

Este documento se ha obtenido directamente del original que contenía todas las firmas auténticas y se han ocultado los datos personales protegidos y los códigos que permitirían acceder al original.

Recurso nº 8/2023
Resolución nº 45/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 3 de febrero de 2023, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de representación legal de CMR Surgical Spain, S.L.D., impugnando los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del procedimiento “suministro e instalación de un sistema de cirugía robótica para el Hospital Universitario 12 de Octubre, número de expediente A/SUM-036334/2022 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en el Portal de la Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en fechas 14 y 12 de diciembre de 2022 respectivamente, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado de contrato asciende a 1.860.000 euros y su plazo de duración será de 4 meses.

El plazo de licitación terminaba el 24 de enero de 2023, habiéndose suspendido el procedimiento no se conocen el número de licitadores que han presentado propuesta.

Segundo.- Antecedentes

Puestos a disposición de los licitadores los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del suministro que nos ocupa, el recurrente considera que no se ha procedido a la división en lotes del contrato, aportando documentación sobre procedimientos similares que si lotifican el contrato.

Concretamente en un primer lote relativo conformado por los elementos descritos en el punto 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), el segundo lote, relativo a una mesa quirúrgica, y el tercer lote, relativo al insuflador.

En segundo lugar, solicita la nulidad de determinadas prescripciones técnicas y criterios de adjudicación que se indican seguidamente, por infracción de los artículos 99.1, 121.1 y 145.5 de la LCSP, prescripciones y criterios de adjudicación que favorecerían o solo podrían cumplir licitadores concretos.

Se afirma que existiendo en el mercado tres tecnologías que cumplen con el objeto del contrato, la descripción de los pliegos “la licitación para la adquisición de un sistema de Cirugía robótica muestra, bajo la apariencia de un concurso abierto con libre concurrencia, una clara predilección por una tecnología única en el mercado”. En concreto, se afirma que los criterios cualitativos evaluables automáticamente por aplicación de fórmulas (45 puntos) solo los cumple el equipo de la marca robótica “Da Vinci”.

A este recurso se acompaña un *“Informe sobre las especificaciones técnicas, cualitativas y de juicio de valor solicitadas para la adquisición de robots quirúrgicos”, de “Unique”,* en el que se comparan las características de los tres robots operativos

en el mercado, Da Vinci (de ABEX), Hugo (de Medtronic), y Versius (de CMR), en relación con los requerimientos y criterios de adjudicación de los Pliegos.

Tercero.- El 3 de enero de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CMT en el que solicita la nulidad de la convocatoria y de los pliegos de condiciones por las razones ya expresadas en el anterior apartado.

El 24 de enero de 2023, el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo sobre medidas provisionales adoptado por este Tribunal el 17 de enero de 2023, hasta que se resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP, debido a la obligación de preservar el secreto de las ofertas.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso a posibles interesados al no ser tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el recurrente, de conformidad con lo establecido en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicable en virtud de lo establecido en el artículo 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica potencial licitador, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones fueron publicados el 12 de diciembre de 2022 y e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 3 de enero de 2023, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones en el marco de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.a) de la LCSP.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso varios son los motivos que le fundamentan. Para mayor claridad expositiva se tratarán de forma individualizada

5.1 No división en lotes del contrato

Alega el recurrente que es posible la división en lotes del contrato, y que no se justifica la no división, vulnerando lo establecido en el artículo 99 de la LCSP.

Se citan muchas convocatorias en las se licitan separadamente o individualmente alguna de las tres objetos que diferencia, siendo posibles tres lotes a su parecer: uno relativo el sistema conformado por los elementos descritos en el punto 3 del PPT (1. Consola Quirúrgica 2. Brazos Robóticos, 3. Torre de Visión 4.

Accesorios mínimos para suministrar 5. Sistema de simulación), otro para la mesa quirúrgica y un tercero para el insuflador.

La única justificación de la no división en lotes se contiene en la memoria económica y justificativa, donde se afirma que se ampara en que, “El material objeto del contrato es indivisible, debido a que todos los elementos deben de ser de la misma empresa para que sean compatibles con las conexiones”.

El órgano de contratación amplía la justificación de la no división en lotes en su informe al recurso: *En primer lugar, debe atenderse necesariamente a la definición del objeto del contrato. CMR se refiere indistintamente al objeto del contrato como “equipo” y “sistema”. La RAE define “sistema” como “conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto”, mientras que “equipo” queda definido como “colección de utensilios, instrumentos y aparatos especiales para un fin determinado”. Es decir, una cosa es tener un conjunto de elementos que permiten desempeñar una tarea, y otra un conjunto de elementos integrados con un orden determinado que le permiten funcionar como un “todo”.*

De esta concepción parte la exigencia del PPT - cláusula 2 – que solicita: conjunto de equipos y accesorios imprescindibles para la realización de una cirugía asistida por robot (todo el equipamiento, hardware, software y accesorios descritos en el punto 3 y 4) así como las licencias de uso de todos los equipos y accesorios comedidos en el punto 3.

*Si no hay compatibilidad, no hay integración, y por tanto no hay sistema sino elementos sueltos que corren el riesgo de sufrir incompatibilidad los unos con los otros. Entendemos que la justificación es tan clara que no necesita más explicación, y da cumplimiento al artículo 99.3 LCSP, al fundamentarse en uno de los motivos que éste artículo recoge como válidos: **“el hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato, dificultara la correcta realización del mismo desde el punto de vista técnico”.** Sin perjuicio de lo anterior, en el informe técnico se desarrollan con más*

profundidad dicha justificación, así como las consecuencias que tendría para este órgano de contratación de verse obligado a dividir el objeto en lotes.

CMR afirma que el motivo sobre el que este órgano fundamenta la no división en lotes es “falso”, pero no aporta ningún argumento técnico que demuestre que todos los elementos que conforman el sistema de cirugía son compatibles entre sí, probablemente porque sabe que no lo son, y de ahí la necesidad de que todos los elementos se oferten integrados, para garantizar la compatibilidad entre todos ellos.

Y como se explica con más detalle en el informe técnico adjunto, la no integración de todos los elementos va a ocasionar limitaciones en los concursos futuros respecto a los elementos del sistema, pues deberá garantizarse la conectividad con los elementos ya existentes, además de ocasionar graves trastornos de eficiencia, como también se detalla en el informe técnico.

Llama la atención que CMR considera injustificado la no división en lotes, pero en cambio considera correcta la división en 3 lotes. ¿Por qué no 2? ¿Por qué no 4? Lo desconocemos puesto que no argumenta su propuesta con razones técnicas, de igual forma que no aporta razones técnicas que desvirtúen la justificación dada por este órgano de contratación respecto a la necesaria conectividad de los elementos.

A juicio de este Tribunal la alegación de que se licita un “sistema” y no un equipo es artificial, porque hace abstracción de la naturaleza propia de la cosa o cosas objeto del contrato, si es divisible o no. La divisibilidad en lotes no depende de cómo se denomine el objeto del contrato, sino de la naturaleza del mismo.

Asimismo, no existe en el expediente de contratación justificación de la no división en lotes del contrato, salvo la mención antes reseñada por el propio recurrente, contraviniendo el artículo 99.3 de la LCSP:

“3. Siempre que la naturaleza o el objeto del contrato lo permitan, deberá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, pudiéndose reservar lotes de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional cuarta.

No obstante lo anterior, el órgano de contratación podrá no dividir en lotes el objeto del contrato cuando existan motivos válidos, que deberán justificarse debidamente en el expediente, salvo en los casos de contratos de concesión de obras”.

En los Pliegos no hay justificación alguna y en la Memoria la frase antes transcrita.

Esta deficiencia no se suple por la detallada justificación ahora aportada, porque como hemos dicho en Resolución nº 269/2021 de 18 de junio: *“Esta obligación no se subsana por la justificación que ahora se incluye en la contestación a la reclamación en materia de contratación, fundada en razones técnicas, motivación que escapa al control jurisdiccional a instancias de los eventuales licitadores, aunque solo fuera en razón de la suficiencia y adecuación de esa motivación”.*

Procede estimar el recurso en orden a que se justifique adecuadamente en el expediente de contratación la no división en lotes de la licitación, caso que no se decida por el órgano de contratación la división en lotes.

Lo que no procede estimar es la pretensión de división en los lotes que propone el recurrente, porque esta es discrecional del órgano de contratación. Como decimos en la Resolución 269/2021:

“Lo que no procede estimar es la solicitud se ordene al Canal la división de la licitación en tantos lotes como prestaciones (suministros y servicios), pues, aunque motivada y sujeta a control, es una decisión discrecional del órgano de contratación, tal y como señala el artículo 46 de la Directiva citada (2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014).

“1. Los poderes adjudicadores podrán optar por adjudicar un contrato en forma de lotes separados, y podrán decidir el tamaño y el objeto de dichos lotes.

Excepto en el caso de los contratos cuya división resulte obligatoria en virtud del apartado 4 del presente artículo, los poderes adjudicadores indicarán las

principales razones por las cuales han decidido no subdividir en lotes. Dicha decisión se incluirá en los pliegos de la contratación o en el informe específico al que se refiere el artículo 84”.

Procede estimar la anulación de los Pliegos y documentación para que o bien se divida en los lotes que estime necesarios el órgano de contratación o bien se justifique adecuadamente la no división en lotes.

5.2 Vulneración de los principios de igualdad entre licitadores

En segundo lugar, se afirma que los Pliegos vulneran en su configuración, los principios de igualdad y no discriminación, y libre competencia de los licitadores que recoge el artículo 1 de la LCSP (desarrollado en diversos preceptos de la LCSP), toda vez que todos los indicios apuntan a que han sido conscientemente confeccionados por parte del órgano de contratación, para limitar artificialmente la competencia, al reproducir características clave y exclusivas de un licitador para lograr el objetivo que éste devenga inevitablemente adjudicatario (sin que los otros potenciales licitadores tengan, por lo que se dirá, la más mínima oportunidad de adjudicarse el contrato en liza). En consecuencia, se consideran infringidos los artículos 99.1., 121.1 y 145.5 de la LCSP.

Sobre las prescripciones técnicas se afirma que están configuradas de tal forma, que solo puede cumplirlas el robot de ABEX, por la adjudicación conjunta de los diversos elementos que conforman el sistema robótico licitado. El recurrente se remite al informe técnico que acompaña:

“El robot da Vinci® Xi™ es el único producto del mercado que reúne las características solicitadas al permitir la interacción de la mesa con la consola del cirujano, pero únicamente con una marca y modelo existente en el mercado (TS7000DV® de la casa Hillrom). Con respecto al insuflador Airseal® System, no consta se haya suministrado de forma conjunta con otro robot que no sea Davinci Xi™, por lo que la exclusividad de servicio entre ambas empresas limitaría también la libre competencia”.

A juicio del recurrente se vulnera el artículo 99 de la LCSP que define el objeto del contrato, cuyo apartado primero expresa que: *“El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única”*.

También el artículo 126.1 de la LCSP, el cual establece: *“Las prescripciones técnicas a que se refieren los artículos 123 y 124, proporcionarán a los empresarios acceso en condiciones de igualdad al procedimiento de contratación y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia”*.

A su vez, el apartado 6 señala que: *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las prescripciones técnicas no harán referencia a una fabricación o una procedencia determinada, o a un procedimiento concreto que caracterice a los productos o servicios ofrecidos por un empresario determinado, o a marcas, patentes o tipos, o a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación del apartado 5, en cuyo caso irá acompañada de la mención «o equivalente»”*.

Concretamente considera que incluir la cirugía pediátrica en un único robot solo responde a cerrar a una sola solución técnica el suministro a adquirir. No estando justificada la inclusión de esta especialidad en la compra de un solo robot.

Insiste en que de entre las necesidades de contratación, la incidencia de la cirugía pediátrica es nimia, por lo que su inclusión como requisito técnico solo pretende cerrar el mercado a un único licitador, a saber, Abex con su equipo Davinci Xi™.

Por su parte el órgano de contratación invoca, al igual que lo hace el recurrente la Resolución 74/2021, de 2 de diciembre del Tribunal Administrativo de Recursos contractuales de Castilla y León, y en su propia defensa. En ella se define lo que constituye una limitación de la concurrencia, atribuyéndole **dos condiciones que deben concurrir**:

- 1) que se requieran *“exigencias técnicas que de hecho solo puedan ser cumplidas por un único producto o sean accesibles para un único licitador”*
- 2) *“que tales requerimientos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente necesarios para satisfacer la finalidad perseguida por el contrato”*.

Manifiesta el hospital que: *“en primer lugar, incluso en el caso de que solo existiera una empresa fabricante de un equipo que integre todas las especialidades requeridas no obsta para que otras lo desarrollen, adaptándose a la demanda. En segundo lugar, falta en el caso concreto la arbitrariedad, condición sine qua non no puede hablarse de limitación de la competencia, como hemos visto. Y las razones que llevan a este órgano de contratación a requerir la especialidad pediátrica quedan suficientemente explicadas en el informe técnico, al que nos remitimos. No se ha vulnerado, por tanto, este artículo 126 LCSP. Llama además la atención que de todas las especialidades requeridas sea la pediátrica la única cuestionada por la recurrente, coincidiendo con la especialidad de la que no dispone, sin cuestionar la justificación y/o necesidad de las demás especialidades”*.

A juicio de este Tribunal ninguna de estas alegaciones expuestas resumidamente contraviene la afirmación fundamental del recurrente: que la integración de los elementos descritos solo se produce con el robot Da Vinci.

Nos encontramos ante un debate técnico en el cual este Tribunal no tiene competencia técnica para pronunciarse, pues la incidencia de cirugía pediátrica en el total de las cirugías que se efectuaran asistidas con el equipo descrito, no solo no se ha puesto objetivamente de manifiesto, sino que tampoco de forma subjetiva en cuanto a su transcendencia médica. Por ello no se estima posible pronunciarse

sobre este extremo, sin perjuicio que el fondo del asunto se resuelva en la siguiente alegación.

5.3 Nulidad de los criterios de adjudicación por atentar contra el principio de igualdad entre licitadores.

Según el recurrente los criterios automáticos de adjudicación por aplicación de fórmulas (apartado 8 de la cláusula primera) favorecen y se cumplen únicamente por el robot de ABEX (Da Vinci). Estos criterios se evalúan o en la puntuación consignada o con 0 puntos, y son:

“Criterios cualitativos evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas (45 p):

- 1. Doble consola para cirugías formación: 10 puntos.*
- 2. Visión 3D HD estereoscópica magnificada e inmersiva: 5 puntos.*
- 3. Mesa de operaciones integrada: 6 puntos.*
- 4. Posibilidad de fluorescencia y control desde consola de cirujano: 5 puntos.*
- 5. Pantalla de la torre de visión con tecnología de bosquejo e intercomunicador: 5 puntos.*
- 6. Sistema de insuflación que proporcione neumoperitoneo estable, evacuación constante de humo y acceso sin válvulas: 5 puntos.*
- 7. Memorización de los parámetros de ajustes para cada cirujano usuario: 5 puntos.*
- 8. Garantía de asistencia técnica: periodo de garantía: 4 puntos”.*

El recurrente pone de manifiesto que : *“Estos criterios cuya ponderación se fija con fines excluyentes, al otorgar la máxima puntuación al equipo que presente la funcionalidad frente a los cero puntos a aquel que no la cumpla (esto es, sin ponderación alguna, salvo el 2 y el 8), son, en su mayoría, a excepción del criterio 8, que versa sobre la asistencia técnica, características técnicas propias y exclusivas del sistema de cirugía robótica de la marca “Da Vinci”, según se desprende del Informe técnico elaborado.*

Así, la técnica encargada de elaborar el Informe ha podido constatar que los criterios, 1, 3 y 4 son únicos en el mercado para el robot Da Vinci, y el 2, parcialmente exclusivo, de acuerdo con la documentación revisada y según confirma la propia empresa ABEX Excelencia Robótica, S.L. Por lo que se refiere a los criterios 5 y 7, se concreta que también son criterios que se presentan exclusivamente en el equipo Da Vinci, según las valoraciones efectuadas contenidas en la Tabla de “Requerimientos cualitativos” del Punto 5. Anexo del Informe.

Con respecto al criterio 6 relativo a las prestaciones del Insuflador, se indica que actualmente solo hay una marca en el mercado, “Airseal”, distribuida por la empresa PRIM, S.A. que satisface los requerimientos del insuflador, hecho que implica obligar a las empresas licitadoras a adquirir este fungible exclusivo para poder presentar su oferta.

Sin embargo, por hechos notorios y conocidos en el sector, todo parece indicar que existe actualmente entre ABEX Excelencia Robótica, S.L. y PRIM, S.A. un acuerdo de exclusividad. De confirmarse esta relación, el criterio controvertido 6, aparentemente inocuo, pasaría a ser igualmente un criterio que solo lograría cumplir la marca robótica Da Vinci.

A criterio de la aquí recurrente, las referidas prestaciones contempladas a modo de criterios de adjudicación, no se formulan en términos objetivos tal y como exigen la normativa de contratación pública, sino que, como se desprende, son características exclusivas del sistema robótico comercializado por la empresa ABEX Excelencia Robótica, S.L.

En efecto, según expuesto, la única empresa operativa en territorio español que obtendría, como mínimo 41 puntos, frente a los 2,5 puntos que obtendría esta parte y los 0 puntos de MEDTRONIC IBÉRICA, S.A.U, de los criterios de adjudicación objetivos en aplicación de los pliegos del Contrato, y con ello, convertirse indudablemente en adjudicataria del concurso, es la empresa ABEX Excelencia Robótica, S.L., pues insistimos, constituyen características propias de su sistema quirúrgico robótico “Da Vinci”.

En la Orden de inicio del expediente, se contiene la siguiente justificación de los criterios de adjudicación: “Atendiendo al contenido del artículo 145 de la LCSP,

se establecen los siguientes criterios de valoración de las ofertas por considerarse idóneos para la adjudicación del contrato a la oferta que represente la mejor relación calidad/precio atendiendo a la naturaleza de este y a la salvaguarda del principio de proporcionalidad.

La fórmula económica que se ha propuesto en el criterio precio en este expediente valora la oferta económica que necesariamente habrá de recibir la puntuación más alta al licitador que oferte un precio inferior y la más baja la que presente el precio superior, recibiendo 0 puntos el que iguale la oferta al precio de licitación, el resto de los puntos se reparte atendiendo al ahorro que cada proposición, por sí misma, supone para el órgano de contratación (cuanto más barata es la proposición, más puntos obtiene).

Por tanto, el modelo propuesto permite adecuarse eficazmente al cumplimiento de los principios de transparencia, no discriminación e igualdad de trato, y, a su vez, contribuir al de control de gasto y de eficiencia de los fondos públicos.

Criterios relacionados con el coste de la proposición y en consideración del precio:

Precio de los productos: 45%

LAS OFERTAS QUE IGUALEN EL IMPORTE DE LICITACIÓN OBTENDRAN 0 PUNTOS, AL RESTO SE LES APLICARÁ LA FORMULA:

P ECONOMICA= 45 * ((A-B/A-C) ^ (1/6))

Siendo:

A= PRECIO LICITACION

B=OFERTA A VALORAR

C=OFERTA MAS BAJA

Criterios cualitativos, tendentes a la valoración óptima de la calidad de las proposiciones:

Evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas: 45 %

Criterios cuya cuantificación depende de un juicio de valor: 10 %”

En la memoria económica y justificativa no se encuentra justificación alguna de los criterios de adjudicación.

A tenor del artículo 116 de la LCSP en el expediente de contratación “se justificarán adecuadamente”: “c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo”.

Expuestas así las cosas, el indicio de que la licitación favorece a una solución técnica se constata por la coincidencia absoluta del informe anexo al recurso con las puntuaciones posteriores, vulnerando la licitación los artículos 1 y 132.2 de la LCSP: “2. La contratación no será concebida con la intención de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que corresponda, ni de restringir artificialmente la competencia, bien favoreciendo o perjudicando indebidamente a determinados empresarios”.

Además, no se han justificado adecuadamente esos criterios de adjudicación, lo que se ha realizado por extenso en esta instancia, vulnerando igualmente el artículo 116 transcrito.

En este punto la Resolución 1647/2022 citada del TACRC anula igualmente los Pliegos de la licitación similar, por no justificar adecuadamente los criterios de adjudicación.

Se infringe igualmente el apartado 5 del artículo 145 de la LCSP.

Procede estimar este motivo, porque efectivamente se aprecia el favorecimiento de un robot concreto, en contra de los principios que rigen la contratación administrativa.

5.4 Determinación incorrecta del tipo contractual y del presupuesto base de licitación

Se alega por último que el tipo contractual no está bien definido ni calculado correctamente el precio y el valor estimado, todo ello en base a lo establecido en el apartado 7 del PPTP que establece:

“La oferta incluirá una propuesta de contrato de mantenimiento integral de los equipos incluidos en los puntos 3 y 4 [excluyendo accesorios punto 3.4 (ópticas) e instrumentos] como mínimo, con las mismas condiciones de este pliego en lo que a tiempos de respuesta, tiempos de resolución, disponibilidad y actualizaciones de software/hardware se refiere, válida a la finalización del periodo de garantía. Esta no podrá ser superior a 165.000,00 €/año IVA excluido y tendrá una vigencia de al menos 2 años después de la finalización del periodo de garantía de los equipos”.

A la vista de este requisito, el contrato debe considerarse mixto, suministro más servicios, y encontrarse reflejados los 165.000 euros, tanto en el precio como en el valor estimado del contrato.

El órgano de contratación considera que esta interpretación es un error del recurrente, pues se trata de una prestación que sería objeto de nueva licitación tras la finalización del plazo de garantía.

Es criterio de este Tribunal que, si bien el órgano de contratación goza de todas las competencias para la determinación del objeto del contrato tal y como se dispone en el art. 99, así como de la determinación de las necesidades concretas que pretende alcanzar con la contratación, estas deben determinarse de forma clara y concreta y ser evaluadas económicamente. A este respecto compartimos la doctrina marcada por el TACRC que en multitud de Resoluciones se recoge y valiendo por todas la 350/2020, de 9 de abril se establece: *“hemos de partir de la asentada doctrina de este Tribunal en torno a las amplias facultades de que goza el órgano de contratación a la hora de determinar y conformar el objeto contractual. Como recordamos en la Resolución 180/2020, de 6 de febrero, invocando la Resolución 991/2015: “el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos de la prestación que se pretende contratar, a fin de garantizar, como señala el artículo 1 del TRLCSP, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos”.*

En la misma Resolución 180/2020, con cita de la Resolución 577/2018, recordamos que este Tribunal considera “admisible que el órgano de contratación exija, juntamente con los suministros que se demandan, la cesión de los equipos necesarios para su uso, y otras prestaciones necesarias y complementarias para la consecución del fin a que se refiere el suministro”. La exigencia de prestaciones complementarias, como el mantenimiento o la reparación de los bienes suministrados, podrán determinar que el contrato deba ser calificado como mixto, de suministro y servicios, pero no alterará su naturaleza desde el momento en que como dice el art. 18.1.a) LCSP, cuando un contrato mixto comprenda prestaciones propias de dos o más contratos de obras, suministros o servicios, se atenderá al carácter de la prestación principal. Ello, sin embargo, no obsta, como resulta de las mismas resoluciones citadas y es evidente, a que no podamos desconocer que, como dice el art.102.1 LCSP: “Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado” y que el art. 102.3 establece que: “Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación...” aunque el art.102.4 diga que: “El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato”.

En el caso concreto que nos ocupa, se requiere la propuesta de mantenimiento de los equipos una vez transcurrida la garantía legal y sirviendo ésta para la contratación en su momento oportuno y mediante un procedimiento sin publicidad, del mantenimiento que nos ocupa.

El mantenimiento de una propuesta económica durante más de dos años, no puede ser admitida, por lo que en el caso de que al órgano de contratación le interese contar con este servicio desde el inicio de la ejecución del contrato, deberá

de reflejarlo tanto en el objeto de la licitación, como en la tipología contractual, como en el valor estimado del contrato.

Por todo ello se estima este motivo del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de CMR Surgical Spain, S.L.D., impugnando los pliegos de cláusulas administrativas particulares y prescripciones técnicas del procedimiento “suministro e instalación de un sistema de cirugía robótica para el Hospital Universitario 12 de Octubre”, con número de expediente A/SUM-036334/2022), anulando los pliegos de condiciones en los términos expuestos en el fundamento quinto de esta resolución.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 17 de enero de 2023.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

De conformidad con el artículo 57.4 de la LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a esta resolución.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL