DECISÃO RECURSO

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 69/2023
PREGÃO PRESENCIAL N°30/2023

Objeto: Registro de Preço visando eventual e futura Contratação de Microempresas - ME, Empresas de Pequeno Porte - EPP e Equiparadas, para prestação de serviços de moldagem, confecção e instalação de próteses dentarias com fornecimento de todos os materiais e mão de obra especializada para atendimento ao município de Arantina

Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal de Arantina,

Trata-se de análise de Recurso Administrativo interposto pela licitante D R A VIANA TRESSOLDI-ME, devidamente inscrita no CNPJ sob o nº 19.355.054/0002-89., contra ato da pregoeira que declarou a licitante Laboratório de Prótese Dentaria Sorrident LTDA habilitada no certame.

I – DAS RAZÕES

1.1. A Recorrente, na sessão de habilitação dos licitantes, ocorrida no dia 21/06/2023, manifestou interesse em interpor recurso nos seguintes termos:

> *"O CNPJ da Empresa Laboratório de Prótese Dentaria Sorrident LTDA não possuiu atividade de odontologia e essa atividade é necessária para atendimento, consultas e moldagens das próteses nos pacientes"*

1.2. Diante das alegações, foi concedido prazo de três dias úteis para apresentação das razões recursais.

1.3. Nas razões recursais, alega a recorrente, em suma o seguinte:

1.3.1. No item 3.1.1 do Edital, exige o seguinte:

> *3.1.1 - Estejam legalmente estabelecidas e especializadas na atividade pertinente com o objeto deste pregão, devendo ser comprovado pelo contrato social;*

1.3.2. Informa a Recorrente que a empresa declarada vencedora do certame possui em seu CNPJ somente a atividade (CNAE 32.50-7-06), Serviços de prótese dentária, não sendo possível que a empresa seja contratada em função de não possuir características exigidas pelo edital, não sendo permitido por lei que empresas com somente esta atividade prestem atendimentos clínicos (moldagem e instalação de próteses dentárias), delimitados no item 2.1 do edital.

1.3.3. Segue informando que de acordo com a legislação vigente, uma Clinica ou Consultório odontológico podem ofertar diversos serviços ao paciente, incluindo o de prótese dentária, porém, se faz necessário que a clínica possua um laboratório de prótese, caso contrário, teria que terceirizar o serviço, o que não é permitido pelo edital de licitação. Assim, para que a Empresa esteja apta em participar do certame, é necessário possuir os seguintes CNAES: 86.30-5-04 - Atividades odontológicas e 32.50-7-06 – Serviços de Prótese dentária.

1.3.4. Sustenta ainda de que o Conselho Federal de Odontologia veda esse tipo de atendimento por Laboratório de prótese dentária apresentando os seguintes entendimentos:

> Além das licenças sanitárias e fazendárias que uma clínica ou laboratório de prótese precisam ter para funcionar, também é necessário cumprir algumas formalidades junto aos Órgãos de Classe, nesse caso, o Conselho Regional de Odontologia.
>
> 4.1-) Para clínicas com ou sem laboratório de prótese anexo é obrigatório ter o EPAO:
>
> Os EPAOs são Estabelecimentos de Prestação de Assistência Odontológica com personalidade jurídica. São as denominadas clínicas odontológicas. Conforme a Lei nº 4.324/1964, artigo 13, parágrafo 1º. (*Segue o nosso EPAO em anexo – anexo 2).*
>
> 4.2) Já os Laboratórios de Prótese Dentária com inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda, conforme artigo 4º, do Decreto nº 87.689, de 11 de outubro de 1982, são também obrigados à inscrição do seu CNPJ junto ao Conselho Regional de Odontologia, porém, de acordo com o código de ética do Conselho Federal de Odontologia e no artigo 4º, alíneas I e II da Lei nº. 6.710 de 5 de novembro de 1979, é vedado ao Laboratório de Prótese a prestação de serviço direto ao paciente.

9

1.3.5. Conclui suas razões sustentando de que para realizar moldagens e instalação de próteses em paciente, o laboratório de prótese teria que subcontratar esses serviços, o que é contrário ao edital de licitação, motivo pelo qual requer a reconsideração da decisão da pregoeira para inabilitar a empresa Laboratório de Prótese Dentaria Sorrident LTDA por não possuir atividades de odontologia em seu contrato social.

II – DAS CONTRARRAZÕES

2.1 A licitante Laboratório de Prótese Dentaria Sorrident LTDA, contra arrazoou informando que as alegações da Recorrente são consideradas formalismo excessivo, haja vista que a empresa apresentou todos os documentos exigidos ao edital, razão pela qual foi considerada habilitada.

2.2. Cita que a Lei 8.666/93 dispõe em seu art. 22, § 9º, que a empresa comprove habilitação compatível com o objeto da licitação, e que o edital condiciona a à participação na licitação às empresas que possuem compatibilidade com o objeto de serviços de moldagem, confecção e instalação de próteses dentarias.

2.3. Apresenta consulta do site do Instituto Brasileiro de Geografia e estatística com o detalhamento do CNAE constante do CNPJ da Recorrida, informando que "*a **atividade 3250-7/06 Serviços de próteses dentárias** possui de forma hierárquica, as atividades 32 FABRICAÇÃO DE PRODUTOS DIVERSOS, 32.5 Fabricação de instrumentos e materiais para uso médico e odontológico e de artigos ópticos, 32.50-7 Fabricação de instrumentos e materiais para uso médico e odontológico e de artigos ópticos, 3250-7/06 Serviços de prótese dentária, que consubstanciam toda e qualquer atividade voltada ao objeto da licitação*"

2.4. Apresenta também doutrina e entendimento do TCU de que uma Empresa não pode ser inabilitada de um certame por não possuir CNAE idêntico ao objeto licitado, devendo ser levado em consideração a experiencia da empresa para executar certa atividade, e anexou atestados e contratos que comprovam a execução do mesmo objeto da licitação.

2.5. Por fim enfatizou que a lei 8.666/93 não prevê a obrigatoriedade de apresentação de atividade no ato constitutivo da empresa idêntico ao objeto licitado, ressaltando que a "*finalidade da licitação é a escolha da proposta mais vantajosa, o que deve ser ponderado*

em contraponto ao rigorismo exacerbado e preciosismos no julgamento", não devendo a Recorrida ser desclassificada por mera irregularidade formal, em grave afronta ao princípio da SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, requerendo a manutenção da habilitação da Empresa no certame.

III – DA ANÁLISE E DECISÃO

3.1 - Vistos e recebidos o recurso e a contrarrazão tempestivamente por esta Equipe de Pregão, passamos à análise e posterior decisão.

3.2. No mérito, primeiramente é valido mencionar o artigo 3º da Lei 8.666/93, que dispõe o seguinte:

> "Art. 3º **A licitação destina-se a garantir** a observância do princípio constitucional da isonomia, **a seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da **vinculação ao instrumento convocatório**, **do julgamento** objetivo e dos que lhes são correlatos."

3.3. Como pode ser observada, a finalidade da licitação deve ser o atendimento ao interesse público, **buscando a proposta mais vantajosa**, **devendo haver igualdade de condições**, bem como os demais princípios resguardados pela constituição.

3.4. Marçal Justen Filho[1], afirma de maneira sucinta que "*A licitação é um procedimento administrativo para a seleção da proposta de contratação de um particular com a Administração Pública. Esse procedimento licitatório se orienta à realização de duas finalidades essenciais, que são* ***a concretização do princípio da isonomia e a obtenção da proposta mais*** **vantajosa".**

3.5. O edital de Licitação possui o seguinte objeto:

[1] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 17ª ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

> Registro de Preço visando eventual e futura Contratação de Microempresas - ME, Empresas de Pequeno Porte - EPP e Equiparadas, para **prestação de serviços de moldagem, confecção e instalação de próteses dentarias** com fornecimento de todos os materiais e mão de obra especializada para atendimento ao município de Arantina.

3.7. Primeiramente cabe destacar que o Edital estabelece no item 3.1.1 como condição para participação que as Empresas:

> 3.1.1 - Estejam legalmente estabelecidas e especializadas na atividade pertinente com o objeto deste pregão, devendo ser comprovado pelo contrato social;

3.8. E como comprovação acerca do ramo de atividade estar relacionada ao objeto da licitação, destaca-se o art. 28, inciso III, da Lei 8.666/1993 que inclui o contrato social, devidamente registrado, entre os documentos exigíveis para fins de comprovação da habilitação jurídica. Tal exigência visa justamente à comprovação de que a licitante tem a atividade comercial compatível com o objeto licitado.

3.9. No caso em tela, foi questionado pela Recorrente, que a empresa recorrida não apresentava CNAE para prestação de serviços de odontologia, a qual, conforme informa também a Recorrente, faz parte do objeto, ora vencido pela Recorrida.

3.10. Todavia, relevante registrar que o CNAE não deve, sozinho, constituir motivo para a inabilitação em processo licitatório, havendo outros meios de comprovação da compatibilidade do ramo de atuação da empresa com o objeto da licitação. Inclusive isso vem sendo reiteradamente impugnado por nossos Tribunais:

> *AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. HABILITAÇÃO TÉCNICA. SERVIÇOS MÉDICOS. COMPROVAÇÃO. LIMINAR CONCEDIDA. 1. A qualificação técnica depende de comprovação documental da idoneidade para execução do objeto do contrato licitado, mediante a*

demonstração de experiência anterior na execução de contrato similar. 2. ***Caso em que*** **a mera análise do objeto social da empresa licitante não justifica sua inabilitação**, porque demonstrada a prestação *anterior de serviços similares, nostermos do art. 30, inciso II, da Lei nº 8.666/93. Agravo de Instrumento provido. Unânime. (Segunda Câmara Cível do TJRS.Agravode Instrumento nº 70033139700, j. em26/5/2010. Rel. Des. Denise Oliveira Cezar). (grifo nosso)"*

'"EXIGÊNCIA QUE O OBJETO LICITADO ***CONSTE EXPRESSAMENTE DO CONTRATO SOCIAL DA EMPRESA - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E RAZOABILIDADE****. [...] A exigência de que o objeto licitado conste expressamente do contrato social da empresa, não vem amparada por lei, ferindo direito líquido e certo da impetrante de participar do certame licitatório. Em reexame necessário mantém- se a sentença '. (TJMG - Apelação Cível nº 000.314.874-9/00. Relator: Des. Antônio Carlos Cruvinel. Julgado em 22/04/2003)*

CONTRATO SOCIAL. RIGIDEZ EXCESSIVA. CAPACIDADE PLENA *PARA A PRESTAÇAO DOS SERVIÇOS. LIÇAO DOUTRINÁRIA. Tratando-se de prestação de serviços na área de realização de concursos públicos, mostra-se a APESC (mantenedora da Universidade de Santa Cruz do Sul), plenamente capaz, em termos técnico-logísticos, de assumir o objeto do contrato a ser celebrado pela administração, pois, na* ***lição precisa do doutrinador Marçal Justen Filho*** *(7ª ed. P. 315), se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade,* ***a ausência de previsão dessa mesma atividade em seu objeto social não poderia ser empecilho a sua habilitação*** *'. (Agravo de Instrumento Nº 70014499818, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 31/05/2006) (grifo nosso).*

3.11. Ocorre que, no presente caso, por se tratar de serviços que envolvem além da confecção das próteses, a moldagem e instalação, os quais não constam na contrato social da Empresa declarada vencedora do certame, e como há leis especificas sobre a materia, foi realizada consulta ao Conselho Regional de Odontologia, nos seguintes termos, conforme e-mail em anexo:

9

1. O Município abriu processo para prestação de serviços de moldagem, confecção e instalação de próteses dentarias com fornecimento de todos os materiais e mão de obra especializada para atendimento ao município de Arantina.

1.1 Os serviços compreendem:

1. Moldagem, Confecção e Adaptação de Prótese Parcial Mandibular;
2. Moldagem, Confecção e Adaptação de Prótese Parcial Maxilar Removível;
3. Moldagem, Confecção e Adaptação de Prótese Total Mandibular;
4. Moldagem, Confecção e Adaptação de Prótese Total Maxilar;

2. Entre as atribuições da contratada estão às seguintes:

2.1. O licitante vencedor deverá prestar os serviços obedecendo as seguintes etapas: A empresa contratada deverá confeccionar as próteses mediante retirada de moldes e fazer as provas e testes, que deverão ser feitos na Unidade Básica de Saúde do Município de Arantina em até 10 (dez) dias após a requisição da Secretaria Municipal de Saúde;

2.2. Para o procedimento de provas e testes, estes serviços deverão ser realizados por profissional capacitado (DENTISTA) devidamente cadastrado no CRO (Conselho Regional de Odontologia).

3. No ato da realização da sessão de licitação, uma empresa participante apresentou recurso alegando que empresas com atividades somente de SERVIÇOS DE PRÓTESE DENTÁRIA (CNAE 32.50-7-06) não estaria apta a participar do certame tendo em vista as atividades envolvem serviços de moldagem e instalação da prótese, e que tais atividades são exclusivas dos serviços de odontologia.

3.1. Informou ainda que para prestação de serviços de moldagem e instalação das próteses, haveria necessidade das empresas exercerem atividades odontológicas (CNAE 86.30-5-04) com obrigatoriedade de possuir EPAO (Estabelecimento de Prestação de Assistência Odontológica).

4. Diante do exposto, pergunta-se:

4.1. De fato é vedado à Empresa com atividades somente de SERVIÇOS DE PRÓTESE DENTÁRIA (CNAE 32.50-7-06) executar serviços de moldagem e instalação da prótese?

4.2. Caso positivo, é irregular a empresa de PRÓTESE DENTÁRIA possuir dentista contratado para prestar tais serviços?

4.3. Os serviços de moldagem e instalação de prótese dentária são exclusivos do serviço de odontologia?

3.12. O Conselho Regional de Odontologia respondeu da seguinte forma:

Prezada,

9

A **LEI Nº 6.710, DE 5 DE NOVEMBRO DE 1979** que dispõe sobre a profissão de Técnico em Prótese Dentária e determina outras providências , descreve as seguintes vedações aos Laboratórios de Prótese.

Art. 4º É vedado aos Técnicos em Prótese Dentária:

I - prestar, sob qualquer forma, assistência direta a clientes;

II - manter, em sua oficina, equipamento e instrumental específico de consultório dentário;

III - fazer propaganda de seus serviços ao público em geral;

Dessa forma:

4.*1. De fato é vedado à Empresa com atividades somente de SERVIÇOS DE PRÓTESE DENTÁRIA (CNAE 32.50-7-06) executar serviços de moldagem e instalação da prótese?*

- Modelagem e instalação envolvem atendimento direto ao paciente, serviço prestado diretamente ao paciente é vedado ao técnico.

4.2. Caso positivo, é irregular a empresa de PRÓTESE DENTÁRIA possuir dentista contratado para prestar tais serviços?

- A empresa para exercer atividade odontológica deve possuir CNAE específico e estar registrada como EPAO no Conselho Regional.

Contudo, pode ter como solicitante dos serviços prestados, Cirurgião Dentista responsável pela moldagem e instalação, em atendimento direto ao paciente.

4.3. Os serviços de moldagem e instalação de prótese dentária são exclusivos do serviço de odontologia?

Tendo como luz a norma citada, que veda a prestação, sob qualquer forma, assistência direta a clientes, por técnicos. Reafirmamos que:

O cirurgião-dentista é o profissional habilitado para fazer a reabilitação oral do paciente que necessita de uma prótese.

Ele atua na boca do paciente para tirar o molde para que o TPD (Técnico em Prótese Dentária) possa confeccionar a prótese em seu laboratório.

3.12. Diante da resposta do Conselho Regional de Odontologia, é possível concluir que para executar o objeto do edital é necessario possuir atividade de protese dentária para confecção das proteses e atividade de odontologia para moldagem e instalação das próteses, sendo vedado aos laboratórios de próteses atendimento direto ao paciente.

9

3.13. Nesse sentido, verifica – se que assiste razão à Recorrente, visto que a Empresa deve possuir objeto compatível com o edital e a atividade apresentada no Contrato Social pela Recorrida permite somente a confecção das próteses, e o edital exige além da confecção, a moldagem e instalação, o que, seria uma atividade diferente do seu objeto social.

3.13.1 Inclusive, conforme informado pelo Conselho Regional de Odontologia, as atividades de confecção e moldagem e instalação de próteses deverão ser realizadas por profissionais diferentes, não possuindo, no caso, compatibilidades entre as atividades.

3.13. 9 Sobre o assunto, interessante citar o posicionamento de Joel de Menezes Niebuhr:

> [...] a Lei nº 8.666/93, pelo menos no que tange à habilitação jurídica, não exige que o documento constitutivo preveja expressamente que o licitante se dedique especificadamente à atividade correspondente ao objeto da licitação. **No entanto, as pessoas jurídicas não devem atuar em atividades estranhas ao seu objeto social, que sejam incompatíveis com ele. Tanto isso é verdade que o inciso III do parágrafo único do art. 1.015 do Código Civil enuncia que o excesso por parte dos administradores das sociedades simples pode ser oposto a terceiros se ocorrer operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade.**
>
> A Administração deve verificar apenas se as atividades desempenhadas pelos licitantes como dispostas em seus documentos constitutivos são compatíveis, em linha geral, com o objeto da licitação. Licitante deve ser inabilitado apenas se houver incompatibilidade. Repita-se que o documento constitutivo não precisa dispor expressa e especificamente sobre o objeto da licitação. (NIEBUHR, 2011, p. 372.) (Grifamos.)

3.14. Para ratificar tal entendimento, insta trazer à tona o entendimento majoritário do órgão fiscalizador, Tribunal de Contas da União, senão vejamos:

> LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO JURÍDICA. CONTRATO SOCIAL.

9

OBJETO DA LICITAÇÃO. COMPATIBILIDADE.

Para fins de habilitação jurídica nas licitações, faz-se necessária a compatibilidade entre o objeto do certame e as atividades previstas no contrato social das empresas licitantes. Acórdão 503/2021 Plenário (Representação, Relator Ministro-Substituto Augusto Sherman)

"REPRESENTAÇÃO. CONHECIMENTO. PREGÃO. LOCAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA. PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O OBJETO DA LICITAÇÃO E OS OBJETIVOS SOCIAIS DA ENTIDADE. PROCEDÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR. DETERMINAÇÃO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA ANULAÇÃO DA HABILITAÇÃO E ADJUDICAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

1. **Inviável a habilitação de licitante cujo objeto social é incompatível com o da licitação**. (...)" (Acórdão 1021/2007, Plenário, Processo 002.993/2007-5)

3.15. Em face ao exposto, considerando que a licitante vencedora não dispõe de atividade compatível com o objeto licitado, e considerando ainda o inteiro teor do que dispõe à jurisprudência pátria acima mencionada, à legislação, bem como o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, é de se inferir que a mesma não pode ser habilitada.

IV – DA CONCLUSÃO

4.1 - Diante de todo o exposto e respeitados os princípios constitucionais do Contraditório, da Ampla Defesa e da Vinculação ao Instrumento convocatório, conheço do recurso apresentado pela Recorrente D R A VIANA TRESSOLDI-ME para no mérito julgar PROCEDENTE O RECURSO, RETIFICANDO a decisão que resultou no aceite e habilitação da proposta da empresa Laboratório de Prótese Dentaria Sorrident LTDA para todos os itens do certame.

9

4.2. Em consequência, procedo com o retorno do certame para a fase de aceitação de propostas, ficando desde já os licitantes convocados para comparecerem no Setor de Licitações da Prefeitura Municipal de Arantina no dia 25/07/2023 as 15 horas para continuidade da sessão de licitação.

Prefeitura Municipal de Arantina, 20 de julho de 2023.

Aline Aparecida Francisca de Almeida

Pregoeira