

Recurso nº 180/2023
Resolución nº 198/2023

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 18 de mayo 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 CMR Surgical Spain S.L., (en adelante CMR) contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de Suministro e instalación de un sistema de cirugía robótica para el Hospital Universitario de Getafe número de expediente PACP20231-1-19 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en el DOUE y en la Plataforma de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid el día 4 de abril de 2023, 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 1.835.206,61euros y su plazo de duración será de 2 meses.

La presente licitación ha terminado el cinco de mayo de 2023, no constando cuantas ofertas han sido presentadas.

Tampoco consta que la recurrente haya presentado oferta.

Segundo.- Antecedentes

Es necesario destacar a los efectos de resolver este recurso, que con anterioridad esta licitación había sido recurrida ante este Tribunal, en aquella ocasión por varios motivos entre los que destacamos, la falta de justificación de la división en lotes del contrato, la inclusión de la especialidad de ORL en las cirugías que se abordaran con el robot y el requerimiento de una mesa de operaciones que se integre con el robot quirúrgico. Aparte de los enumerados y por su importancia se destacan los criterios de adjudicación seleccionados que alteraban la igualdad entre licitadores.

Dicho recurso dio lugar a la Resolución 51/2023 de 3 de febrero que estimaba las pretensiones de la recurrente y anulaba los pliegos de condiciones, concretamente por los siguientes motivos:

- Falta de justificación adecuada y suficiente de la no división en lotes de la contratación
 - Inclusión de criterios de valoración atentatorios contra la igualdad de los licitadores
 - Prórroga del mantenimiento de los equipos al terminar la garantía de estos.
- Se recurre la tipología contractual y el presupuesto base de licitación.

No obstante, desestimaba el motivo de impugnación sobre la necesidad de que el robot quirúrgico posibilitara su utilización en patologías ORL, considerando que las necesidades de contratación son determinadas por el órgano de contratación y aplicando la doctrina de la discrecionalidad técnica en cuanto a la necesidad de incluir estas intervenciones, aunque su incidencia numérica sea de un 5% sobre el total de las realizadas, según estudios de uso.

Con fecha 4 de abril de 2023, fueron publicados nuevos pliegos de condiciones y preceptivo expediente de contratación, donde se observa que los pliegos de condiciones han modificados, en cuanto a los criterios de adjudicación, en cuanto a la prórroga de la garantía y la inclusión del mantenimiento, en cuanto a la determinación del objeto del contrato que excluye el insuflador como pieza conjunta con el resto del equipo.

Tercero.- El 27 de abril de 2023, tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, formulado por la representación de CMR en el que solicita la anulación de los pliegos por falta de motivación en la decisión de no dividir el contrato en lotes y por la existencia de requerimientos técnicos que impiden la concurrencia, atentando contra el principio de igualdad de trato a los licitadores.

El 9 de mayo 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).

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 4 de abril de 2023 e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 27 de abril 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 hemos de indicar que la controversia sobre la descripción del robot quirúrgico, la necesidad de que alcance intervenciones propias de la especialidad de ORL y la necesidad de contar con una cama de intervenciones integrada en el conjunto, fueron hechos ya resueltos en la Resolución 51/2023 de 3 de febrero.

Las alegaciones que sobre la misma materia realiza ahora la recurrente, deben ser inadmitidas por encontrarse ya resueltas por el Tribunal, lo que exige la aplicación al caso de la excepción de la cosa juzgada administrativa. En este sentido, tiene declarado este Tribunal que en aquellos casos en los que el recurso reitera los argumentos y motivos de impugnación esgrimidos con anterioridad en otro recurso especial, y éste ya ha sido resuelto, tal coincidencia permite aplicar la doctrina de la cosa juzgada administrativa y entender, por tanto, que la cuestión que ahora se suscita, ya ha sido resuelta previamente por este mismo Tribunal.

Así, podemos citar aquí, la Resolución del TACRC nº 85/2020, de 23 de enero de 2020, donde se establece al respecto lo siguiente: "En consecuencia, procede la cita de anterior resolución de este Tribunal que estudia el instituto de la cosa juzgada administrativa por cuanto las alegaciones realizadas en el presente. Indicábamos, por ejemplo, en la Resolución 945/2019 (Recurso 933/2019): En efecto, en la citada

Resolución se razonó que: (...) En consecuencia, todas las cuestiones controvertidas que plantea ahora el recurrente fueron analizadas y resueltas en la citada Resolución dictada por este Tribunal en este mismo procedimiento de contratación, razón que debe conducir a la inadmisión del presente recurso especial en materia de contratación, tal como informa el Órgano de Contratación, siguiendo la doctrina de este Tribunal con cita de Resoluciones como las siguientes: Resolución 880/2015 en la que se indicaba: “Por lo tanto, el planteamiento de nuevas circunstancias que pudieron haber motivado la exclusión de la licitadora resulta de todo punto extemporáneo en este momento, al haber quedado firme y consentido la resolución de este Tribunal, no planteándose en este momento hechos o circunstancias nuevas que no hubieran podido plantearse entonces, motivo por el cual ha de inadmitirse el recurso por aplicación de la doctrina de la cosa juzgada administrativa, tal y como tiene declarado este Tribunal en otras resoluciones; baste en este sentido citar la nº 580/2015, de 18 de junio.

Admitir lo contrario daría lugar a un continuo bucle de recursos, que entorpecería de forma exponencial la debida tramitación de los procedimientos de licitación, con el consiguiente perjuicio para los intereses públicos, cuya salvaguarda también constituye uno de los principios fundamentales de la contratación pública”.

Esta doctrina es seguida por este Tribunal de forma continuada, valiendo por todas la Resolución 321/2021 de 8 de julio.

Por todo ello se inadmite este motivo de recurso.

En segundo lugar, la recurrente vuelve a plantear la falta de justificación de la división en lotes del contrato. Hemos de recordar que la Resolución 51/2023, si estimo este motivo de recurso.

Debe recordarse que previamente a la entrada en vigor de la LCSP, el considerando 78 de la Directiva 2014/24/UE explicaba la conveniencia de división de los contratos en lotes *“A tal efecto y para aumentar la competencia, procede animar*

a los poderes adjudicadores a, en particular, dividir grandes contratos en lotes. Esta división podría realizarse de manera cuantitativa, haciendo que la magnitud de cada contrato corresponda mejor a la capacidad de las PYME, o de manera cualitativa, de acuerdo con los diferentes gremios y especializaciones implicados, para adaptar mejor el contenido de cada contrato a los sectores especializados de las PYME o de acuerdo con las diferentes fases ulteriores de los proyectos”.

En cuanto a la configuración de los lotes señala “La magnitud y el contenido de los lotes deben ser determinados libremente por el poder adjudicador, el cual, de acuerdo con las normas pertinentes en materia de cálculo del valor estimado de la contratación, debe estar autorizado a adjudicar algunos de los lotes sin aplicar los procedimientos previstos en la presente Directiva. El poder adjudicador debe estar obligado a estudiar la conveniencia de dividir los contratos en lotes, sin dejar de gozar de la libertad de decidir de forma autónoma y basándose en las razones que estime oportunas, sin estar sujeto a supervisión administrativa o judicial”.

Pero exige una motivación de la decisión de no división en lotes “Cuando el poder adjudicador decida que no sería conveniente dividir el contrato en lotes, el informe específico o los pliegos de la contratación deben incluir una indicación de las principales razones que expliquen la elección hecha por el poder adjudicador. Estas razones podrían ser, por ejemplo, el hecho de que el poder adjudicador considere que dicha división podría conllevar el riesgo de restringir la competencia, o hacer la ejecución del contrato excesivamente difícil u onerosa desde el punto de vista técnico, o que la necesidad de coordinar a los diferentes contratistas para los diversos lotes podría conllevar gravemente el riesgo de socavar la ejecución adecuada del contrato”.

Si bien es cierto que la decisión de dividir un contrato o no en lotes es una cuestión discrecional del órgano de contratación se encuentra sujeta a control, y en este control se debe partir de que el criterio general en la LCSP, como explica en su preámbulo, es “Como medidas más específicas, se ha introducido una nueva regulación de la división en lotes de los contratos (invirtiéndose la regla general que

se utilizaba hasta ahora, debiendo justificarse ahora en el expediente la no división del contrato en lotes, lo que facilitará el acceso a la contratación pública a un mayor número de empresas (...)”.

El artículo 99 precisa “2. *No podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.*

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 todo caso se considerarán motivos válidos, a efectos de justificar la no división en lotes del objeto del contrato, los siguientes:

a) *El hecho de que la división en lotes del objeto del contrato conlleve el riesgo de restringir injustificadamente la competencia. A los efectos de aplicar este criterio, el órgano de contratación deberá solicitar informe previo a la autoridad de defensa de la competencia correspondiente para que se pronuncie sobre la apreciación de dicha circunstancia.*

b) *El hecho de que, la realización independiente de las diversas prestaciones comprendidas en el objeto del contrato dificultara la correcta ejecución del mismo desde el punto de vista técnico; o bien que el riesgo para la correcta ejecución del contrato proceda de la naturaleza del objeto del mismo, al implicar la necesidad de coordinar la ejecución de las diferentes prestaciones, cuestión que podría verse imposibilitada por su división en lotes y ejecución por una pluralidad de contratistas diferentes. Ambos extremos deberán ser, en su caso, justificados debidamente en el expediente”.*

Como ya se ha puesto de manifiesto, la decisión de agrupar en un único contrato diferentes prestaciones con un sólo empresario deberá ser adoptada en su caso justificadamente por el órgano de contratación y establecerse así en los pliegos reguladores de la contratación, considerando, en su caso, no sólo razones de eficiencia que sean ciertas o estén comprobadas, sino también las circunstancias que concurran en las empresas de los sectores correspondientes a las actividades objeto del contrato, concretamente, las que afectan a la competencia y se refieren a sus posibilidades de prestar simultánea y eficazmente servicios de diferente naturaleza.

Obra en el expediente la correspondiente justificación de la no división en lotes en la que se recogen las razones alegadas por el órgano de contratación en su informe y los posibles ahorros en materia de personal que se producen. En los siguientes términos:

En la actual licitación ahora recurrida, encontramos en la memoria de necesidad de contratación la siguiente justificación sobre la conveniencia de no dividir el contrato en lotes:

3-JUSTIFICACION DE LA NO DIVISION EN LOTES

El objeto del Contrato de este expediente, es el suministro e instalación de UN SISTEMA DE CIRUGÍA ROBÓTICA asistida que estará compuesto por una consola de cirujano, un conjunto de brazos robóticos, una torre de visión, un simulador y una mesa quirúrgica integrada en el sistema para la realización de cirugías en las especialidades de cirugía general (color rectal, gastroesofágica, hepatobiliar, obesidad y pared abdominal), urológica (próstata, riñón y vejiga), ginecológica (oncológica y benigna), y de otorrinolaringología.

La definición del mismo se basa en la atención a las necesidades y funcionalidades concretas que se pretende satisfacer con la utilización de esta tecnología avanzada en el Hospital Universitario de Getafe.

Se emite el presente informe de acuerdo con lo exigido en el punto 3 del artículo 99 de la Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público. En esta licitación el poder adjudicador no divide en lotes, porque forma un conjunto las prestaciones indivisibles que integran el contrato y que pretende la consecución de una única finalidad: **la cirugía robótica mínimamente invasiva con integración de la mesa en el sistema, permitiendo un mejor resultado del acto quirúrgico, aminorando los tiempos e incrementando la seguridad del paciente.**

• 3.1. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

No es factible dividirlo en lotes, dado que se trata de una solución única e integrada, cuya configuración se permite al amparo del art. 99., en el que se indica: [...] 1) *“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. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten”*.

La desagregación del objeto del contrato, contraviene los principios de la buena administración, en lo que se refiere a la gestión de los recursos públicos que se recoge en La Constitución Española de 1978, que en su Artículo 31. Punto 2.

• 3.2. FUNDAMENTO DE LA NO DIVISIÓN EN LOTES

Las prestaciones señaladas en el apartado 2, como objeto del Contrato, se integran como ya hemos repetido en un único lote. La integración de todos los elementos en el objeto del contrato permite indudablemente optimizar los recursos y mejorar la eficacia, eficiencia y seguridad del acto quirúrgico. De este modo, el lote mencionado incluye necesariamente la consola para la visualización del campo operatorio y con los mandos para dar órdenes al conjunto de brazos robóticos, una torre de visión que permita el seguimiento de la cirugía por el resto del equipo, un simulador que facilite la formación y el entrenamiento de los profesionales y también una mesa quirúrgica integrada en el robot.

La mesa quirúrgica integrada en el robot, constituye sin lugar a duda una “unidad operativa o funcional”; es decir, son elementos inseparables para el logro de una misma finalidad e imprescindibles para el óptimo funcionamiento que actualmente se puede

conseguir. La mesa quirúrgica integrada en el robot permite al robot quirúrgico sincronizar los movimientos de los brazos del sistema con los movimientos de la mesa quirúrgica. En caso de ser necesario modificar el ángulo de inclinación del paciente con los brazos robóticos insertados, no sería necesario extraerlos al desplazarse simultáneamente con la mesa, disminuyendo los tiempos quirúrgicos y aumentando la seguridad del paciente; de otra forma, sería necesario interrumpir el acto quirúrgico, habría que desconectar los brazos del robot del paciente, retirarlo, mover al paciente y volver a conectar.

Esta integración de movimientos y posiciones va asociada a todas las especialidades quirúrgicas mencionadas y sucede durante distintas fases de un determinado procedimiento quirúrgico y forma parte de la praxis asistencial de acuerdo a la evidencia científica publicada en numerosas publicaciones en la literatura médica.

Así, por ejemplo, en urología, durante la extirpación de una neoplasia prostática, se requiere una posición de trendelenburg para desplazar las vísceras abdominales y permitir la visualización de la pelvis menor. En casos de obesidad o cirugía previa, el cirujano requiere una posición extrema, de más de 45º. Este desplazamiento acompañado de movimientos laterales o de decúbito para completar la resección óptima y segura de la neoplasia.

En cirugía general, la posición descrita debe utilizarse y combinarse con decúbitos para una resección o amputación rectal, o contrariamente, en posición de trendelenburg invertida cuando haya que realizar una disección del ángulo esplénico o hepático o realizar una esplenectomía simultánea.

La cirugía de obesidad o bariátrica es otra técnica que demuestra la necesidad de una integración coordinada y segura de los movimientos de los brazos robóticos con los movimientos de la mesa. Sería muy difícil y arriesgado realizar una reducción de estómago o una exposición del diafragma en un paciente con superobesidad mórbida sin desplazar todas las vísceras caudalmente.

Una mesa integrada es esencial para realizar una cirugía robótica a través de espacios reducidos como la cirugía transoral, la boca o el cuello. En esas localizaciones la cirugía robótica debe igualmente acompañarse de movimientos simultáneos, continuos y coordinados para exponer continuamente los distintos planos quirúrgicos.

La suma de todos los procedimientos mencionados supone más del 90% de los procedimientos robóticos a realizar en el hospital, bien por patologías neoplásicas o circunstancias clínicas muy desfavorables como la obesidad extrema.

En cuanto a las características de la mesa, se opta por la especificada en los pliegos con una integración informática segura, automática y continua con la consola para que el profesional pueda hacer posible, de forma eficaz, segura y eficiente, todas las maniobras que se han expuesto en los párrafos anteriores relativos a las diferentes especialidades y gestos quirúrgicos.

La licitación de la integración absoluta de todos los componentes, no soslaya la concurrencia, dado que no se exige una marca o tipo específico sino cualquier solución que permita atender las necesidades asistenciales de este centro hospitalario, mejorando la calidad del acto quirúrgico, su precisión, rapidez y seguridad, evitando

problemas de coordinación entre el robot y la mesa quirúrgica, mayor tardanza por la necesidad de interrupción para colocar el paciente. Reiteramos que esta integración permite su ejecución de una manera única y transversal en un solo acto, sin interrupciones.

La división en lotes del contrato supondría, la pérdida de la oportunidad que nos brinda esta solución integradora avalada por la evidencia científica, como hemos reiterado. De no licitar esta solución integral, supondría un encarecimiento económico innecesario y un perjuicio para el paciente, al no podernos beneficiar de las ventajas en cuanto a resultados y tiempos.

• 3.3.-CONCLUSION

A la vista de lo expuesto en los anteriores epígrafes y a juicio de quien suscribe este informe, en caso de la división en lotes, existe un riesgo para la correcta y eficiente ejecución del contrato procedente del concepto y obligación de la Administración que debe obtener con sus recursos limitados el mejor servicio al ciudadano.

Este Tribunal considera que si bien es cierto que nos encontramos ante un debate técnico en el cual este Tribunal no tiene competencia técnica para valorar la justificación de la no división en lotes, ésta ha quedado suficientemente motivada, pues todo parece indicar que de la propia naturaleza del suministro se precisa la integración de sus elementos para la consecución de los fines terapéuticos que se persiguen con la compra que nos ocupa, debiendo en este caso respetar el principio de discrecionalidad técnica de la administración y reduciendo nuestra valoración al aspecto formal de justificación motivada tal y como exige el art. 99.3 de la LCSP. Por todo ello se desestima este motivo de recurso.

Sexto.- No procede pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada por la recurrente al haber pasado directamente a resolver el 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de CMR Surgical Spain S.L., contra el anuncio de licitación y los pliegos de condiciones que regirán la adjudicación del contrato de Suministro e instalación de un sistema de cirugía robótica para el Hospital Universitario de Getafe número de expediente PACP20231-1-19.

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 automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

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.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

Por sustitución, conforme artículos 3.7 de la Ley 9/2010 y 19.4 LRJSP

LA VOCAL DEL TRIBUNAL

Firmado digitalmente por: GARCÍA SECADES SOFÍA
Fecha: 2023.05.22 09:03

La autenticidad de este documento se puede comprobar mediante el siguiente código seguro de verificación: