/9674<br>- BANCO DO BRASIL | 3.1.5 Comprovação de que executa/executou, isoladamente ou em consórcio, serviço de comunicação de dados corporativos, interligando no mínimo 500 (quinhentos) pontos de presença de uma mesma empresa, em um único contrato, mediante apresentação de atestado de capacidade técnica emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado.   |
| PREGÃO ELETRÔNICO<br>Nº 24/2013 - MINISTÉRIO<br>DAS COMUNICAÇÕES         | 8.2.4.1 Atestado(s) de capacidade técnica fornecido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado no CREA, comprovando ter a PROPONENTE executado satisfatoriamente atividade pertinente e compatível em características e quantidades com o objeto desta licitação. 8.2.4.1.1 Para fins de compatibilidade será(ão) considerado(s) o(s) atestado(s) que comprove(m) a prestação de serviços de transmissão de dados para pontos de presença localizados em endereços distintos, em quantitativo que corresponda a, no mínimo, 10 % (dez por cento) da Quantidade de Pontos de Presença do Lote para o qual está apresentando proposta. |
| PREGÃO ELETRÔNICO<br>№ 18/2016 - MINISTÉRIO<br>DA SAÚDE                  | 12.3. A qualificação técnica da Proponente para os Lotes de 1 e 2 será comprovada mediante a apresentação ou comprovação dos seguintes Itens: 12.4. Apresentação de atestado(s) fornecido(s) por pessoa(s) juridica(s) de direito público ou privado, comprovando ter desempenhado, de forma satisfatória, entrega, operação e manutenção de redes compatíveis com o objeto licitado com no mínimo 500 acessos.  |
|  |  |

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 024/7066-2015 - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

- 9.5 A qualificação técnica será comprovada mediante a apresentação dos seguintes documentos:
- 9.5.1 Apresentação de atestado(s) / certidão(ões) / declaração(ões) fomecido(s) por pessoa(s) juridica(s) de direito público ou privado, comprovando ter a licitante desempenhado, de forma satisfatória, atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação.
- 9.5.2 Para fins de compatibilidade será (ao) considerado(s) o(s) atestado(s), certidão (ões) ou declaração (ões) que comprove(m) a prestação de serviços de gerenciamento e segurança, nos moldes requeridos pelo presente edital, e de transmissão de dados com a interligação de pontos localizados em endereços distintos, em quantitativo que corresponda a, no mínimo. 20 % (vinte por cento) da quantidade de CA que compõe o objeto do contrato.

Fonte: Informações prestadas pela Representante. V. Doc. SEI nº (0241795).

- Assim, a reiterada exclusão de rivais de menor porte dos processos competitivos em virtude da atuação consorciada dos maiores players culmina por inviabilizar a entrada efetiva e o desenvolvimento de novos competidores, de modo que estes possam obter tais atestados. Os contratos de grande abrangência, objeto dessas licitações, constituem um meio para que empresas de menor porte consigam ganhar maior escala de atuação e, com isso, melhor capacidade para disputar futuros contratos de rede corporativa. Ao privar empresas de menor porte desse segmento de mercado por meio de práticas anticoncorrenciais, as investigadas dificultam o desenvolvimento de novos rivais que possam vir a oferecer pressão competitiva de modo a contestar o poder de mercado por elas detido.
- Logo, é possível vislumbrar que, futuramente, apenas as grandes empresas terão a possibilidade de deter atestados técnicos válidos para projetos de maior porte, o que, além de reforçar seu poder de mercado, resulta em mais uma barreira à entrada de outras empresas no segmento de licitações públicas.
- Conforme indicado anteriormente, com vistas a investigar a percepção do mercado acerca da atuação consorciada das Requeridas, esta SG consultou alguns agentes privados relevantes que contratam de serviços de SCM[271]. As respostas são predominantemente no sentido de apontar que o consórcio teria o efeito de diminuir o número de participantes do mercado com implicações negativas para a capacidade de negociação dos contratantes.
- 577. A [ACESSO RESTRITO AO CADE], por exemplo, entende que:

(...) é mais adequado que cada uma das empresas/grupos negocie e contrate de forma isolada com seus clientes e, se necessário, realize a contratação de outras operadoras no limite da necessidade do serviço a ser prestado. Esse entendimento decorre das seguintes constatações: (i) nenhum outro grupo de telefonia possui a abrangência que os três grupos listados possuem; e (ii) normalmente um grande contrato prioriza a gestão unificada e não segmentada, resultando assim na redução da complexidade de gestão contratual.

578. A FedEx manifesta-se em sentido semelhante:

> Tendo em vista que entendemos que estas são as empresas com maior capacidade de atendimento deste tipo de serviço, acreditamos que tal formato (consórcio) poderia gerar uma redução considerável dos fornecedores/competidores deste mercado, acarretando a falta de competitividade e riscos para os contratantes dos serviços, o qual teria poucas opções disponíveis. No entanto, este entendimento é baseado em informação limitada que a FedEx tem acesso.

Já a Arcos Dourados menciona a possibilidade de exclusão de players menores, que necessitam contratar com as Representadas para ofertar o serviço de conectividade.

> Sim, entendemos que seria nocivo, pois reduziria a possibilidade de que operadoras com menor participação no Mercado possam usar de recurso de "contratação de última milha" junto à essas operadoras.

580. As manifestações acima indicam que a apresentação conjunta de propostas pelas representadas pode efetivamente reduzir a concorrência no mercado, resultando em potenciais aumentos de preços. Dois agentes indicaram que seria necessária a apresentação de justificativas técnicas para que se pudesse aventar a possibilidade de aceitação de propostas conjuntas das representadas. Sem isso, o desejável seria a manutenção das operadoras de forma separada. Nesse sentido, vide manifestação do Itaú Unibanco:

> Caso houvesse uma justificativa técnica (complementariedade dos links, áreas de cobertura suplementares, etc.) que justificasse os três grupos mencionados se apresentarem em um grande contrato privado como um consórcio, o Itaú Unibanco não antecipa preocupações de natureza concorrência. Entretanto, inexistindo razão tecnológica ou econômica que justificasse o ganho de escala ou de capilaridade, ao Itaú Unibanco certamente seria mais interessante que os grupos Oi, Telefônica e Claro continuassem a se apresentar nas concorrências privadas como três grupos distintos, não consorciados, como atualmente ocorre, e que permanecessem disputando os links de rede demandados pelo Itaú Unibanco como três rivais individuais e efetivos desse mercado.

581. A Valecard apresenta entendimento parecido:

> Entendemos que não existiram problemas desde que os requisitos técnicos sejam atendidos e os níveis de serviço prestados. Porém entendemos que a negociação com empresas (separadas) é mais vantajosa em termos de se atingir objetivos relacionados a redução de custos. Ademais é sabido que as inovações tecnológicas e comerciais (preços) só prosperam em ambientes competitivos.

Essas respostas corroboram o constatado em relação ao risco de redução da competição e a tendência de aumento de preço em virtude da formação de consórcio pelas representadas, principalmente no fornecimento de serviços em que elas são claramente as empresas com maior poder de mercado, como ocorre no mercado de SCM. Além disso, há o risco de efeitos dinâmicos, pois na medida em que essas empresas não encontrem rivais nas licitações, estas tendem a se tornar as únicas habilitadas a fornecer tais serviços, em função das exigências de capacidade prévia.

- 583. Dessa forma, valendo-se de todo debate empreendido ao longo do presente processo, entende-se que a opção pela atuação consorciada das Representadas nos certames investigados teve como objetivo precípuo eliminar a competição entre os participantes do consórcio na disputa pelo objeto das licitações. Tal falta de competição acarreta, naturalmente, maiores preços aos contratantes e, associada a práticas verticais discriminatórias, provocam a exclusão de potenciais rivais dos processos, dificultando artificialmente o desenvolvimento de agentes de menor porte.
- 584. Conclui-se, portanto, que ante a detenção de poder de mercado por parte das Representadas - especialmente quando tomadas em conjunto -, a existência da conduta, a inexistência de justificativas incontestes para a prática e diante dos danos reais e potenciais significativos à concorrência, resta configurada a conduta concertada entre concorrentes praticada por Claro, Oi e Telefônica, no âmbito de licitações públicas, em especial, nos certames: Correios (Pregão nº 144/2015); Banco do Brasil (Remus PEP - 2013/9674 e Remus Agência 2014/04792); e Ministério das Comunicações[272] (Pregão nº 24/2013 - GESAC-II); e praticada por Claro e Oi no certame realizado pelo Ministério da Saúde (Pregão Eletrônico n° 18/2016).

## 3.6 Considerações Finais

- 585. A presente Nota Técnica investigou as denúncias apresentadas pela BT em relação a condutas anticompetitivas, individuais e concertadas, praticadas por Claro, Oi e Telefônica nos mercados de infraestrutura de acesso e SCM.
- Como foi possível apurar, as Representadas utilizaram-se do instituto legal do consórcio para participação em licitações públicas no mercado de SCM de maneira anticompetitiva. Além disso, as Representadas praticaram condutas unilaterais discriminatórias em relação à BT, no acesso às respectivas infraestruturas, no âmbito do Pregão dos Correios nº 144/2015. Tal fato imputou ineficiências à Representante, reduzindo sua competitividade no referido certame, disputado com o consórcio formado pelas investigadas.
- Diante da atuação verticalizada de Claro, Oi e Telefônica, constatou-se uma estrutura de incentivos para o exercício abusivo do poder de mercado por meio da adoção de práticas discricionárias anticompetitivas. Assim, quando cada uma dessas empresas dificulta a contratação de suas infraestruturas de transporte e acesso a terceiros que pretendam viabilizar uma oferta própria no varejo, e, simultaneamente, formam um consórcio para disputar o mesmo objeto, afeta-se profundamente o ambiente concorrencial.
- 588. A análise evidenciou que as Representadas integram os três maiores grupos de telecomunicações do país, detentores de significativo poder de mercado e controladores da quase totalidade da infraestrutura de rede terrestre nacional, insumo essencial para prestação de serviços de transmissão de dados, com enorme disparidade de participação em relação aos outros agentes.
- Além disso, a investigação realizada permitiu afastar todos os argumentos apresentados pelas Representadas, que não lograram êxito em apresentar justificativas objetivas incontestes para as condutas praticadas.
- 590. Em relação ao dano, o efeito imediato da atuação em consórcio de forma injustificada é a supressão da rivalidade entre as Representadas nos processos licitatórios, o que reduz a competição e leva a um aumento de preços. Associadas a práticas verticais discriminatórias, as condutas podem inviabilizar a competitividade de possíveis concorrentes no mercado downstream, em razão da criação de dificuldades para acesso a insumo essencial, levando a um fechamento do mercado.
- Repise-se que, quando esse comportamento se estende para outras licitações de caráter nacional, no limite, somente os participantes do consórcio terão incentivos à participação em licitações públicas de abrangência nacional. Assim, a conduta de discriminação no acesso à rede, associada a um arranjo de coordenação, cria incentivo imediato e futuro às grandes provedoras de insumo em dificultar a oferta às empresas que competem com elas no mercado de serviços, o que pode inviabilizar o desenvolvimento de outros possíveis concorrentes.
- Portanto, tendo em vista (i) a existência das condutas unilaterais e coordenadas descritas; (ii) a detenção de poder de mercado por parte das Representadas - especialmente quando tomadas em conjunto; (iii) a inexistência de justificativas incontestes para as práticas; e (iv) os danos reais e potenciais significativos à concorrência; restam configuradas as condutas unilaterais imputadas à Claro (recusa de contratar), à Telefônica (discriminação de preços) e à Oi (discriminação de preços). Conclui-se, igualmente, pela configuração da conduta concertada entre concorrentes praticada por Claro, Oi e Telefônica, no âmbito de licitações públicas, em especial, nos certames: Correios (Pregão nº 144/2015); Banco do Brasil (Remus PEP – 2013/9674 e Remus Agência 2014/04792); e Ministério das Comunicações[273] (Pregão nº 24/2013 - GESAC-II); e praticada por Claro e Oi no certame realizado pelo Ministério da Saúde (Pregão Eletrônico nº 18/2016).

## **PENALIDADES** 4

- 593. A análise exposta na seção 3 revelou a prática de infrações à ordem econômica, unilaterais e coordenadas, cometidas por Claro, Oi e Telefônica, passíveis de enquadramento no artigo 36, incisos I, II, III, IV, combinados com o seu § 3º, incisos I, II, III, IV, V, X e XI, da Lei nº 12.529/2011. Com base nessa constatação, esta SG propõe a aplicação, às três Representadas, de pena pecuniária, nos termos do inciso I do art. 37 da Lei nº 12.529/2011[274], conforme dosimetria a ser desenvolvida a seguir.
- De acordo com o art. 45 da Lei nº 12.529/2011, os seguintes critérios devem ser considerados para o cálculo da multa imposta por infração à ordem econômica: (i) gravidade da infração; (ii) a boa-fé do infrator; (iii) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; (iv) a consumação ou não da infração; (v) o grau de lesão ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros; (vi) os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; (vii) a situação econômica do infrator; e (viii) a reincidência.
- Diante dos fatos analisados ao longo da presente Nota Técnica, não resta dúvida de que as infrações foram consumadas. Ao se avaliar os fatores citados, nota-se que a gravidade da infração cometida pelas partes pode ser qualificada como alta, por se tratar não somente de conduta unilateral praticada contra competidor em mercado verticalmente relacionado, dificultando o desenvolvimento de novos rivais, mas também por estar associada à conduta concertada com o objetivo de burlar a concorrência e auferir vantagens em licitações públicas, causando prejuízos ao erário e a toda sociedade. Por conseguinte, considera-se que o grau de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores e a terceiros é também elevado.

- 596. Em relação aos efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, embora também não seja possível estimá-los com precisão, novamente, é possível destacar os prejuízos à Administração Pública e ao desenvolvimento de novos competidores, o que permite às Representadas manter seu elevado poder de mercado.
- 597. Em que pese tenha sido possível constatar a repetição da conduta concertada em outras licitações públicas, como não houve condenação anterior, não há que se falar em reincidência.
- No que tange à boa-fé dos infratores, o fato de as Representadas não terem apresentado quaisquer documentos relevantes, produzido previamente ao certame, no sentido de demonstrar o racional econômico utilizado para a formação do consórcio é um agravante. No mesmo sentido, vale destacar que as operadoras também não apresentaram o detalhamento solicitado pela SG em relação às respectivas políticas de descontos, tampouco indicaram as premissas utilizadas ao ajustar planilhas de precos. A mesma observação é válida para os estudos e estimativas apresentados, baseados em premissas não verificáveis. Cabe apenas reconhecer, conforme secão 3.5.3.5.8 desta Nota Técnica, que parte das justificativas apresentadas pela Telefônica são compreensíveis, considerando o menor alcance geográfico da empresa em relação às demais Representadas. Embora tais justificativas não sejam suficientes para afastar o ilícito antitruste, podem servir como atenuante.
- Por fim, no que se refere à situação econômica dos infratores, embora a Oi seja uma das maiores operadoras de telecomunicações do país, é pública a situação financeira desfavorável em que a empresa se encontra. Em 2016, o grupo Oi requereu o pedido de recuperação judicial com base na Lei de Recuperação Judicial e Falências (Lei nº 11.101/2005), cujo processamento foi deferido em 29 de junho de 2016, pelo Juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro (Processo nº 0203711- 65.2016.8.19.0001). Já em relação aos grupos Claro e Telefônica, não há nos autos qualquer documento que indique dificuldades econômicas enfrentadas. Ao contrário, trata-se de grandes conglomerados internacionais, com portfólio diversificado e elevado poder de mercado em diversos segmentos de serviços de telecomunicações.
- Nos termos do art. 37, I, da Lei nº 12.529/2011, a prática de infração à ordem econômica sujeita as empresas à uma multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto da empresa, no exercício anterior à instauração do processo administrativo, e no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração.
- Também dispõe o § 2º do mesmo artigo que, no cálculo do valor da referida multa, o Cade poderá considerar o faturamento total da empresa ou grupo de empresas, quando não dispuser do valor do faturamento no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, definido pelo Cade, ou quando este for apresentado de forma incompleta e/ou não demonstrado de forma inequívoca e idônea.
- A Resolução Cade nº 3/2012 e suas correspondentes atualizações definem a lista de ramos de atividades empresariais. De acordo com o anexo da mencionada resolução, para o presente caso, o ramo de atividade em que as condutas foram praticadas enquadra-se no item "112 - Telecomunicações, inclusive serviços de internet".
- 603. Considerando os critérios acima elencados e a jurisprudência do Cade em casos precedentes, em que a alíquota definida alcançou até 2,0%[275], pondera-se como razoável, diante da gravidade dos fatos (condutas unilaterais e coordenadas), a aplicação de alíquota de 5,0% sobre o faturamento bruto das empresas no ramo de atividade afetado pelas condutas, no ano de 2016. Tendo em vista a situação financeira da Oi e a boa-fé observada para a Telefônica, concede-se desconto de 20% na alíquota para ambas empresas, como atenuante.
- 604. Desse modo, alcança-se a seguinte dosimetria de multas para as Representadas que cometeram as infrações anticoncorreciais identificadas neste PA:
  - a) Claro: multa de 5,0% (cinco por cento) sobre o faturamento bruto, de 2016, no mercado de Telecomunicações, inclusive serviços de internet;
  - b) Telefônica: multa de 4,0% (quatro por cento) sobre o faturamento bruto, de 2016, no mercado de Telecomunicações, inclusive serviços de internet;
  - c) Oi: multa de 4,0% (quatro por cento) sobre o faturamento bruto, de 2016, no mercado de Telecomunicações, inclusive serviços de internet.

## ADVOCACIA DA CONCORRÊNCIA 5

- 605. Nesta seção, reiteram-se alguns apontamentos acerca da formação de consórcios em certames, especialmente pelo fato de que novas licitações públicas e privadas para contratação de SCM ocorrem de modo periódico e recorrente.
- A utilização de estratégias anticoncorrenciais não segue um padrão único, de modo que há diversos desenhos possíveis para a implementação de acordos colusivos entre empresas concorrentes. Haja vista as especificidades do regime de contratações públicas, em geral, as referidas estratégias podem, inclusive, ser implementadas por intermédio de institutos formalmente legais, tais como o consórcio.
- 607. A formação de consórcios em licitações pode, por exemplo, viabilizar práticas de divisão de mercado e supressão de propostas: empresas que teriam capacidade técnica e financeira para, isoladamente, prestar o serviço e/ou fornecer o produto licitado, decidem se unir e apresentar uma proposta conjunta.
- 608. Assim, tais consórcios reduzem a competitividade do certame, uma vez que potenciais concorrentes deixam de apresentar suas propostas individuais, pois passam a ser parte integrante do consórcio, e alocam as parcelas do objeto licitado às consorciadas, o que constitui, ao fim e ao cabo, na partilha do mercado entre tais empresas.
- Para além da eliminação da competição entre as consorciadas na disputa pelo objeto das licitações, outros efeitos deletérios ao ambiente concorrencial podem ser apontados, tais como a dissuasão de empresas de menor porte para participar de licitações estratégicas nacionais; a inviabilização da formação de consórcios entre as partes e empresas de menor porte; e o aumento de preços para os órgãos licitantes, dada a ausência de concorrência nos certames.
- 610. Tal entendimento não significa que o disposto no artigo 33 da Lei nº 8.666/1993 – que traz a autorização legal para a constituição de consórcios em licitações públicas – implica necessariamente uma inequívoca ameaça à competitividade nos processos. Apenas se quer, aqui,

enfatizar que tal instituto – uma espécie de associação entre empresas – contém potenciais riscos para a dinâmica concorrencial das licitações públicas ou privadas[276].

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

> A apresentação de propostas em consórcio incrementa a competitividade se permitir que empresas que não têm condições de fornecer produtos complementares se juntem com outras empresas para então fornecer de forma conjunta tais produtos complementares. (...) Por outro lado, quando empresas concorrentes apresentam ofertas de maneira conjunta, isso geralmente diminui a concorrência, já que o consórcio diminui o número de participantes. Esse assim chamado efeito de diminuição de concorrência promove ofertas menos agressivas e consequentemente efeitos negativos na concorrência.[277]

- 612. A formação de consórcios é, portanto, prática admitida legalmente e, quando adotada dentro dos parâmetros legais e em benefício da lógica de aumento da competitividade, constitui instrumento importante para a realização de determinadas licitações e execução de certos contratos que sejam técnica ou economicamente mais complexos.
- A questão concorrencial desponta quando a formação de consórcios é utilizada como instrumento para diminuir injustificadamente a concorrência que haveria na disputa por um contrato para fornecimento de produtos ou serviços.
- Embora seja competência discricionária do órgão licitante a autorização para que concorrentes atuem em consórcio em determinada licitação, é certo que tal discricionariedade não é absoluta, e tampouco afasta a possibilidade de a autoridade antitruste analisar a prática pelo enfoque da ponderação de riscos que tal instituto pode trazer à competitividade do certame e aos mercados envolvidos[278]. Portanto, ainda que o consórcio seja figura jurídica lícita e seja admitido pelos órgãos licitantes em um determinado certame, isso não retira do Cade a competência para investigar possível ocorrência de infração à ordem econômica em razão do consórcio formado, e concluir, se for o caso, pela sua irregular utilização como meio de restringir a concorrência.
- Entende-se que os entes públicos demandantes de SCM, especialmente aqueles que necessitam da prestação deste serviço em esfera nacional e em numerosos pontos de acesso, devem avaliar com cuidado e parcimônia a admissibilidade de consórcios em suas licitações com este objeto. Vale lembrar que tais arranjos deveriam ser destinados ao agrupamento de empresas pequenas para concorrerem de forma igualitária com empresas de grande porte, e não o contrário. Quando as grandes empresas do mercado se unem para impedir a participação de empresas menores, inclusive oferecendo preços ao cliente final que são inferiores aos que impõem às concorrentes para acessar sua infraestrutura de telecomunicações, desvirtua-se completamente do propósito inicial de tal admissibilidade: o aumento da competitividade.
- Nesse contexto, cita-se como solução interessante a utilizada pela Caixa Econômica Federal, que adota um modelo de licitação 616. distinto a depender das características do tipo de conexão/serviço a ser contratado. Em algumas situações, é permitida a formação de consórcios; em outras, o objeto é dividido em lotes por regiões geográficas com o objetivo de permitir a participação de provedores regionais. Esta abordagem, aparentemente, pode promover um equilíbrio entre competitividade, preço e confiabilidade.
- 617 Especial cuidado também deve ser tomado pelas Representadas em suas empreitadas futuras. Como já ressaltado nesta Nota Técnica, a reiterada associação por meio de consórcio pode ser tomada como uma dissimulada estratégia para evitar a competição com efetivos ou potenciais concorrentes e para dividir o mercado. Assim, recomenda-se aos agentes do setor:
  - 1 que levem tal risco em consideração ao decidir suas estratégias de participação em licitações públicas ou privadas;
  - que, antecipadamente à tomada de decisão com vistas a participar de um consórcio, elaborem (e guardem) minuciosos estudos internos que possam evidenciar de modo claro a existência de razões técnicas e econômicas que constituem empecilho efetivo à sua participação individual em um determinado processo licitatório;
  - que adotem critérios objetivos, isonômicos e não discriminatórios ao ofertar serviços de conectividade no mercado de atacado, independentemente da existência de regulação específica.

## RECOMENDAÇÕES 6

- A Lei nº 12.529/2011, em seu art. 36, estabelece que infrações à ordem econômica são configuradas por atos sob qualquer forma manifestados que, independentemente de culpa, tenham por objeto ou possam causar limitação, falseamento ou qualquer forma de prejuízo à livre concorrência ou à livre iniciativa, dominação de mercado relevante de bens ou serviços, aumento arbitrário de lucros ou representem abuso de posição dominante.
- Em face do exposto, nos termos do art. 74 da Lei Federal nº 12.529/2011 e do art. 155, § 1º, do Regimento Interno do Cade, esta SG remete os autos do presente processo ao Presidente do Tribunal do Cade para julgamento, opinando-se pela configuração de infrações da ordem econômica praticadas pela Representada Claro S/A., cujas condutas são passíveis de enquadramento no artigo 36, incisos I, II, III, IV, combinados com o seu § 3º, incisos I, II, III, IV, V e XI, da Lei nº 12.529/2011; OI Móvel S/A., cujas condutas são passíveis de enquadramento no artigo 36, incisos I, II, III, IV, combinados com o seu § 3º, incisos I, II, III, IV, V e X, da Lei nº 12.529/201; e Telefônica Brasil S/A., cujas condutas são passíveis de enquadramento no artigo 36, incisos I, II, III, IV, combinados com o seu § 3º, incisos I, II, III, IV, V e X, da Lei nº 12.529/2011.
- 620. Adicionalmente, determina-se que sejam expedidos ofícios, acompanhados de cópia da presente Nota Técnica, para os seguintes órgãos públicos e empresas estatais: Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, Ministério da Saúde, Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e Tribunal de Contas da União.
- 621. Por fim, encaminhe-se à Anatel cópia da presente Nota Técnica, para ciência da decisão e providências regulatórias eventualmente cabíveis.
- 622. Estas as conclusões.

- [1] Multi-Protocol Label Switching.
- [2] Documento SEI nº 0141411.
- [3] O Consórcio Rede Correios é formado pela Claro, Primesys Soluções Empresariais S.A. (do mesmo grupo econômico da Claro), Oi e Telefônica.
- [4] Documento SEI nº 0146564
- [5] Documento SEI nº 0151827.
- [6] Documento SEI nº 0151831.
- [7] Documentos SEI nº 0153657, 0153658 e 0153660.
- [8] Documento SEI nº 0157336.
- [9] Documento SEI nº 0156910.
- [10] Documento SEI nº 0157513.
- [11] Documento SEI nº 0162005.
- [12] Documento SEI nº 0163210.
- [13] Documento SEI nº 0164136.
- [14] Documento SEI nº 0165843.
- [15] Documento SEI nº 0169299.
- [16] Documento SEI nº 0165843.
- [17] Documento SEI nº 0173135.
- [18] Documento SEI nº 0176197.
- [19] Documento SEI nº 0190471.
- [20] Documento SEI nº 0200080.
- [21] Documento SEI nº 204053.
- [22] Documento SEI nº 0208915.
- [23] Documento SEI n° 0228830.
- [24] Trata-se de discussão específica sobre o objeto do contrato do pregão dos Correios. O termo link refere-se a um serviço de telecomunicação para transmissão de dados entre duas localidades. Os termos "T1", "T2" e "T3" referem-se a características técnicas desses links, conforme será detalhado nas próximas seções.
- [25] Documento SEI nº 0237959.
- [26] Documento SEI nº 0217475.
- [27] Documento SEI nº 0244699.
- [28] Pregão Eletrônico nº 8/2016 do Ministério da Saúde.
- [29] Consórcio Rede Infosus III, formado pelas empresas Claro e Oi.
- [30] Documento SEI n° 0250235.
- [31] Documento SEI n° 0258864.
- [32] Documentos SEI nº 0283326, 0283328, 0283329, 028330, 028332, 028333, 028334, 0283335, 0283336, 0283337 e 028339.
- [33] Em 09.12.2016, a empresa Arcos Dourados responde solicitação por meio de correspondência eletrônica (SEI nº 0279224). Posteriormente, as informações foram enviadas ao Cade por meio de petição (SEI nº 027991). Em 13.12.2016, a empresa Fedex responde solicitação por meio de correspondência eletrônica (SEI nº 0280281). Posteriormente, as informações foram enviadas ao Cade por meio de petição (SEI nº 0281181). Em 13.12.2016, a empresa Gerdau responde solicitação por meio de correspondência eletrônica (SEI nº 0280298). Posteriormente, as informações foram enviadas ao Cade por meio de petição (SEI nº 0283389). Em 13.12.2016, a empresa Rede Bandeirantes responde solicitação por meio de correspondência eletrônica (SEI nº 0280307). Posteriormente, as informações foram enviadas ao Cade por meio de petição (SEI nº 0280308). Em 13.12.2016, a empresa Ambev responde solicitação por meio de correspondência eletrônica (SEI nº 0280314). Posteriormente, as informações foram

enviadas ao Cade por meio de petição (SEI nº 0281733). Em 14.12.2016, a empresa Banco Santander responde solicitação por meio de correspondência eletrônica (SEI nº 0280290). Posteriormente, as informações foram enviadas ao Cade por meio de petição (SEI nº 0284208). Em 15.12.2016, a empresa Recofarma responde solicitação por meio de correspondência eletrônica (SEI nº 0281706). Posteriormente, as informações foram enviadas ao Cade por meio de petição (SEI nº 0283093).Em 16.12.2016, a empresa Valecard responde solicitação por meio de correspondência eletrônica (SEI nº 0281739). Posteriormente, as informações foram enviadas ao Cade por meio de petição (SEI nº 0282378). Em 19.12.2016, a empresa Itaú responde solicitação por meio de correspondência eletrônica (SEI nº 0282474). Posteriormente, as informações foram enviadas ao Cade por meio de petição (SEI nº 0283091).

- [34] Documento SEI nº 0303661.
- [35] Documento SEI nº 0304960.
- [36] Documento SEI nº 0316163.
- [37] Documento SEI nº 0370779.
- [38] O Inquérito Administrativo foi prorrogado em oito ocasiões, conforme despachos SG sob nº SEI 0217477, 0237959, 0258102, 0283158, 0304505, 0325639, 0349955 e 0373701.
- [39] Documento SEI nº 0378889.
- [40] Documento SEI nº 0378710.
- [41] Documentos SEI nº 0378976, 0378990 e 0378991.
- [42] Documento SEI nº 0379165.
- [43] Documentos SEI nº 0382550 e 0382553.
- [44] Vide Certidão SEI nº 0388348.
- [45] Prazo legal determinado pelo art. 70, caput, da Lei Federal nº 12.529/2011, combinado com o art. 229 do Código de Processo Civil.
- [46] Documento SEI nº 0414775.
- [47] Documento SEI nº 0414809.
- [48] Documento SEI nº 0414843.
- [49] Vide Nota Técnica sob nº SEI 0378893, § 213.
- [50] Vide Nota Técnica sob nº SEI 0378893, § 218 e 219.
- [52] A Telefônica explicou que "tem uma rede bastante capilarizada em São Paulo, percorrendo todo o estado. Isso significa que, estatisticamente, há apenas uma pequena distância entre a rede existente da Telefônica e qualquer agência dos correios no estado de São Paulo, o que impacta no custo do serviço a ser oferecido. (...) A BT, por sua vez, tendo adotado a estratégia de não investir em rede fixa própria, como já abordado na presente defesa, possuí capilaridade muito menor do que a da Telefônica, vez que possui apenas dois pontos concentradores em todo o estado de São Paulo, localizados na capital e em Hortolândia". Vide petição sob nº SEI 0414813, §§ 71 e 73.
- [53] 17% em relação ao valor estimado do Pregão nº 144/2015 e 10% em relação à melhor proposta do Pregão nº 174/2014, que foi anulado. Vide acórdão TCU nº 3010-48-15 (documento SEI 0415049, Doc. 3).
- [54] Documento SEI nº 0418325.
- [55] Documento SEI nº 0418374.
- [56] Documento SEI de acesso restrito nº 0420254.
- [57] Documento SEI nº 0418866.
- [58] Documento SEI nº 0424220.
- [59] Documentos SEI nº 0430670, 0430685 e 0430695.
- [60] Documentos SEI nº 0430700, 0430806 e 0430807.
- [61] Documento SEI nº 0437331.
- [62] Documento SEI nº 0437984.
- [63] Documento SEI nº 0438154.
- [64] Documento SEI nº 0438333.

- [65] Documento SEI nº 0439651.
- [66] Documento SEI nº 0440712.
- [67] Documentos SEI nº 0444947, 0447131 e 0447474.
- [68] Documento SEI nº 0489630.
- [69] O Cade aprovou a aquisição da GVT pela Telefônica em 25/03/2015 (Ato de Concentração nº 08700.009732/2014-93).
- [70] Documento SEI nº 0514260.
- [71] Documento de acesso restrito SEI nº 0514266.
- [72] Documento SEI nº 0542602.
- [73] V. Ato de Concentração SEI nº 0003420 (Requerentes: Telefônica Brasil S.A., GVT Participações S.A.).
- [74] V. Resolução nº 600/2012 Anatel, art. 4°, X.
- [75] V. Resolução nº 614/2013 Anatel, art. 3°.
- [76] Vide Resolução nº 600/2012 Anatel, art. 4°, VII.
- [77] Vide Lei Federal nº 9.742/1997.
- [78] Base agosto de 2019. Fonte: <a href="https://www.teleco.com.br/mshare\_fix.asp">https://www.teleco.com.br/mshare\_fix.asp</a>. Acesso em 30/10/2019.
- [79] Base agosto de 2019. https://www.teleco.com.br/mshare.asp. Acesso em 31/10/2019.
- [80] Base agosto de 2019. Fonte: https://www.teleco.com.br/blarga.asp. Acesso em 30/10/2019.
- [81] Para a criação do gráfico, as tecnologias de acesso foram agrupadas da seguinte forma: ATM, Fibra e FTTH (Fibra Óptica); Cable Modem e HFC (Cabo Coaxial); DTH, Satélite e SAT (Satélite); Ethernet, FR, PLC e xDSL (cabos metálicos); FWA, MMDS, Spread Spectrum e Wimax (Rádio); e LTE (tecnologia de rádio terrestre adotada recentemente correlacionada com tecnologias móveis).
- [82] Disponível em: https://www.anatel.gov.br/dados/component/content/article/84-destaque/269-acessos-banda-larga-fixa. Acesso em 14/11/2019.
- [83] Fonte: https://www.teleco.com.br/comentario/com779.asp. Acesso em 31/10/2019.
- [84] Fonte: <a href="https://www.teleco.com.br/comentario/com779.asp">https://www.teleco.com.br/comentario/com779.asp</a>. Acesso em 31/10/2019.
- [85] Fonte: <a href="https://www.teleco.com.br/blarga.asp">https://www.teleco.com.br/blarga.asp</a>. Acesso em 30/10/2019.
- [86] Fonte: https://www.anatel.gov.br/setorregulado/comunicacao-multimidia-outorga. Acessado em 09/08/2019.
- [87] Disponível em: Análise dos Mercados Relevantes, PGMC 2012- Anatel. Disponível em
- <a href="http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?">http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?</a>
- numeroPublicacao=290405&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=290405.pdf>. Acessado em 14/12/2019.
- [88] Entre os níveis de acesso e transporte pode haver um terceiro nível intermediário responsável por fazer o transporte de alta capacidade em distâncias menores e locais, tais como redes metropolitanas de transporte. Esse nível é denominado transmissão de transporte local (backhaul) ou distribuição primária de alta capacidade.
- [89] Análise dos Mercados Relevantes, PGMC 2012- Anatel, págs. 16 e 17. Disponível em
- <a href="http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?">http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?</a>
- numeroPublicacao=290405&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=290405.pdf>. Acessado em 14/12/2016.
- [90] Fonte: https://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialmplscam/pagina 3.asp. Acesso em 31/10/2019.
- [91] Evolução das redes de telecomunicação e o Multiprotocol Label Switching (MPLS). Nakamura, Juliana Akemi. 2009. Disponível em: http://www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/18/180450/tce-05052010-105953/?&lang=br. Acesso em 31/10/2019.
- [92] Parecer econômico produzido pela LCA denominado "Análise da Eficiência Econômica do Consórcio avaliado pelo Processo Administrativo CADE nº 08700.011835/2015-02, juntado à defesa de todas as Representadas, e integrante dos documentos da Claro, Oi, e Telefônica sob nº SEI 0420254, 0424618 e 0424190, respectivamente, todos de acesso de restrito.
- [93] Fonte: https://americanet.com.br/2018/07/17/entenda-a-diferenca-entre-link-dedicado-e-mpls/. Acesso em 31/10/2019.
- [94] Vide documentos SEI nº 0141411, §90, 0165809, §27.
- [95] Vide Petição SEI nº 0140502, §94.
- [96] V. Petição SEI nº 0173185, §35.
- [97] Vide petição sob nº SEI 0173135, §58.

- [98] Vide petição sob nº 0141411, §§61 65.
- [99] Vide petição sob nº SEI 0141411, §60.
- [100] Vide petição sob nº SEI 0146564, Doc.1, §11.
- [101] Além das empresas citadas, também faz parte do Consórcio a empresa Primesys S.A., empresa 100% controlada pela Claro.
- [102] Vide petição sob nº SEI 0146564, §6.
- [103] Vide petição sob nº SEI 0146564, §2.
- [104] Vide petição sob nº SEI 0146564, Doc. 1, §27.
- [105] Vide petição sob nº SEI 0062005, Doc. 1, p. 24.
- [106] Vide petição sob nº SEI 0204053, §3.
- [107] Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal Cade. Disponível em <a href="http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-">http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-</a> institucionais/guias do Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acessado em 22/12/2016.
- [108] PGMC, pág 22.
- [109] V. Ato de Concentração nº 08700.011489/2014-73 e nº 08700.009732/2014-93.
- [110] V. Parecer SEI nº 023058, § 81.
- [111] Análise dos Mercados Relevantes, PGMC 2012 Anatel, pág 4.
- [112] Idem.
- [113] Idem.
- [114] V. Inquérito Administrativo 08700.004911/2012-72, volume I, §34.
- [115] Embora existam outras empresas, estas são bastante pulverizadas, possuem cobertura mais limitada e baixa capilaridade, conforme será explorado em maiores detalhes em seção posterior.
- [116] PGMC ANATEL, p.7 e 8.
- [117] PGMC ANATEL, p. 15.
- [118] A Oi, originalmente concessionária da Região I do PGO, em 2009 adquiriu a Brasil Telecom, então concessionária da Região II do PGO.
- [119] Devido a aquisição da operadora de TV a cabo NET pelo Grupo Claro, em 2014.
- [120] Infraestrutura de rede de suporte do STFC para conexão em banda larga, interligando as redes de acesso ao backbone da operadora;
- [121] Análise dos Mercados Relevantes, PGMC 2012 Anatel, pág. 51.
- [122] Quanto do preço do produto está acima do seu custo de produção e distribuição.
- [123] Regulamentado por meio das Resoluções Anatel nº 590/2012 e nº 639/2014.
- [124] O art. 19 da Resolução Anatel nº 590/2012 dispõe in verbis:
- "Art. 19. A Entidade Fornecedora pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD deve oferecer EILD Padrão nos seguintes casos:
- I Quando os endereços de origem e destino informados pela Entidade Solicitante estiverem a no máximo cinco quilômetros do centro de fios mais próximo, nos casos em que o fornecimento ocorrer por tecnologias que utilizem par metálico;
- II Quando o fornecimento ocorrer por meios ópticos em redes preexistentes, independentemente da distância entre os endereços de origem e destino informados pela Entidade Solicitante e o centro de fios mais próximo;
- III Quando os endereços de origem e destino informados pela Entidade Solicitante já forem atendidos por Linha Dedicada;
- IV Quando os endereços de origem e destino informados pela Entidade Solicitante se enquadrarem cada um, alternadamente, em qualquer dos incisos anteriores:
- V Entre centros de fios;
- VI Quando o fornecimento envolver unicamente a implantação de equipamentos compartilháveis com a Entidade Fornecedora ou com terceiros; ou
- VII Quando houver disponibilidade de redes e equipamentos necessários, ainda que não enquadrado nos incisos anteriores."
- [125] Extraído do endereço eletrônico https://www.anatel.gov.br/setorregulado/snoa. Acessado em 07/08/2019.

- [126] PGMC, pág 54.
- [127] Análise dos Mercados Relevantes, p. 30.
- [128] PGMC, pág 22.
- [129] Para a criação do gráfico, as tecnologias de acesso foram agrupadas da seguinte forma: ATM, Fibra e FTTH (Fibra Óptica); Cable Modem e HFC (Cabo Coaxial); DTH, Satélite e SAT (Satélite); Ethernet, FR, PLC e xDSL (cabos metálicos); FWA, MMDS, Spread Spectrum e Wimax (Rádio); e LTE (tecnologia de rádio terrestre adotada recentemente correlacionada com tecnologias móveis).
- [130] Disponível em: https://www.anatel.gov.br/dados/component/content/article/84-destaque/269-acessos-banda-larga-fixa. Acesso em 14/11/2019.
- [131] Análise dos Mercados Relevantes, PGMC 2012 Anatel, pág. 3.
- [132] Dados obtidos a partir da base Anatel denominada "Acessos SCM 2015-2019 Total.csv". Disponível em: https://cloud.anatel.gov.br/index.php/s/TpaFAwSw7RPfBa8?path=%2FComunicacao Multimidia%2FTotal. Acesso em 19/11/2019.
- [133] Retomando, as tecnologias de acesso podem ser agrupadas da seguinte forma: ATM, Fibra e FTTH (Fibra Óptica); Cable Modem e HFC (Cabo Coaxial); DTH, Satélite e SAT (Satélite); Ethernet, FR, PLC e xDSL (cabos metálicos); FWA, MMDS, Spread Spectrum e Wimax (Rádio); e LTE (tecnologia de rádio terrestre adotada recentemente correlacionada com tecnologias móveis).
- [134] Base "Acessos SCM 2015-2019 Total.csv". Disponível em:

https://cloud.anatel.gov.br/index.php/s/TpaFAwSw7RPfBa8?path=%2FComunicacao Multimidia%2FTotal. Acesso em 13/11/2019.

- [135] Dados obtidos a partir da base Anatel denominada "Acessos SCM 2015-2019 Total.csv", excluindo-se os acessos por meio de tecnologias não confinada: FWA, LTE, MMDS, VSAT, WiMax e Wi-Fi. Disponível em: https://cloud.anatel.gov.br/index.php/s/TpaFAwSw7RPfBa8? path=%2FComunicacao Multimidia%2FTotal. Acesso em 13/11/2019.
- [136] Idem.
- [137] Dados de outubro de 2015.
- [138] A CTBC possui concessão para prestar serviço de telefonia local e longa distância em apenas 87 municípios dos estados de MG, SP, MS e GO.
- [139] A relação completa dos municípios em que há detentor de PMS encontra-se anexa ao Ato que estabelece os Grupos detentores de PMS no mercado relevante. Embora seja um ato de 2012, este permanece vigente A esse respeito, vide https://www.anatel.gov.br/setorregulado/mercados-deatacado/mercado-significativo. Acesso em 26/11/2019.
- [140] Análise dos Mercados Relevantes, p. 19.
- [141] PGMC Anatel, p. 24.
- [142] Os degraus previstos são D0, quando se trata da mesma área local do STFC; D1 para distâncias até 50 km; D2 para distâncias superiores a 50 km e até 100 km; D3 para distâncias superiores a 100 km e até 200 km; D4 para distâncias superiores a 200 km e até 300 km; D5 para distâncias superiores a 300 km e até 500 km; D6 para distâncias superiores a 500 km e até 700 km; D7 para distâncias superiores a 700 km e até 1000 km; e D8 para distâncias superiores a 1000 km.
- [143] Apesar da Claro/Embratel possuir reduzida participação no Degrau 4 na Região II, a empresa possui elevada participação nos degraus acima de 4 na Região.
- [144] Disponível em:

https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\_pesq\_documento\_consulta\_externa.php?eEPwqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw 9INcO6FnUt0j5XYszOzmLCvRJl93dSoOjJofNT7eYSRyJOxULWVSDBIRjnZLO4zfgOXB8ky5xKPBLAhRwOeGgyuDA. Acesso em 27/11/2019.

[145] LGT, Art. 73. As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

(...)

- Art. 155. Para desenvolver a competição, as empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo deverão, nos casos e condições fixados pela Agência, disponibilizar suas redes a outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo.
- [146] Embora tenha ocorrido a entrada de diversos players menores, com atuação local e baixa capilaridade.
- [147] "Uma Nota Sobre a Oferta de EILD e Fechamento Vertical do Mercado de Banda Larga no Brasil", Revista Brasileira de Economia, Rio de Janeiro, v. 69, n. 4, p. 489-502, dez. 2015.
- [148] Embora os autores reconheçam que existem outros grupos que ofertam capacidade de transmissão de forma integrada com operações de varejo (ex. GVT, Net Serviços, etc.), e também empresas especializadas na venda desse insumo em relações de atacado (ex. Level 3, Copel

Telecomunicações, etc.), tem-se que a GVT atualmente é parte do grupo Telefônica e que a Net integra o Grupo Claro. Já as demais empresas especializadas possuem atuação sobretudo local ou estadual, como a Copel no Paraná.

[149] Recusa de Contratar: Vide Averiguação Preliminar nº 08012.006899/2003-06, Discriminação de Preços: Vide Inquérito Administrativo nº 08012.002600/2014-30.

[150] V. Inquérito Administrativo nº 08012.002600/2014-30

[151] Guia Prático do Cade: a defesa da concorrência no Brasil. Disponível em: <a href="http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia cade 3d 100108.pdf">http://www.cade.gov.br/publicacoes/guia cade 3d 100108.pdf</a>>. Acessado em: 24/10/2014.

[152] Resolução Cade nº 20/1999, Anexo I.

[153] PA 08012.011881/2007-41 (Comgas vs. Petrobras, White Martins e GásLocal); Processos Administrativos nº 08012.004551/2005-38, 08012.004552/2005-82, 08012.007199/2011-31 e 08700.001151/2012-41 (Terra e Abranet vs. Telemar); Processo Administrativo nº 08012.009696/2008-78 (Abranet vs. Telesp); Processos Administrativos 53500.005770/2002 e 53500.002286/2001 (Embratel vs. Telesp).

[154] Vide petição sob nº SEI 0140503, Doc. 07.

[155] Vide petição sob nº SEI 0165809, §§46 – 52.

[157] Vide petição sob nº SEI 0184746, §7.

[158] Vide documento SEI 0184753, Documento 1.

[159] V. Petição SEI nº 0190474 §9.

[160] V. Petição SEI nº 0140732, Docs. 11.1 e 11.2.

[161] V. Petição SEI nº 0184766, Docs. 1A.

[162] V. Petição SEI nº 0208915, §5.

[163] V. Petição SEI nº 0173135, §37.

[164] Complementa a BT que em 29.10.2015 a Telefônica retirou proposta para Rede Especializada. A Representante, então, solicitou novamente cotação para fornecimento de MPLS, pedido este que foi respondido pela Telefônica em 31.10.2015, isto é, após 2 dias.

[165] V. Petição SEI nº 0208915, §3.

[166] V. Petição SEI nº 0184753.

[167] As localidades referenciadas situam-se no centro dos municípios do Rio de Janeiro, Curitiba, Belo Horizonte, Brasília, Porto Alegre e na região metropolitana de Florianópolis (município de São José).

[168] V. Petição SEI nº 0140502, §96.

[169] V. Petição SEI nº 0140503, Doc. 12.

[170] V. Petição SEI nº 0140503, Doc. 13.

[171] V. Petição SEI nº 0140503, §121.

[172] V. Petição SEI nº 0165809, §§53 – 65.

[176] V. Petição SEI nº 0162005, §70.

[177] V. Petição SEI nº 0173135, §39.

[178] Vide Oficio sob nº SEI 1176197.

[179] Apenas a título de comparação, no caso do EILD – em função de regulação específica da Anatel - admite-se descontos com base em critérios objetivos, relativos a (i) volume de EILD contratado; (ii) velocidade de transmissão dos sinais digitais; e (iii) distância entre centros de fios de origem e destino (degrau). Vide petição sob nº SEI 0141411, §92.

[180] Vide documento sob nº SEI 0184718.

[181] Vide petição sob nº SEI 0184762, §11-16.

[182] Empresa do grupo econômico da Telefônica.

[183] Vide petição sob nº SEI 0184762, §31.

[184] Vide petição sob nº SEI 0184762, §§ 2-5.

[185] Vide petição sob nº SEI 0190471, §§24 – 30.

[186] A Telefônica elenca negociações reais travadas com outros clientes para demonstrar o alegado. Vide petição (versão restrita) sob nº SEI 0414946, §59.

[187] A Telefônica explicou que "tem uma rede bastante capilarizada em São Paulo, percorrendo todo o estado. Isso significa que, estatisticamente, há apenas uma pequena distância entre a rede existente da Telefônica e

qualquer agência dos correios no estado de São Paulo, o que impacta no custo do serviço a ser oferecido. (...) A BT, por sua vez, tendo adotado a estratégia de não investir em rede fixa própria, como já abordado na presente defesa, possuí capilaridade muito menor do que a da Telefônica, vez que possui apenas dois pontos concentradores em todo o estado de São Paulo, localizados na capital e em Hortolândia". Vide petição sob nº SEI 0414813, §§ 71 e 73.

[188] Registre-se que esses também são os parâmetros básicos utilizados para a precificação de EILD que, como visto, é a principal infraestrutura utilizada e comercializada pelas operadoras para a transmissão de dados.

[189] Base Anatel "Acessos SCM 2015-2019 - Total.csv". Disponível em:

https://cloud.anatel.gov.br/index.php/s/TpaFAwSw7RPfBa8?path=%2FComunicacao Multimidia%2FTotal. Acesso em 19/11/2019.

[190] Fonte:

https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista de estados brasileiros por n%C3%BAmero de munic%C3%ADpios#. Acesso em 03/12/2019.

[191] Vide item VII do Oficio nº 1248/2016/CADE: "Apresentar deforma detalhada os valores finais oferecidos pelo consórcio à ECT, por serviço, de modo que os valores ofertados à ECT e aqueles ofertados à BT possam ser comparados. Caso haja diferenças nos valores, justificar cada uma delas. Apresentar planilhas que facilitem a visualização e documentos que comprovem os valores apresentados"

[192] Planilha "12.2 Proposta Comercial Solicitação de rede NNI fora de SP.xls" SEI nº 0159011.

[193] Disponível em: https://www.anatel.gov.br/dados/mapeamento-de-redes. Para a presente análise, foram utilizados os dados de 2016, referência disponível mais próxima à data das condutas.

[194] Transmissão de transporte local ou distribuição primária de alta capacidade.

[195] Doc. SEI nº 0489630.

[196] Disponível em: http://claro.homolog-1.superaremedia.com.br/embratel/conectividade/dados/rede-unica-dados-mpls/. Acesso em 04/12/2019.

[197] Proposta de Serviços de Telecomunicações do Consórcio formado por Claro e OI para o pregão nº 18/2016 do Ministério da Saúde. SEI nº 0244699.

[198] Por meio de mensagem eletrônica com assunto "RE: Cotação MPLS OI Urgente". Vide petição sob nº SEI 0140503, Doc. 9.1.

[199] Vide petição sob nº SEI 0165847, §70.

[200] Vide petição sob nº SEI 0184766, §5.

[202] Base Anatel "Acessos SCM 2015-2019 - Total.csv". Disponível em:

https://cloud.anatel.gov.br/index.php/s/TpaFAwSw7RPfBa8?path=%2FComunicacao Multimidia%2FTotal. Acesso em 19/11/2019.

[204] Registre-se que a OI ofertou cotação à BT para dois circuitos T14 na região central da cidade de São Paulo.

junho-de-1999.pdf>. Acessada em 24/02/2020.

[206] Vide petição sob nº SEI 0140502, §13.

[207] Vide petição sob nº SEI 0140502, §42.

[208] Vide petição sob nº SEI 0140502, §102.

[209] Licitações & Contratos. Orientações e Jurisprudência do TCU, 2010. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/LIC CONTR/2057620.PDF. Acesso em 24.02.2020.

[210] V. Nota Técnica nº 37/2019/CGAA3/SGA1/SG/CADE. Processo nº 08700.003471/2019-11. SEI 0672249.

[211] OCDE, Public procurement - the role of competition authorities in promoting competition. (DAF/COMP(2007)34), Paris, 2007, p. 34 (tradução livre).

[212] O Tribunal de Contas da União (TCU) possui jurisprudência consolidada nesse sentido, exigindo a motivação de tais decisões: i) Fica ao juízo discricionário da Administração Pública a decisão, devidamente motivada, quanto à possibilidade de participação ou não em licitações de empresas em consórcio (Acórdão n.º 1165/2012-Plenário, TC 037.773/2011-9, rel. Min. Raimundo Carreiro, 16.5.2012); ii) A decisão de vedar a participação de consórcio em licitação de obra pública insere-se na esfera de discricionariedade do gestor. Tal opção, contudo, demanda a explicitação de justificativas técnicas e econômicas robustas que a respaldem (Acórdão n.º 2831/2012-Plenário, TC-020.118/2012-0, rel. Min. Ana Arraes, 17.10.2012); iii) A subcontratação é regra de exceção, prevista pelo legislador (artigos 72 e 78, inciso VI, da Lei nº 8.666/93), na hipótese de ocorrência de eventuais

circunstanciais que impeçam a execução integral do avençado, nos moldes originais em que pactuado, para fins de complementar a execução do contrato que não pôde ser realizado, na sua integralidade, pela contratada (Acórdão nº 1400/2007-Plenário, TC 009.574/2004-5, rel. Min. Aroldo Cedraz, 25.7.2007).

- [213] Empresa do mesmo Grupo Econômico da Claro.
- [214] V. Petição SEI nº 0141411, §53-54.
- [215] "... teve sua proposta desclassificada pelo pregoeiro, a pedido da licitante, que alegou tê-la cadastrada de forma errada, com preço mensal, sem ter atentado que a disputa era com preço global, e por também não ter condições de oferecer o serviço no preço indicado." (SEI nº 0141411, §57).
- [216] Não há a informação se a Claro atuou consorciada ou isoladamente neste Pregão.
- [217] Claro, OI, Primesys e Telemar Norte Leste.
- [218] Petição sob nº SEI 0162005.
- [219] V. Lei nº 12.529/2011, Art. 90, V. Petição SEI nº 0162005, §45.
- [220] V. Petição SEI nº 0162005, §36.
- [221] As Representadas alegam que a BT se sagrou vencedora das seguintes licitações sem integrar consórcios: (i) do Departamento de Polícia Rodoviária Federal em 2014; e (ii) da Caixa Econômica Federal em 2010 e em 2015 e (iii) da Cemig em 2014. V. Petição SEI nº 0162005, §41.
- [222] V. Petição SEI nº 0162005, §§48, 49.
- [223] Petição SEI nº 162005, §§50 58.
- [224] V. Tabela 7. Note que a formação do Consórcio para participar dos certames do Ministério da Saúde é fato superveniente a informação apresentada pelas Representadas.
- [225] V. Petição SEI nº 0162005, §§64 65.
- [226] V. Petição SEI nº 0173135.
- [227] V. Petição SEI nº 0173135, §6.
- [228] V. Petição SEI nº 0162005, §59.
- [229] V. Petição SEI nº 0162005, §37.
- [230] V. Petição SEI nº 0173135, §14.
- [231] V. Petição SEI nº 0173135, §28.
- [232] Integrante dos documentos da Claro, Oi, e Telefônica sob nº SEI 0420254, 0424618 e 0424190, respectivamente, todos de acesso de restrito.
- [233] Com o objetivo de obter evidências quantitativas e qualitativas para demonstrar as vantagens (e desvantagens) da formação do consórcio para cada empresa e, ainda, para comprovar as eficiências eventualmente geradas por tal empreitada.
- [234] V. Petição SEI nº 0162005, §§59 61.
- [235] Petição sob nº SEI 0514260.
- [236] Documento de acesso restrito SEI nº 0514266.
- [237] Vide petição sob nº SEI 0424615.
- [238] Vide petição sob nº SEI 0438333.
- [239] A Oi apresentou lista que seria um dos documentos de instrução do Pregão contendo 138 localidades classificadas como de difícil acesso. E informou que no âmbito do Consórcio, essas localidades foram contempladas com a tecnologia satelital fornecida pela Claro.
- [240] Petições sob nº SEI 0447474 e 0594217.
- [241] De forma geral, o edital do Pregão nº 144/2015 previa três formas diferentes de penalidades à contratada por descumprimento dos serviços: (i) multas diversas por não-cumprimento dos indicadores de nível mínimo de serviços (Cláusula 8.1.2.2, itens "a"-'gg"), (ii) multas de mora por descumprimento de prazos diversos, inclusive com relação ao reestabelecimento de enlaces inoperantes (Cláusula 8.1.21, itens "a"-'x"); e (iii) descontos por tempo de inoperância dos enlaces e degradação dos serviços (Cláusulas 5.1.7.1.1 e 5.1.7.1.2).
- 242] O Cade aprovou a aquisição da GVT pela Telefônica em 25/03/2015 (Ato de Concentração nº 08700.009732/2014-93).
- [243] Atualmente Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC).
- [244] A esse respeito, vale transcrever o parágrafo 275, item (iv) da referida Nota Técnica:

275. Ante ao apurado em sede de inquérito, entende-se que as condutas aqui analisadas que merecem análise aprofundada em sede de processo administrativo são:

(...)

- (iv) Adoção de conduta comercial concertada entre concorrentes pela Claro, Telefônica e OI em licitações públicas de abrangência nacional.
- [245] Dados de outubro de 2015.
- [246] Considerando os dados de outubro de 2015. Ressalte-se que, em alguns casos, há mais de uma UP por município. De um total de 8223 UPs previstas no edital, 7519 possuíam endereço definido e, destas, a Claro somente não possui acessos SCM por meio confinado em 1530 (dentre as quais 1420 poderiam ser atendidas por satélite)
- [247] Conforme já argumentado anteriormente, a própria Anatel não reconhece que todas essas tecnologias são substitutas para a transmissão de dados, pois há diferenças significativas em termos de velocidade e de qualidade entre elas.
- [248] Em 2015, a Vivo possuía cobertura 3G em 3679 municípios. Em 2019, essa cobertura alcançou 4340 municípios. Fonte: https://www.anatel.gov.br/setorregulado/telefonia-movel-universalizacao. Acesso em 27.02.2020.
- [249] Os preços são acompanhados pela Anatel a partir da análise do número de usuários por faixa de velocidade, da velocidade média oferecida pelas empresas e da receita total das prestadoras. Com base nesses indicadores, é calculado o valor médio mensal para 1 Mbps.
- [250] Estados: São Paulo, Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul.
- [251] Estados: Alagoas, Sergipe, Bahia, Espírito Santo e Rio de Janeiro.
- [252] Estados: Ceará, Rio Grande do Norte, Piauí, Paraíba, Pernambuco e Maranhão.
- [253] Estados: Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais e Distrito Federal.
- [254] Vide doc. SEI nº 0140503.
- [255] Vide doc. SEI nº 0589425
- [256]
- [257] Vide doc. SEI nº 0208915.
- [258] Vide doc. SEI nº 0244699.
- [259] Idem.
- [260] Vide doc. SEI nº 0162005.
- [261] Vide Oficios nº 6398 6405, 6407, 6408.
- [262] Documento SEI nº 0440712.
- [263] Documento de acesso restrito SEI nº 0514266.
- [264] SEI nº 0140503. Doc nº 02
- [265] Idem.
- [266] Formulário de Referência 2015 OI S.A. pág. 164.

Disponível em https://www.oi.com.br/ri/conteudo\_pt.asp?idioma=0&conta=28&tipo=43589. Acesso em 05.06.2020.

[267] Repise-se, supondo que as tecnologias de telefonia móvel e radiodifusão fossem, de fato, alternativas viáveis para o acesso à última milha, conforme defendido pelas próprias Representadas, afasta-se totalmente o argumento de que a Oi não possui cobertura no estado de São Paulo. Reportagem de fevereiro de 2013 informa que "A cobertura da banda larga móvel da Oi em São Paulo alcançou 99% da população do Estado. Apenas em 2012, 69 municípios foram acrescentados à lista de cidades atendidas com o serviço, sendo que 18 delas receberam sites da operadora no mês de dezembro". Disponível em: https://exame.abril.com.br/tecnologia/oi-atende-mais-69-cidades-em-sao-paulo-com-banda-larga/. Acesso em 12.04.2020.

- [268] Documento SEI nº 0489630.
- [269] Ação Ordinária 0024634-21.2016.4.01.3400. Des. Kassio Nunes Marques, decisão datada de 25.06.2013. V. Petição SEI nº 0204053.
- [270] Pedido de impugnação da Telcomp ao edital do Pregão Eletrônico nº 08/2016 do Ministério da Saúde, em razão dos critérios estabelecidos para a participação de consórcios. Vide doc. SEI nº 0208915.
- [271] V. Oficios nº 6398 6405, 6407, 6408.
- [272] Atualmente Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC).
- [273] Atualmente Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC).

[274] "Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas: (...) I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;"

[275] PA nº 08012.007423/2006-27 (Della Vita vs Unilever e Nestlé); PA nº 08012.003805/2004-10 (Schincariol vs. Ambev); IA 08700.002656/2016-57 (TCC firmado com B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão).

[276] A atuação de consórcios em licitações públicas pode ter efeitos *pró-competitivos* ou *anti-competitivos*, a depender das características do mercado e do objeto licitado. De um lado, o consórcio pode incrementar a competitividade em determinado certame, ao permitir a participação de empresas em contratações das quais, se não fosse pela oferta na forma consorciada, não poderiam participar isoladamente, por ausência de capacidade técnica ou financeira. Por outro lado, como explicitado acima, há a possibilidade de empresas – que poderia participar sozinhas da licitação – formarem consórcio com o intuito de, ao se aliarem a potenciais competidores, eliminarem a concorrência e dividirem o mercado entre si.

[277] OCDE, Public procurement - the role of competition authorities in promoting competition. (DAF/COMP(2007)34), Paris, 2007, p. 34 (tradução livre).

[278] A autorização (ou a vedação) à formação de consórcios são insumos à análise do mercado de compras públicas, tais como o comportamento das empresas nas fases interna e externa dos certames, o histórico de licitações com objeto semelhante, o conjunto de contratos anteriores, dentre outros, que permitem à autoridade da concorrência mapear o funcionamento e a racionalidade econômica subjacente ao mercado investigado.



Documento assinado eletronicamente por Patricia Alessandra Morita Sakowski, Superintendente-Geral substituta, em 05/03/2021, às 21:40, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



Documento assinado eletronicamente por **Felipe Neiva Mundim, Coordenador-Geral**, em 05/03/2021, às 21:41, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



Documento assinado eletronicamente por Ana Paula Aparecida Guimarães de Paula, Coordenadora, em 05/03/2021, às 21:54, conforme horário oficial de Brasília e Resolução Cade nº 11, de 02 de dezembro de 2014.



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.cade.gov.br/sei/controlador\_externo.php? acao=documento\_conferir&id\_orgao\_acesso\_externo=0, informando o código verificador **0874908** e o código CRC **E83292B2**.

Referência: Processo nº 08700.011835/2015-02

SEI nº 0874908