

RE 42/2023

Acuerdo 49/2023, de 25 de mayo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por la mercantil “CMR SURGICAL SPAIN, S.L.”, frente a la adjudicación del procedimiento de contratación denominado «Suministro de equipo de cirugía robótica con destino al Hospital Universitario Miguel Servet de Zaragoza», promovido por la Gerencia del Sector Sanitario Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.

Ponente: Paula Bardavío Domínguez

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 21 febrero de 2023, mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Sector Sanitario Zaragoza II, se resolvió la aprobación del inicio del procedimiento de contratación, los pliegos que rigen la licitación y el gasto derivado del mismo.

El procedimiento de contratación se ha tramitado mediante procedimiento negociado sin publicidad al amparo del artículo 168.a) 2º 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 (en adelante, LCSP).

Segundo.- El contrato objeto de recurso fue calificado como un contrato de suministros, con código 33100000 ('Equipamiento médico'), con un valor estimado de 1 980 000 euros, IVA excluido.

Tercero.- Con fecha 22 de febrero de 2023, se invitó a la mercantil "ABEX EXCELENCIA ROBÓTICA, S.L." a presentar oferta.

Cuarto.- Con fecha 23 de marzo de 2023 se adjudicó el contrato, a la citada mercantil, mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Sector Sanitario Zaragoza II. El anuncio de adjudicación fue publicado en la Plataforma de Contratos del Sector Público con fecha 24 de marzo siguiente.

Quinto.- El día 18 de abril de 2023 fue presentado –ante el órgano de contratación- por don M.M.C., en nombre y representación de la mercantil "CMR SURGICAL SPAIN, S.L.", recurso especial en materia de contratación frente a la adjudicación del contrato de referencia.

El recurso interpuesto, en síntesis, aduce vulneración del artículo 168 de la LCSP al entender que no concurre el supuesto legal invocado que permite utilizar el procedimiento negociado sin publicidad, por lo que interesa que con la estimación del recurso, se anule el expediente de contratación y la adjudicación a favor de "ABEX EXCELENCIA ROBÓTICA, S.L."

Sexto.- El día 19 de abril de 2023, el órgano de contratación dio traslado a este Tribunal del escrito de recurso recibido mediante correo electrónico. Posteriormente, los días 21 y 27 de abril siguientes remitió –respectivamente- el expediente e informe al que alude el artículo 56.2 de la LCSP.

Séptimo.- Una vez recibido el recurso, se constató en el mismo varios defectos relativos a la acreditación de don M.M.C. y en la de sus propios representados.

En consecuencia, el día 20 de abril de 2023, se solicitó a la recurrente la subsanación de estas deficiencias, otorgando un plazo de tres días hábiles para atender el requerimiento. El 26 de abril de 2023 tuvo entrada la documentación solicitada para la subsanación.

Octavo.- El día 28 de abril de 2023 se dio traslado del recurso a la mercantil interesada en el procedimiento –“ABEX EXCELENCIA ROBÓTICA, S.L.”- otorgándole un plazo de cinco días hábiles para que presentara las alegaciones que estimara oportunas, tal y como se prevé en el artículo 56.3 de la LCSP. No se han recibido alegaciones.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PREVIO.- Dado que con fecha 17 de mayo de 2023, entró en vigor la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón, es preciso en primer lugar, determinar el régimen jurídico aplicable a la licitación de referencia así como al presente recurso especial.

Así, debe atenderse al régimen transitorio establecido en su Disposición transitoria primera que dispone lo siguiente:

«Expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley. Los expedientes de contratación cuya convocatoria de licitación haya sido publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público antes de la entrada en vigor de esta ley se regirán por la normativa anterior en todas sus fases. En el caso de procedimientos con negociación sin publicidad, se tomará en cuenta la fecha de aprobación de los pliegos.»

Así, dado que en el presente caso los pliegos se aprobaron con fecha 21 febrero de 2023, tal y como se ha señalado en el Antecedente de hecho primero del presente Acuerdo, resulta de aplicación a la licitación, la LMMCSPA.

En cuanto al presente recurso especial, se registrá también por la citada ley hasta su resolución, dado que el acto impugnado se dictó con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de Uso Estratégico de la Contratación Pública de Aragón, de acuerdo con lo establecido en la Disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en defecto de previsión expresa en aquélla.

PRIMERO.- En cuanto a la legitimación de “CMR SURGICAL SPAIN, S.L.” para interponer el presente recurso especial, de la documentación obrante en el actuado se desprende por el objeto de su actividad social y sus pretensiones que tuvo interés en presentarse a la licitación, de manera que se reconoce legitimación y así lo viene declarando este Tribunal administrativo ya en su Acuerdo 8/2015, de 15 de enero, en el que se acoge el pronunciamiento del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC) en su Resolución 504/2014, de 4 de julio, donde en un supuesto idéntico, otorga legitimación a una empresa no licitadora para interponer recurso especial, dado que no pudo presentar su oferta al tratarse de un procedimiento negociado sin publicidad. El TACRC admite su legitimación para interponer recurso, en virtud de la siguiente argumentación: *«Con ello, podemos desestimar la alegación que se ha realizado por la adjudicataria del procedimiento, (...) que en sus alegaciones presentadas en este recurso, postula que el recurrente no está legitimado activamente para su interposición, fundándose para ello en que no resulta licitador en el contrato (...) toda vez que*

la entidad recurrente, desde un punto de vista formal y global, es competente para el desarrollo de servicios análogos del que es objeto del presente recurso, siendo una entidad que pertenece al mismo sector de la actividad que la recurrente y que, por todo ello ostenta un interés legítimo en el recurso y en la eventual anulación de la resolución impugnada».

Por tanto, se acredita en el expediente la legitimación de la recurrente para interponer el presente recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

También queda acreditado que el recurso se ha interpuesto frente a la adjudicación de un contrato de suministro, cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros, por lo que este Tribunal administrativo es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44.1.a) y 2.c) de la LCSP y 17.2.a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón (en adelante, LMMCSPA)–que ha de regir el presente recurso especial en virtud de la Disposición Transitoria Primera de Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón-.

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Resuelta la admisibilidad del recurso y descendiendo ya al fondo del asunto, lo que se plantea en el presente recurso es la nulidad de pleno Derecho del acto de adjudicación, como consecuencia de haberse tramitado la licitación por el procedimiento negociado sin publicidad, sin que a su juicio concorra ninguno de los supuestos que contempla el artículo 168 de la LCSP, para acudir al mismo.

El escrito de recurso argumenta la denuncia en los siguientes términos:

« Primero. – Del objeto del Recurso Especial: nulidad de pleno Derecho con efectos ex tunc del Acuerdo de Adjudicación del Contrato.

Como se desprende de lo anteriormente expuesto, el objeto del presente Recurso Especial es en última instancia, la indebida utilización del procedimiento negociado sin publicidad ex. artículo 168, apartado a) 2º, de la LCSP, para la adjudicación del Contrato, por razones de exclusividad técnica a favor de un único operador, según obra en la memoria justificativa del Contrato y sus correspondientes pliegos rectores.

A tal objeto, y como quiera que esta parte tuvo pleno conocimiento del contenido de dicha documentación del Contrato una vez publicado el Acuerdo de adjudicación y tras la puesta de manifiesto del expediente de licitación (documentación que sigue sin ser pública), es objeto de impugnación formal, el único acto administrativo que ha sido objeto de publicidad, este es, el Acuerdo de adjudicación del Contrato.

Así, defendemos la nulidad del Acuerdo de Adjudicación y con él, la de los actos preparativos, pliegos y demás actos del procedimiento de licitación que nos ocupa, al concurrir en este un vicio con efectos de nulidad ex tunc, incardinable en la causa prevista en el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (“LPACAP”), por ser actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Así las cosas, la causa de nulidad que aquí se alega se concreta en una irregular y fraudulenta elección de procedimiento negociado sin publicidad, en vulneración de lo dispuesto en la LCSP (con especial consideración al artículo 168.a.2º) y quebrantamiento de los principios básicos que rigen la contratación

pública de libre concurrencia y salvaguardia de la libre competencia (ex. Artículo 1 LCSP), (...)

Por otra parte, en conexión con la antedicha causa de nulidad, resulta asimismo procedente tomar en consideración como causa de nulidad radical del Acuerdo de adjudicación y demás trámites precedentes, la prevista en el apartado 47.1.a) LPACAP, es decir, por constituir actos que han lesionado derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional de la aquí recurrente.

Sentado lo anterior, entramos en el análisis de la actuación del Órgano de contratación respecto del Contrato de suministro de un equipo de cirugía robótica con destino al hospital Universitario Miguel Servet del Servicio Aragonés de Salud, cuya adjudicación se produce mediante un procedimiento negociado sin publicidad, amparado en el artículo 168.a.2ª de la LCSP, es decir, fundándose en el hecho de que, por razones técnicas, el Contrato sólo puede encomendarse a la empresa Abex Excelencia Robótica, S.L. distribuidora en exclusiva del equipo de cirugía robótica "Da Vinci", según se desprende de la memoria justificativa del Contrato.

A) De la utilización irregular y fraudulenta del procedimiento negociado sin publicidad. Infracción del artículo 168 de la LCSP.

Concluyendo, la adjudicación de un contrato público por los trámites del procedimiento negociado sin publicidad, al amparo del artículo 168.a.2º de la LCSP, fundamentado en la concurrencia de razones técnicas, como en el caso que nos ocupa, procede únicamente cuando es imposible promover la concurrencia porque objetivamente existe una única empresa o profesional que pueda encargarse de la ejecución del contrato, lo cual se tiene que justificar y acreditar por el órgano de contratación en el expediente, no siendo suficiente

una declaración responsable o certificada de la misma empresa interesada; en todo caso, como dice la doctrina, no concurrirá una razón técnica en este sentido, cuando existan alternativas razonables en el mercado, que no seleccionada a través de una adjudicación directa (puesto que ello equivaldría a cerrar el contrato a una única solución técnica), y la exclusividad fuera consecuencia de exigir unos requisitos técnicos artificiosos (que vayan más allá, sin razones, de la equivalencia funcional que pueda existir entre dos o más alternativas técnicas diferenciadas) que sólo se pueden cumplir por una empresa determinada.

Pues bien, trasladando todo lo anteriormente expuesto al caso, al entender de esta parte no concurren en el supuesto al que se refiere este recurso, los presupuestos legalmente exigibles para el empleo de un procedimiento negociado sin publicidad para licitar y adjudicar un contrato de suministro de un sistema de cirugía robótica.

Por otro lado, es menester indicar desde este momento que junto con el presente Recurso Especial se acompaña de Documento núm. 4 un Informe Técnico emitido por D^a Lourdes Cillero Jimenez, Socio Director de UNIQUE Arquitectura de la Salud, S.C.P, cuyo objeto ha sido, como trataremos más adelante, analizar los diferentes argumentos esgrimidos por el Órgano de contratación para justificar concurrencia de exclusividad técnica de la adjudicataria, lo que deriva a su vez en la adjudicación dirigida por los cauces del procedimiento negociado sin publicidad, y su suficiencia a los efectos pretendidos.

- a) Falta de acreditación y justificación suficiente de las razones de exclusividad técnica para acudir al procedimiento negociado sin publicidad.*

Con carácter inicial, el procedimiento de licitación seguido está viciado de nulidad radical por una notoria carencia de justificación adecuada y suficiente de la exclusividad técnica que fundamenta la elección del procedimiento negociado sin publicidad para licitar el Contrato, basado en la existencia de un solo operador económico que, razonablemente, pueda satisfacer el objeto del suministro.

En efecto, como hemos expresado supra, es consolidada la doctrina que exige al órgano de contratación la carga de acreditar en el seno del expediente de contratación que concurren las circunstancias habilitantes para el uso de un procedimiento de licitación, de uso sumamente excepcional por su carácter restrictivo de la libre competencia.

Para ello, los Tribunales y Juntas de Contratación han concretado que es en la Memoria justificativa que debe acompañar al expediente de contratación, donde deben constar las razones justificativas que habiliten al órgano de contratación para acudir al procedimiento negociado, si bien convenientemente acreditadas, no siendo suficiente a estos efectos la aportación de un certificado o declaración responsable emitido por la propia empresa adjudicataria (habiéndose exigido reiteradamente, tanto por las diferentes Juntas y Tribunales de Contratación -tanto autonómicos como estatales-, que la referida exclusividad técnica sea certificada por una entidad independiente al adjudicatario).

Así, y sin ánimo de ser reiterativos, el propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en la Resolución 504/2014 del, señala:

“Entendemos que respecto de esta memoria deben ser destacados algunos aspectos esenciales, así, de un lado, señala el informante o redactor de la memoria, la existencia del certificado en el que la empresa justifica que es la

única que puede desarrollar el objeto del contrato, al ser la entidad fabricante del mismo, certificado éste, el mencionado, respecto del cual, sin perjuicio de entenderlo como necesario, ya que si ni la propia empresa se responsabiliza o mejor, declara ser la única que puede realizar el contrato, mal se puede utilizar este procedimiento que parte de una especificidad técnica, debemos señalar, como decíamos, respecto de este certificado emitido por la propia empresa adjudicataria por especificidad , que no es, ni mucho menos suficiente a estos efectos, al ser necesario, esencialmente, un certificado emitido por un técnico propio. “(la negrita es nuestra)

En similar sentido, se pronuncia el Informe 2/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, al establecer que:

“De hecho, el órgano de contratación es quien debe asumir la carga de la prueba que concurren las circunstancias que habilitan la aplicación de este supuesto, no siendo suficiente, por su propia excepcionalidad, la incorporación en el expediente de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa que justifique que es el único que puede ejecutar la prestación objeto del contrato, sino que es necesario que el órgano de contratación mediante, en su caso, los servicios técnicos competentes, justifique y acredite la exclusividad.” (la negrilla es nuestra)

Y asimismo, el Informe 2/2020, de 23 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre la justificación de la exclusividad en un procedimiento negociado sin publicidad, con las siguientes contundentes conclusiones:

“1.-El procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad técnica, cuando no exista una alternativa o sustituto razonable de operador económico es una limitación a los principios de concurrencia y publicidad

2.-Al ser excepcional sólo puede ser utilizado de forma restrictiva y estar debidamente justificado y acreditado por parte del órgano de contratación la existencia de un único operador económico que pueda llevar a cabo la ejecución del contrato, no siendo suficiente una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa.” (la negrilla y el subrayado, son nuestros)

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, del Informe de necesidad del Contrato se desprende con meridiana claridad que no existe acreditación de la supuesta exclusividad técnica que ampara el procedimiento, más allá de la propia declaración que efectúa la empresa Abex Excelecia Robótica, S.L., principal interesada en el mismo. Así, en el referido Informe se indica en cuanto a la justificación del procedimiento de adjudicación elegido se refiere, lo que sigue:

“En la actualidad, y según hace constar la empresa distribuidora del equipo mediante informe de exclusividad que se incluye en el expediente, el único sistema robótico de cirugía, mínimamente invasiva, disponible en el mercado a fecha de la firma de la presente memoria, que se adapta a las necesidades clínicas que se demandan, es el sistema DA VINCI del fabricante Intuitive, ya que es el único fabricante de sistemas de cirugía robótica disponibles en el mercado que ofrece un conjunto de instrumentos de 8 mm totalmente articulados, energía avanzada articulada y grapado articulado para trabajar totalmente conectados a los brazos y en todas las especialidades requeridas.”

Pero es que, además, no basta con justificar la exclusividad del producto, sino también y especialmente, las características y requisitos técnicos, que según el

órgano de contratación resultan esenciales e indispensables para la finalidad perseguida. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, la necesidad de las especialidades quirúrgicas requeridas por los Pliegos, ni de las características técnicas que definen el sistema quirúrgico “Da Vinci” y que se incorporan a los Pliegos como requisitos técnicos que el robot laparoscópico requerido tiene que cumplir (y en base a los cuales, se justifica la pretendida exclusividad técnica de la adjudicataria por la vía directa) han sido objeto de una rigurosa justificación como requiere el considerando 50 del ya citado Reglamento 2014/24/UE, al objeto de justificar la exclusividad técnica como presupuesto habilitante de una adjudicación directa a través de un procedimiento negociado sin publicidad.

Efectivamente, en el informe justificativo del procedimiento elegido, más allá de la mera enumeración de los requisitos técnicos que debe tener el robot laparoscópico requerido (y que se corresponden con características técnicas, que no funcionalidades, que sólo cumple el robot Da Vinci), no se justifica las razones por las que se solicitan dichos requerimientos técnicos, ni las especialidades terapéuticas que se demandan.

En resumen, la correcta utilización del procedimiento negociado sin publicidad por razón de exclusividad tiene como núcleo central la carga probatoria de que, razonablemente, no haya un proveedor alternativo capaz de ejecutar la prestación requerida; sin embargo, resulta flagrante el incumplimiento en el que ha incurrido el Órgano de contratación a la hora de justificar la conveniencia de tramitar la adjudicación del Contrato de suministro de un equipo de cirugía robótica por los tramites del procedimiento negociado por razón de exclusividad técnica (justificada, única y exclusivamente, por un informe emitido por el propio exclusivista), y su conformidad a Derecho, lo que debe conllevar sin ulteriores consideraciones, la declaración de nulidad de este.

b) Existen en el mercado soluciones alternativas razonables.

Sin perjuicio de lo anterior, la utilización del procedimiento negociado sin publicidad en el suministro objeto del Contrato es improcedente toda vez que existen otras empresas, además de la adjudicataria, Abex Excelencia Robótica, S.L., con capacidad para proveer el suministro objeto del Contrato, con funcionalidades razonablemente equivalentes a la del robot Da Vinci, existiendo así, en el concreto mercado que nos ocupa, una competencia efectiva.

En efecto, en España operan actualmente tres empresas dedicadas a la fabricación y comercialización de equipos de cirugía robótica; ciertamente, cada uno de estos sistemas robóticos, presentan características y prestaciones propias y particulares, pero esencialmente equivalentes entre sí en cuanto a su funcionalidad objetiva, esto es, la práctica de la cirugía robótica mínimamente invasiva destinada a hospitales.

Concretamente, las empresas que ostentarían la condición de potenciales licitadores respecto de la contratación que ocupa, al dedicar su actividad económica al suministro de equipos de cirugía robótica, son:

- *ABEX EXCELENCIA ROBOTICA, S.L., que comercializa robots quirúrgicos bajo la marca comercial “Da Vinci”, que es la empresa invitada en el procedimiento negociado sin publicidad que nos ocupa.*
- *MEDTRONIC IBÉRICA, S.A.U, que comercializa robots quirúrgicos de la marca comercial “Hugo”, como se desprende de la información accesible en <https://www.medtronic.com/covidien/es-cl/robotic-assisted-surgery/hugo-ras-system.html>.*

- *CMR SURGICAL SPAIN, S.L.U., que, como se ha indicado anteriormente comercializa robots quirúrgicos de la marca comercial “Versius”.*

En relación, nos remitimos al contenido al apartado 1 (Introducción) del Informe técnico de parte que se acompaña, donde se explica en resumen el origen de la cirugía robótica laparoscópica en España, cuáles son los requisitos funcionales que le son propios, y la evidencia de que todos los equipos existentes en el mercado, aunque con diferente morfología y composición, tiene los mismos requisitos funcionales.

Como es de ver, es indubitado que el mercado objeto del Contrato, el del suministro de robots laparoscópicos para la práctica de cirugía mínimamente invasiva, se configura por tres operadores que ofrecen soluciones técnicas esencialmente equivalentes en cuanto a funcionalidades (más allá de las distintas soluciones técnicas que cada robot presente al objeto de llevar a cabo dichas funcionalidades), lo que nos lleva a descartar, o al menos, cuestionar con fundadas razones, la elección del Órgano de contratación de del procedimiento negociado sin publicidad por razones técnicas ex. artículo 168.a.2º LCSP, para adjudicar el Contrato.

Contrariamente, la existencia de una competencia efectiva en el ámbito de la comercialización de sistemas robóticos quirúrgicos, es elemento suficiente para la tramitación del expediente mediante un procedimiento abierto (con pluralidad de criterios cualitativos, si así se estima), que permita a los tres licitadores concurrir en el expediente de contratación, evitando restringir el concurso, y con ello, el quebrantamiento de los principios de concurrencia, libertad de acceso a las licitaciones, publicidad, igualdad de trato y no discriminación en los procedimientos para la contratación con el Sector Público.

c) Configuración conscientemente restrictiva de requisitos definidos en la justificación del procedimiento. De la posición de dominio en el mercado del sistema robótico “Da Vinci”.

Adicionalmente, el procedimiento de adjudicación del Contrato debe ser declarado nulo por contravenir los principios que emanan de los artículos 1, 99.1 y 145.5 de la LCSP, al haberse construido la justificación de dicho procedimiento, sobre la base de una predilección en términos subjetivos por el sistema robótico “Da Vinci”, frente a los otros sistemas robóticos existentes en el mercado, justificándose todo ello en la exigencia de unos requerimientos técnicos artificiosos con el objetivo de cerrar el Contrato a una solución única.

En primer lugar, resultan harto significativo en el presente motivo de impugnación, los términos con que el Órgano de contratación define el objeto del Contrato en el Informe de necesidad y memoria justificativa como “Un equipo de cirugía robótica DA VINCI Xi compuesto por una consola de cirujano, un carro de paciente con 4 brazos, una torre de visión, un simulador, un insuflador, un grabador de video y una mesa de operaciones integrada y coordinada en sus movimientos con el sistema robótico [...]”

Así, como se desprende del Informe técnico de parte que se acompaña, el Órgano de contratación no solicita únicamente un robot quirúrgico, sino el SISTEMA DE CIRUGÍA ROBÓTICA en su conjunto que actualmente presenta la empresa Abex Excelencia Robótica, S.L. al mercado, formado no solo por el robot “Da Vinci” en sí mismo, sino también por una mesa de operaciones, un insuflador y un grabador de video todo ello formando un único Lote, y ello, a pesar de que, como se indica en el Informe técnico de parte, el resto de configuraciones existentes en el mercado llevan a cabo la función de cirugía robótica aun presentando un diseño diferente.

Esta configuración consciente del objeto del Contrato nos lleva, de inicio, a las siguientes consideraciones. En primer lugar, que esta predilección es presente en la propia configuración del objeto de Contrato que, bajo la denominación de “equipo de cirugía robótica” se solicitan elementos independientes al robot “Da Vinci” cuya comercialización en exclusiva en España es de la mano de la adjudicataria, deberán ser suministrados a aquel, siempre y en todo caso, por los terceros fabricantes de dichos componentes: mesa de operaciones e insuflador (gracias a sus acuerdos de distribución), como mínimo, y en segundo lugar, aunque íntimamente relacionado, la infracción del principio de divisibilidad en Lotes ex. artículo 99.3 de la LCSP.

Por otro lado, las razones técnicas que se contemplan en la justificación, no todas ellas ni ciertas ni suficientes como veremos, que sirven al Órgano de contratación para abogar por un procedimiento negociado sin publicidad apuntando a la mercantil Abex Excelencia Robótica, S.L. y a su equipo robótico “Da Vinci”, en modo alguno responden a un criterio de necesidad pública a satisfacer.

Por el contrario, los términos de la supuesta exclusividad técnica se configuran como un artificio a medida para dirigir la compra del equipo robótico “Da Vinci” implantado en España desde hace más de 20 años y que aún hoy, ocupa una indiscutible situación de posición de dominio y monopolio en el mercado (más del 90% de los robots quirúrgicos instalados en España y Portugal son el equipo “Da Vinci”). Como muestra significativa de la situación que ocupa el equipo “Da Vinci” en el mercado y su extensa implementación a los hospitales públicos de España, se acompaña de Documento núm. 5 artículos periodísticos que recogen dicha realidad. Ello, en términos de Derecho de defensa de la competencia, evidencia una posición de dominio de la adjudicataria en el mercado relevante en España, posición que aún se “afianza” más, en

detrimento del resto de potenciales competidores, con los contratos adjudicados por la vía directa en circunstancias como las que aquí concurren.

Pues bien, a criterio de la aquí recurrente, esta cuestión debe abordarse a la luz de lo expuesto en el considerando 76 de la Directiva 2014/24 (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, cuyos principios dimanantes resultan extensibles en la configuración de cualquier expediente de contratación, con inclusión de los negociados sin publicidad. En el referido Considerando, se lee:

“Las especificaciones técnicas elaboradas por los compradores públicos tienen que permitir la apertura de la contratación pública a la competencia, así como la consecución de los objetivos de sostenibilidad. Para ello, tiene que ser posible presentar ofertas que reflejen la diversidad de las soluciones técnicas, las normas y las especificaciones técnicas existentes en el mercado, incluidas aquellas elaboradas sobre la base de criterios de rendimiento vinculados al ciclo de vida y a la sostenibilidad del proceso de producción de las obras, suministros y servicios. Por consiguiente, al redactar las especificaciones técnicas debe evitarse que estas limiten artificialmente la competencia mediante requisitos que favorezcan a un determinado operador económico, reproduciendo características clave de los suministros, servicios u obras que habitualmente ofrece dicho operador. Redactar las especificaciones técnicas en términos de requisitos de rendimiento y exigencias funcionales suele ser la mejor manera de alcanzar ese objetivo. Unos requisitos funcionales y relacionados con el rendimiento son también medios adecuados para favorecer la innovación en la contratación pública, que deben utilizarse del modo más amplio posible. [...]”

Entrando en detalle, y al objeto de acreditar el presente motivo de impugnación, de carácter eminentemente técnico, pasamos a analizar las razones técnicas

que el Órgano de Contratación se limita a enumerar lacónicamente en el Informe de justificación del procedimiento negociado sin publicidad del Contrato, sobre las que se pretende justificar la eventual exclusividad técnica de la adjudicataria (todo ello, como ya se ha dicho, a partir de un informe técnico elaborado por la propia adjudicataria), y ello, con base al análisis desarrollado en el Informe Técnico que se acompaña al presente Recurso Especial.

Así, siguiendo la literalidad del Informe de justificación del procedimiento, las razones de exclusividad del suministro del sistema “Da Vinci XI”, y que pasamos a rebatir por orden en los siguientes apartados, son principalmente las siguientes:

- a. “Es el único certificado por la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos (FDA) por todos los procedimientos de cirugía que se requieren llevar a cabo por el Servicio Aragonés de Salud.”*

[...]

El resto de sistemas de cirugía robótica sólo tienen certificación CE por Cirugía Ginecológica y Cirugía Urulológica, por lo que no cubren todas las especialidades y/o pacientes indicados anteriormente por el Servicio Aragonés de Salud como potenciales objetivos de dichos sistemas de cirugía robótica.

Pues bien, las primeras consideraciones que debemos efectuar al respecto son que dicha justificación no solo se plantea en términos triviales, sino también falsos.

Así, y a los efectos que aquí ocupan, es completamente irrelevante que el sistema Da Vinci, desarrollado por la empresa norteamericana Intuitive

Surgical, sea el único certificado precisamente, y como no puede ser de otro modo, por la Administración de Alimentos y Medicamentos de los Estados Unidos (FDA), más cuando dicha certificación no tiene efectos oficiales dentro de la Unión Europea que se rige por sus propias autorizaciones de comercialización, de acuerdo con el Reglamento (UE) 2017/745 del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de abril de 2017, sobre los productos sanitarios.

En segundo lugar, es rotundamente falso que el resto de los sistemas de cirugía robótica sólo tengan certificación CE por Cirugía Ginecológica y Cirugía Urológica, toda vez que, el robot de cirugía robótica que comercializa la aquí recurrente, denominado "Versius" dispone de certificación de conformidad CE para las especialidades de Cirugía Ginecológica, Cirugía Urológica además de Cirugía General y Torácica, siendo por lo tanto capaz de dar cobertura al 95% de los casos de cirugía que se plantean llevar a cabo (se adjuntan de Documento núm. 6, copia del Certificado CE nº 1434-MDD-276/2021 emitido ex. DIRECTIVA 93/42/EEC a favor de CMR respecto del sistema robótico quirúrgico y asociados esterilizados, para procedimientos quirúrgicos generales, urológicos, ginecológicos y torácicos.)

Por otra parte, si bien el único sistema robótico que actualmente cuenta con la certificación CE para procedimientos que cubran la especialidad de cirugía Otorrinolaringóloga es el robot "Da Vinci"; no obstante, la inclusión de dicha especialidad como requisito indispensable para fundar una adjudicación directa, es artificiosamente restrictiva de la libre competencia. En primer lugar, porque de las cinco especialidades que pretende cubrir el hospital mediante un equipo de cirugía robótica, la de Otorrinolaringología tiene un carácter muy residual, con solo el 5% de los casos que se pronostican. Así, según se indica en el Informe de necesidad, los casos por especialidades que se pretenden satisfacer mediante la contratación serían:

- *Urología: 250 casos anuales*
- *Cirugía General y Ap. Digestivo: 350 casos anuales.*
- *Ginecología: 250 casos anuales*
- *Cirugía torácica: 100 casos anuales*
- *Otorrinolaringología: 50 casos anuales.*

Y en segundo lugar, porque los sistemas de cirugía robótica que actualmente operan en el mercado, están sometidos por razones de competencia a constante evolución, siendo en el caso del sistema “Versius” una realidad inminente contar con conformidades CE para la práctica de otras especializaciones, como la Otorrinolaringología. Se acompaña de Documento núm. 7, carta emitida por el Director médico de CMR en la que se certifican los ensayos que al respecto se están llevando a cabo.

En este sentido, queremos significar que, la exigencia de que los robots de cirugía sean aptos para la práctica de cirugías de Otorrinolaringología, que sin duda alguna supone una mejora objetiva en un equipo de cirugía robótica, perfectamente valorable como un posible criterio de adjudicación, no debe configurarse como un requisito técnico, puesto que no responde a ninguna razón de necesidad lo suficientemente justificada, fundada y relevante, como para sacrificar el principio rector de libre concurrencia y apertura de la efectiva competencia de mercado en el ámbito de la contratación pública.

En definitiva, si el motivo último en el que se justifica la pretendida exclusividad técnica de Da Vinci / Abex, para cerrar el contrato a una solución única, se basa en el hecho de que es el único mecanismo que cuenta con el Mercado CE para otorrinolaringología (Versius dispone del mercado CE para el resto de especialidades terapéuticas exigidas por los Pliegos, estándose en fase en ensayos para obtener el correspondiente a la especialidad de otorrino), debería haberse justificado el órgano las razones por las que se exige como requisito

de clasificación (y no como un mero criterio de valoración, o una mejora, en un procedimiento abierto) el mercado CE en la especialidad de otorrino (que, según el propio órgano de contratación, es acreedora del 5% de las operaciones que deben ejecutarse por el Hospital Miguel Servet).

La referida motivación de la discrecionalidad técnica del órgano de contratación resulta indispensable para que esta pueda controlarse ex post por los Tribunales. En ausencia de tal justificación, debe entenderse infringido el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, máximo cuando ello sirve para eliminar la libre competencia en una licitación pública.

- b. “Es el único dispositivo que integra los brazos en una única columna, que tiene integración con una mesa quirúrgica, y que dispone del dispositivo endograpador compatible con los brazos robóticos.”*

En relación, y de acuerdo con el análisis efectuado en el Informe técnico de parte que se acompaña de Documento núm. 3, estos tres elementos son requisitos no funcionales que se consiguen con otras soluciones tecnológicas, y que no modifican la función intrínseca del robot.

Por otro lado, junto los específicos razonamientos destacados supra, el Órgano de contratación también esgrime la exclusividad del equipo “Da Vinci”, con base a una declaración unilateral de la propia empresa (en el informe elaborado por Abex que sirve, a su vez, de base para justificar la pretendida exclusividad técnica de la adjudicataria), respecto de las siguientes particularidades técnicas:

- c. único fabricante de sistemas de cirugía robótica disponibles en el mercado que ofrece un conjunto de instrumentos de 8 mm totalmente articulados,*

energía avanzada articulada y grapado articulado para trabajar totalmente conectados a los brazos.

- d. único sistema que proporciona visión 3D por inmersión y magnificada, imágenes por fluorescencia, posibilidad de mesa integrada con movimiento, sistema de aprendizaje con simulación, así como acceso robótica multipuesto con 4 brazos y acceso de puerto único.*
- e. Posibilidad de realizar procedimientos quirúrgicos mínimamente invasivos con hasta dos cirujanos al mismo tiempo usando un sistema de consola dual.*

Pues bien, sin perjuicio de remitirnos al contenido del Informe técnico de parte que se aporta de Documento núm. 3, tales características que se citan como de exclusivas son nuevamente requisitos no funcionales, cuya función básica que se persigue se consigue por los diferentes equipos robóticos existentes en el mercado, aunque la forma de conseguirla es diferente y se adapta en cada caso al diseño del equipo.

En atención, las razones técnicas aludidas por el Órgano de contratación son mayormente características no funcionales propias del sistema robótico “Da Vinci”, perfectamente reemplazables por otras soluciones técnicas equivalentes que ofrecen los otros sistemas robóticos, y/o características específicas técnicamente accesorias y no esenciales para la práctica de la cirugía robótica mínimamente invasiva que se pretende satisfacer con el objeto del Contrato.

Todo ello nos lleva a corroborar que, las supuestas razones esgrimidas por el Órgano de contratación no justifican una exclusividad técnica en el sentido restrictivo que debe imperar de conformidad con la norma y doctrina aplicable, sino que son artificiosas y una demostración de la predilección por el equipo de cirugía robótica que actualmente ostenta el monopolio en el mercado, este es el robot “Da Vinci”, eliminando de facto cualquier margen de competencia

efectiva. A lo sumo, dichas características técnicas propias del robot Da Vinci para lograr determinadas funcionalidades (que son alcanzadas por los otros proveedores que operan en el mercado relevante mediante soluciones técnicas alternativas), podrían haberse configurado como criterios de valoración, o mejoras, en un procedimiento abierto, pero nunca como un criterio de solvencia técnica o de clasificación que terminase cerrando el Contrato a una solución única.»

El órgano de contratación se opone al recurso interpuesto en los siguientes términos:

«En el punto 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas del procedimiento se indica, "Descripción del Equipo de Cirugía Robótica", se considera elemento esencial del contrato, la prestación de los servicios de instalación, formación y mantenimiento necesarios para la correcta implantación, funcionamiento y desarrollo de la cirugía robótica en, al menos, las siguientes áreas:

- *UROLOGÍA: Cánceres de próstata, vesical, renal, suprarrenal, urotelial de vía urinaria superior y retroperitoneal.*
- *CIRUGÍA GENERAL Y AP. DIGESTIVO: Cáncer de esófago, gástrico, colon, recto, páncreas, hepático, duodeno, suprarrenal. Patología herniaria compleja de hiato y diafragmática, acalasia, rectopexia, obesidad mórbida, patología compleja de eventración, patología biliar compleja.*
- *GINECOLOGÍA: Cáncer de cérvix, endometrio, sarcomas uterinos, ovario. Patología compleja como endometriosis, miomas muy grandes o muy cercanos a endometrio, así como hysterectomías con úteros de gran volumen inabordables por laparoscopia.*
- *CIRUGIA TORÁCICA: Cáncer de pulmón y tumores de mediastino (timomas, tumores neurogénicos). Miastenias graves (timectomía*

ampliada) y Cirugía del síndrome del desfiladero torácico.

- *OTORRINOLARINGOLOGÍA: Cáncer de orofaringe, laringe, hipofaringe, cáncer de amígdala lingual de origen primario desconocido. Síndrome de apnea del sueño.*

En el informe de necesidad, se hace una previsión de los casos por especialidades que se pretende satisfacer mediante la contratación:

- *Urología: 250 casos anuales*
- *Cirugía General y Ap. Digestivo: 350 casos anuales.*
- *Ginecología: 250 casos anuales.*
- *Cirugía Torácica: 100 casos anuales.*
- *Otorrinolaringología: 50 casos anuales.*

El objeto del recurso especial en materia de contratación, es la indebida utilización del procedimiento negociado sin publicidad ex. artículo 168, apartado a) 2º, de la LCSP, para la adjudicación del contrato, por razones de exclusividad técnica a favor de un único operador.

En la justificación del procedimiento de adjudicación elegido, se expresa que a fecha de firma del documento, "el único sistema robótico de cirugía, mínimamente invasiva, disponible en el mercado que se adapta a las necesidades clínicas que se demandan, es el sistema DA VINCI del fabricante Intuitive, ya que es el único fabricante de sistemas de cirugía robótica disponibles en el mercado que ofrece un conjunto de instrumentos de 8 mm totalmente articulado para trabajar totalmente conectados a los brazos y en todas las especialidades requeridas".

La recurrente refiere que el robot de cirugía robótica que ella comercializa,

denominado "Versius", dispone de certificación de conformidad CE para las especialidades de Cirugía Ginecológica, Cirugía Torácica además de Cirugía General y Torácica, siendo por lo tanto capaz de dar cobertura al 95% de los casos de cirugía que se plantean llevar a cabo. Continúa en su escrito la recurrente que el único sistema robótico que actualmente cuenta con la certificación CE para procedimientos que cubran la especialidad de cirugía otorrinolaringóloga es el robot "Da Vinci", por lo que afirmamos que los requisitos exigidos no son requisitos técnicos artificiosos y consideramos que el hecho de no contar con la posibilidad de realizar intervenciones quirúrgicas de otorrinolaringología, no es una alternativa razonable para el órgano de contratación.

Interesa traer a colación la Resolución nº 56/2016 del Tribunal Administrativo de contratos Públicos de Aragón, fundamenta que:

“Estas prescripciones técnicas incluyen aquellas instrucciones de orden técnico con arreglo a las cuales debe ejecutarse la prestación objeto del contrato, singularmente en el caso de los contratos de suministros como el que es objeto de recurso, se refieren a los requisitos exigidos por el órgano de contratación como definidores del producto objeto de la contratación, o de sus consumibles, y que por lo tanto implican los estándares mínimos que debe reunir dicho producto, así como de las prestaciones vinculadas al mismo. Estas prescripciones técnicas contenidas en los pliegos son las únicas a las que deben atenerse los poderes adjudicadores a la hora de adjudicar.

Ahora bien, el órgano de contratación, teniendo en cuenta estos parámetros interpretativos, goza de libertad para definir y determinar el objeto del contrato para satisfacer, del modo más eficaz y eficiente, las necesidades que se le planteen.”

En la misma fundamentación, con cita al Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución nº 62/2011, de 28 de septiembre, señala:

“De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23 de la LCSP, relativo a la necesidad e idoneidad del contrato, corresponde al órgano de contratación la definición de las necesidades a satisfacer y determinar las características de los productos a suministrar”

La Cartera de Servicios Sanitarios del Sistema de Salud de Aragón incorpora la cirugía robótica para varias especialidades, incluida la de otorrinolaringología, mediante Orden de la Consejera de Sanidad de 2 de marzo de 2023.

La Orden dispone lo siguiente:

“Incorporar la Cirugía robótica en las carteras de servicios de las Unidades de Urología, Cirugía General y Digestiva, Ginecología y Obstetricia, Cirugía Torácica y Otorrinolaringología de Hospital Universitario Miguel Servet, Hospital Clínico Universitario Lozano Blesa y Hospital Royo Villanova, estableciendo que la especificación de patologías concretas que se vayan incorporando, en función de la evolución de la curva de aprendizaje y de la evidencia científica, se realizará mediante acuerdo de la Comisión asesora para la implantación y seguimiento del Programa de Cirugía Robótica en Aragón (CIRA), que se creará a tal efecto.”

De manera que al menos el primer equipo de cirugía robótica que incorpore el Servicio Aragonés de Salud, debe disponer de la posibilidad de realizar intervenciones de todas las especialidades que se recogen en la cartera de servicios, entre las que se encuentra la otorrinolaringología. En un futuro en el

que se puedan incorporar más equipos es posible que se incorporen equipos que no cuenten con la posibilidad de realizar intervenciones quirúrgicas de otorrinolaringología, porque se realicen con otros equipos que sí dispongan de esta posibilidad, pero en estos momentos resulta necesario para cumplir con la Cartera de Servicios Sanitarios del Sistema de Salud de Aragón contar con un equipo de cirugía robótica que pueda realizar intervenciones de otorrinolaringología.

En este sentido el informe de necesidad realiza, más allá de lo necesario, un desglose de la previsión de intervenciones a realizar con el equipo, y a que especialidad corresponden, e incluye dentro de esas previsiones la de otorrinolaringología.

Por otro lado, en el hospital en el que se van a instalar existen programas de formación de médicos residentes de las referidas especialidades desde hace muchos años, que no podrían ser formados en cirugía robótica para especialidades, como la otorrinolaringología.

En definitiva, contar con un equipo de cirugía robótica que cuente con la posibilidad de realizar intervenciones de las especialidades que se recogen en la cartera de servicios, resulta necesario y en el momento de realizar la licitación, como reconoce el propio recurrente, el equipo de la mercantil ABEX es el único que cuenta con dicha posibilidad.

La recurrente considera que el procedimiento a utilizar habría debido ser el abierto, que le hubiera permitido licitar, pero en este supuesto señalar lo que se indica desde la Intervención General de la Comunidad Autónoma de Aragón informe de 21 de abril de 2023:

“..., el hecho de utilizar un procedimiento abierto sabiendo de antemano que

únicamente existe un proveedor por producto supone una tramitación engañosa para los proveedores, a la par que implica el uso de un conjunto de recursos públicos y una dilatación de los tiempos de contratación innecesarios en este caso. Recordemos que la actividad realizada en cualquier órgano público se ha de llevar a cabo mediante una gestión eficiente y eficaz, por lo que es una obligación para el órgano de contratación plantear el procedimiento que necesita menos recursos y el menor tiempo, sobre todo cuando la finalidad es llegar exactamente al mismo resultado.”

En definitiva acreditada que la Cartera de Servicios incluye la cirugía robótica de la especialidad de otorrinolaringología, que como reconoce la recurrente el equipo de la mercantil ABEX es la única que cumple con dicha posibilidad y que acudir a un procedimiento abierto habría ido contra una gestión eficaz y eficiente de los fondos públicos, se considera que la forma de tramitación y la redacción de los pliegos, al incluir la especialidad de otorrinolaringología resultan adecuados a las necesidades a cubrir para cumplir con las prestaciones que recoge la Cartera de Servicios.

El recurso hace referencia a la no división en lotes indicando lo siguiente:

“Así, como se desprende del Informe técnico de parte que se acompaña, el Órgano de contratación no solicita únicamente un robot quirúrgico, sino el SISTEMA DE CIRUGÍA ROBÓTICA en su conjunto que actualmente presenta la empresa Abex Excelencia Robótica, S.L. al mercado, formado no solo por el robot “Da Vinci” en sí mismo, sino también por una mesa de operaciones, un insuflador y un grabador de vídeo todo ello formando un único Lote, y ello, a pesar de que, como se indica en el Informe técnico de parte, el resto de configuraciones existentes en el mercado llevan a cabo la función de cirugía robótica aun presentando un diseño diferente.”

Por lo anterior considera que no se respeta la propensión natural para la lotificación que recoge el artículo 99.3 de la LCSP.

El artículo 99.3 indica también que:

“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”

El equipamiento objeto de suministro es el siguiente:

“Un equipo de cirugía robótica DA VINCI Xi, compuesto por una consola de cirujano, un carro de paciente con 4 brazos, una torre de visión, un simulador, un insuflador, un grabador de video y una mesa de operaciones integrada y coordinada en sus movimientos con el sistema robótico, a instalar en el Hospital Universitario “Miguel Servet”.

El contrato incluye la instalación completa y su puesta en marcha y formación necesaria para ello, y el mantenimiento durante el periodo de garantía del contrato, que incluirá el mantenimiento Integral de los equipos, las actualizaciones del sistema, el soporte técnico y clínico y cualquier otro servicio asociado con el soporte y mantenimiento de los productos, incluyendo los accesorios, repuestos y consumibles, con el detalle expresado en el Pliego de

Prescripciones Técnicas.”

Los informes técnicos justifican que cuestiones como el hecho de contar con una mesa integrada resultan necesarias, para responder a las necesidades de seguridad y confort mínimo para realizar las intervenciones. Uno de los objetivos de la cirugía robótica es que el cirujano gane en autonomía, disminuyendo su dependencia del ayudante. En este sentido apunta la mesa integrada con el resto del equipo y el instrumental adaptado.

La mesa integrada realiza movimientos solidarios de la misma con los brazos del sistema y por ende con el paciente, permitiendo mejores ángulos del instrumental en el campo quirúrgico y mejor posicionamiento de los órganos intra-abdominales, en determinados procedimientos, sin necesidad de reposicionar manualmente cada uno de los brazos por parte del ayudante. Esto redundaría en conceptos de seguridad y tiempo quirúrgico.

Optar por la lotificación como indica la recurrente supondría que, usar endograpadoras y endoselladoras de otra marca, estas deban ser manejadas por un ayudante y no por el cirujano, además de que supondría añadir otros costes, no permitiendo la adquisición unificada del equipo.

Por todas estas cuestiones el órgano de contratación, al amparo de lo indicado en el ya citado artículo 99.3 de la LCSP atendiendo a las dificultades técnicas y el incremento de costes que supondría la división en lotes, y la pérdida de seguridad y confort en la realización de las intervenciones ha optado por la no división en lotes.

Otra de las ventajas técnicas, recogidas en los pliegos técnicos, y que aporta el equipo “Da Vinci” es que es el único que incluye un sistema que proporciona

visión 3D por inmersión y magnificada, en cambio el equipo de la recurrente cuenta con un sistema de visión en pantalla y precisa de gafas específicas.

Es bien sabido que, no todos los cirujanos soportan la visión a través de las gafas 3D específicas, declarando mareos, de manera que resulta necesario que la adquisición del primer equipo lo sea de un equipo que permita el trabajo de todos los cirujanos. Otra cuestión es que cuando se incorporen más equipos, esta necesidad se relativice, y en este momento en ningún caso se trata de una cuestión accesoria.

El recurso aporta un informe técnico de la mercantil Unique. Custom-built health solutions, en el que se indica que la recurrente solamente ha instalado un equipo con su sistema “Versius” y este está instalado en el Centro de Cirugía de Mínima Invasión Jesús Usón (CCMIJU), que se define, en su propia página web de la siguiente manera:

“El Centro de Cirugía de Mínima Invasión Jesús Usón (CCMIJU) es una institución multidisciplinar dedicada a la investigación, formación e innovación en el ámbito sanitario. Posee una dilatada experiencia en investigación traslacional, en varios campos de especialización: Laparoscopia, Endoscopia, Microcirugía, Diagnóstico y Terapéutica Endoluminal, Anestesiología, Farmacología, Bioingeniería y Tecnologías Sanitarias, Terapia Celular y Reproducción Asistida.

Actúa como CRO (Contract Research Organization) especializada en ensayos preclínicos “in vivo” para la industria farmacéutica-biotecnológica y de dispositivos médicos.”

En definitiva, no se trata de un centro sanitario integrado en un servicio de salud, sino en un centro investigador, que no realiza actuaciones directas sobre

pacientes La distribución del resto de equipos de cirugía robótica, según el informe aportado por la recurrente es la siguiente:

	ABEX (da Vinci)	Medtronic (Hugo)	CMR Surgical (Versius)
Portugal	7	1	
Andalucía	15		
Aragón	1		
Islas Baleares	2		
Canarias	5		
Cantabria	2		
Castilla-La Mancha,	1		
Castilla y León,	7		
Cataluña	25	3	
Comunidad de Madrid	19	1	
Comunidad Foral de Navarra	1		
Comunidad Valenciana	4		
Extremadura	1		1
Galicia	10		
País Vasco	7		
Principado de Asturias	2		
Región de Murcia	4		
La Rioja	1		
Ceuta y Melilla			

Se advierte la preponderancia del equipo “Da Vinci”, lo cual resulta coherente con el hecho de que está acreditado para dar respuesta a un mayor número de especialidades, y será en el momento en el que más equipos se acrediten para más especialidades, o por contar con varios equipos no sea necesario que todos atiendan a todas las especialidades, cuando puedan incorporarse otros sistemas, pero en el momento presente el Servicio Aragonés de Salud, que no cuenta con ningún equipo precisa que el que se adquiriera dé servicio al mayor número de especialidades, motivo por el cual se ha tramitado un expediente mediante el procedimiento negociado sin publicidad.

En definitiva, el equipo “Da Vinci” que se pretende adquirir:

Permite, gracias a un sistema de visión inmersivo, que todos los cirujanos puedan utilizarlo sin mareos, y este es el motivo de que dicho sistema de visión se incluyera dentro de los pliegos de prescripciones técnicas

La adquisición unificada del equipo, mesa integrada, brazos, endograpadora....

de acuerdo con las prescripciones técnicas incluidas y la definición del objeto del contrato, garantizan un mejor resultado de las intervenciones, con un mayor confort y seguridad para el paciente y unas mejores soluciones para los cirujanos, además de un ahorro de costes, frente a una adquisición no integrada.

Definidas unas características técnicas, que se acredita que solamente cumple un proveedor y que resultan adecuadas con los objetivos a cubrir con la contratación, realizar la licitación mediante un procedimiento negociado sin publicidad es lo que mejor garantiza la eficacia y la eficiencia de la actuación del órgano de contratación.

El Sistema robótico Da Vinci es el único que cuenta, con las conformidades CE para la práctica de algunas especialidades, como la Otorrinolaringología, que está incluida en la Cartera de Servicios Sanitarios del sistema de Salud de Aragón como especialidad incluida dentro del programa de cirugía robótica, lo que justifica que las especificaciones técnicas de los pliegos de contratación incorporen esta circunstancia y se utilice el procedimiento negociado sin publicidad por haber un único sistema robótico que cumpla con esas especificaciones.»

Así las cosas, el expediente contractual se tramita mediante procedimiento negociado sin publicidad y se adjudica a “ABEX EXCELENCIA ROBÓTICA, S.L.”, y por un importe de 1.980.000 euros, IVA excluido, mediante Resolución de la Gerencia del Sector Zaragoza II, objetándose en el presente recurso, la improcedencia de la invocación del supuesto que contempla el artículo 168.a) 2º de la LCSP, que posibilita acudir al procedimiento negociado sin publicidad y que señala lo siguiente:

«Los órganos de contratación podrán adjudicar contratos utilizando el procedimiento negociado sin la previa publicación de un anuncio de licitación únicamente en los siguientes casos:

a) En los contratos de obras, suministros, servicios, concesión de obras y concesión de servicios, en los casos en que:

2.º Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte única no integrante del Patrimonio Histórico español o actuación artística única; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.»

Sobre el supuesto aludido que permite acudir a este procedimiento negociado sin publicidad, en nuestro Acuerdo 48/2019, de 12 de abril ya se analizó, y al respecto señalamos lo siguiente:

«Este supuesto concreto de procedimiento negociado -que ya se contemplaba en la derogada Directiva 2004/18/CE- se regula de forma más detallada y precisa en el artículo 32.2.b) de la actual Directiva 2014/24/UE, precepto que lo describe del modo del siguiente: «(...) cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto por alguna de las siguientes razones:

- i) que el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única,*
- ii) que no exista competencia por razones técnicas,*
- iii) que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de*

propiedad intelectual o industrial.

Las excepciones mencionadas en los incisos ii) y iii) solo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación”». Y de ahí la regulación que actualmente se contempla en la LCSP.

En cuanto a la aplicabilidad del procedimiento negociado sin publicidad a un único empresario, por razones técnicas, procede traer a colación la doctrina que a este respecto se indica en la Resolución 574/2018, de 12 de junio del TACRC y en la que se señala:

«La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 35/2015, de 13 de julio de 2017 estudia la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por razones técnicas, artísticas o para la protección de derechos exclusivos en los contratos sujetos al TRLCSP y que resultan trasladables a la LCSPSYD, así:

“3. La resolución de la consulta planteada nos exige partir de la interpretación que a este recurso del procedimiento negociado se ha dado en el ámbito del derecho comunitario, de capital influencia, como es conocido, en la contratación pública interna. Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de septiembre de 2004, en el asunto Comisión/Italia, C- 385/02 nos dice lo siguiente: “el artículo 7, apartado 3, letra b), de la Directiva autoriza el recurso al procedimiento negociado, sin publicación previa de un anuncio de licitación, para las obras cuya ejecución, por razones técnicas, sólo puede encomendarse a un empresario determinado. Las disposiciones del artículo 7, apartado 3, de la Directiva que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los

derechos reconocidos por el Tratado CE en el sector de los contratos públicos de obras, deben ser objeto de una interpretación estricta, y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (véanse, en este sentido, las sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. p. I-1249, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C318/94, Rec. p. I-1949, apartado 13). De ello se desprende que las autoridades italianas deben probar que existían razones técnicas que hacían necesaria la adjudicación de los contratos públicos controvertidos al empresario encargado del contrato inicial”.

Se hace menester en estos casos recordar que la utilización del procedimiento negociado por razones técnicas se configura como una excepción a la regla general de concurrencia y que su aplicación, precisamente por ello, está condicionada a la presencia de una serie de condiciones previamente definidas por el legislador. Restringe también este instrumento la aplicación de la regla establecida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público relativa a la necesidad de solicitar, al menos, tres ofertas de empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que eso sea posible. E incluso, cuando se acude al procedimiento negociado sin publicidad, puede afectar también a este principio de publicidad. Por eso, como señala la sentencia transcrita, la interpretación de estos supuestos debe ser estricta, con el fin de atenuar los efectos desfavorables para la concurrencia y, por otro lado, debe ser objeto de la pertinente prueba por parte del órgano de contratación. Así lo manifiesta, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de marzo de 2016, en la que se alude a la idea del carácter excepcional y tasado del procedimiento negociado sin publicidad, lo que exige que su utilización se funde en la concurrencia y acreditación clara e irrefutable de que acontece algún supuesto de hecho de exclusividad o de razones

impeditivas de la concurrencia que lleven a aplicar la excepción de licitación abierta o restringida.

4. Por lo que hace al específico supuesto de la letra d) del artículo 170, esta causa de aplicación del procedimiento negociado tiene su origen en el derecho comunitario y se manifiesta hoy en el artículo 32.2 b) de la Directiva 2014/24/UE que alude al supuesto de que los suministros o los servicios solo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto porque no exista competencia por razones técnicas. De acuerdo con la jurisprudencia europea (por ejemplo, en la sentencia antes citada) este supuesto está subordinado a la concurrencia de dos requisitos cuales serían: que existan razones técnicas que lo justifiquen y que estas razones hagan absolutamente necesaria la adjudicación del contrato a una empresa determinada. En nuestro informe 11/2004, de 7 de junio, indicamos que la ley no se refiere a la mera conveniencia u oportunidad de adjudicar el contrato directamente a un empresario. Por el contrario, este recurso sólo cabe cuando la ejecución del contrato sólo se pueda encomendar a un único empresario. En nuestro informe 52/2006, de 11 de diciembre, declaramos que lo decisivo en este tipo de casos es que exista un único empresario a quien pueda encomendarse la ejecución del contrato, de modo que la especificidad técnica debe configurarse en estos casos como un motivo indirecto y remoto. En resumen, lo más importante para poder aplicar el procedimiento negociado por la causa del artículo 170 d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público es que exista una única empresa capacitada para ejecutar el contrato, no existiendo concurrencia efectiva en este supuesto.

5. En la medida en que la concurrencia es uno de los principios esenciales de la contratación pública, el órgano de contratación asumirá la carga de probar que procede la aplicación de este supuesto. En este mismo sentido se

pronuncia el Tribunal de Cuentas en su informe 1066, de 20 de diciembre de 2014. La doctrina manifiesta reiteradamente que no puede considerarse suficiente la existencia de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa, sino que es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite la exclusividad por razones técnicas. Tal acreditación puede realizarse mediante un informe técnico en el que se ofrezcan argumentos suficientes como para considerar motivada la concurrencia de una sola empresa (vid. Nuestro informe nº 23/10, de 24 de noviembre de 2010 y los informes de 30 de marzo y 7 de junio de 2004 y de 30 de octubre de 2006, emitidos en los expedientes 57/03, 11/04 y 35/06). El propio Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 504/2014 va más lejos aún y señala que “La posibilidad de emplear el procedimiento negociado por razones de exclusividad técnica, en los supuesto de mantenimiento de bienes de alta especialización adjudicados a las entidades fabricantes, conlleva la necesidad de incorporar un certificado, emitido por un técnico independiente, por el que se acredite que es la única entidad que puede realizar el objeto del contrato.” En esta misma línea se manifiesta nuestro informe 2/2013, de 25 de julio de 2014, relativo a los contratos de defensa jurídica y judicial. En él expusimos que el hecho de haber llevado pleitos anteriormente o de tener un conocimiento específico de una materia concreta no es causa justificativa para el empleo del procedimiento negociado por razones técnicas, dado que no conlleva la exclusividad en este tipo de actividad. Recordamos entonces nuevamente que el uso del procedimiento negociado es verdaderamente excepcional dentro de nuestra legislación de contratos, por lo que debe ser estudiado con gran rigurosidad y que el órgano de contratación debe responsabilizarse de la elección del procedimiento negociado para garantizar que tenga un adecuado encaje en el caso concreto. Por último, podemos citar nuestro informe 52/06, de 11 de diciembre, en el que descartamos la posibilidad de acudir al procedimiento

negociado sin publicidad por esta misma causa cuando los servicios técnicos del órgano de contratación aconsejaron solicitar oferta a un único empresario porque lo contrario entrañaría “distorsiones evidentes”.

...

Frente a esta manera de proceder, resulta exigible del órgano de contratación una actuación de comprobación real del mercado que asegure que no existen otras empresas suministradoras que tengan capacidad para prestar el suministro y en consecuencia garantice que sólo existe una empresa que pueda satisfacer la necesidad planteada por el órgano de contratación».

También procede traer a colación en el presente caso la Resolución 195/2017, de 2 de octubre del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (en adelante, TARCJA), en la que se cita el Informe 2/2016, de 6 de abril de 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en los siguientes términos: «En definitiva, la adjudicación de un contrato al amparo del artículo 170 d del TRLCSP, fundamentado en la concurrencia de razones artísticas o técnicas, procede cuando es imposible promover la concurrencia porque objetivamente existe una única empresa o profesional que pueda encargarse de la ejecución del contrato, lo cual se tiene que justificar y acreditar por el órgano de contratación en el expediente. En todo caso, no concurrirá una razón técnica en el sentido de este precepto cuando existan alternativas razonables en el mercado y la exclusividad fuera consecuencia de exigir unos requisitos técnicos que ya se conoce que solo se pueden cumplir por una empresa determinada.».

Además la mencionada Resolución refiere también la Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en la que se señala que: «La utilización del

supuesto regulado en el artículo 170 d) TRLCSP, exige la constatación y acreditación clara e irrefutable, de que concurre una situación de exclusividad – como señala la Resolución 326/2015, de 15 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía–. Exclusividad que, como precisa la Directiva 2014/24/UE en su considerando 50, debe de ser una exclusividad objetiva, que no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación».

Así, continúa señalando el TARCJA: «En definitiva, pues, para acudir al supuesto legal de procedimiento negociado previsto en el artículo 170 d) del TRLCSP, (actual 168.a) 2º de la LCSP), es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite que es imposible promover la concurrencia porque objetivamente solo existe una empresa que pueda encargarse de la ejecución del contrato, no concurriendo una razón técnica determinante de la exclusividad cuando, además de existir alternativas razonables en el mercado, la exclusividad fuera consecuencia de una restricción artificial de los parámetros de la contratación al exigirse en los pliegos unos requisitos técnicos que solo puede cumplir una empresa determinada.»

Expuestos los términos del debate y la doctrina recién transcrita, a la vista de las razones expuestas y que el órgano de contratación hace valer en cuanto a que resulta de aplicación el supuesto contemplado en el artículo 168.a) 2º de la LCSP, y a pesar de que nos encontramos fundamentalmente ante un debate técnico en el cual este Tribunal no tiene competencia de ese tipo para pronunciarse, lo cierto es que la propia recurrente reconoce en su escrito de recurso, que el equipo quirúrgico robótico suministrado por la adjudicataria es el único del mercado que cuenta con la necesaria autorización oficial para intervenir en una de las especialidades para las cuales se pretende utilizar el

robot (otorrinolaringología), de acuerdo al listado de especialidades referido al definir las prescripciones técnicas.

Lo que unido a que mediante la licitación impugnada solo se va a adquirir una única unidad del equipo de cirugía robótica en cuestión y que es la primera vez que se va a disponer de este equipo en el sistema de salud aragonés, tal y como se explica en el cumplido informe del órgano de contratación al que nos remitimos en cuanto a los argumentos ofrecidos, puede concluirse que está justificado de forma suficiente que se trata de un equipo que se suministra en exclusiva por una sola empresa –la adjudicataria- y que en la definición de las prescripciones técnicas del equipo, no ha habido una restricción artificial de las mismas con la intención de que solo una empresa pueda cumplirlo.

Y tampoco puede prosperar la alegación relativa a la falta de división en lotes del objeto del contrato, pues también en este aspecto el órgano de contratación en su informe da sobradas explicaciones, invocando el artículo 99.3.b) de la LCSP-*«(e)I 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»-*, al relatar que el equipo quirúrgico robótico forma parte de un todo y que el resto de elementos que han sido definidos como parte del contrato, son necesarios para llevar a cabo las cirugías de la manera más correcta, eficaz y eficiente y han de proceder necesariamente del mismo suministrador, para un funcionamiento más adecuado incluso que algunas de las piezas, como el sistema de visión en 3D, solo lo desarrolla dicha empresa, de manera que estamos ante la adquisición de un sistema completo de cirugía robótica que forma un todo inseparable y que así definido responde a las necesidades que se pretenden cubrir con el contrato.

Frente a ello, la recurrente se apoya en el informe técnico que acompaña a su escrito de recurso, en el que se señala lo siguiente:

*«Los 3 últimos elementos citados (carro único, mesa integrada y endograpadora) se consideran **requisitos no funcionales**, ya que el objetivo funcional del robot (mayor profundidad en la visión y reducción del temblor) se consigue también con varios carros (uno para cada brazo), y con una mesa quirúrgica similar a las existentes en otros quirófanos sin necesidad de que sus movimientos estén integrados en la consola. En lo que se refiere a la endograpadora, este instrumento no se utiliza en el 100% de los procedimientos ni en el 100% de las especialidades enumeradas y el grapado articulado puede realizarse con instrumental de laparoscopia convencional por parte de profesionales presentes en la sala.»*

A juicio de este Tribunal, de dicho informe técnico de parte se puede deducir que con los «requisitos no funcionales» exigidos por el órgano de contratación se va a obtener una mejor y más correcta ejecución del contrato así que como solamente la adjudicataria los puede suministrar, lo que justifica no solo la falta de división en lotes sino también la exclusividad del producto a suministrar.

A todo ello cabe añadir que tal y como señalamos en nuestro Acuerdo 1/2022, de 11 de enero, *«(l)a doctrina de los diferentes órganos de resolución de recursos contractuales considera que la decisión de dividir en lotes un contrato, y en su caso, la forma en que éstos se constituyan, forma parte del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación, de acuerdo con las necesidades a satisfacerse. De tal manera que es una decisión sujeta también a la doctrina de la discrecionalidad técnica, por lo que este Tribunal debe limitarse a comprobar si la justificación aportada por el órgano de contratación para no dividir en lotes su contrato es razonable y no arbitraria.»*

Y finalmente, que es precisamente al órgano de contratación y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden satisfacerse mediante el contrato en cuestión, así como la idoneidad de su objeto y el modo para lograrlo (artículo 22.1 de la LCSP).

Y en el caso que nos ocupa, dicho órgano, además de la justificación obrante en el expediente administrativo, expresamente en el informe emitido con ocasión del presente recurso indica que son éstas, precisamente, las funcionalidades y exigencias técnicas que pretende hacer cumplir.

Así, no se puede concluir que con la definición que se ha hecho del objeto de la prestación y sus características, así como la calificación de exclusividad, el principio de igualdad ni el de concurrencia han sido conculcados, al considerar justificada la existencia del supuesto previsto en el artículo 168.a) 2º de la LCSP, que permite acudir al procedimiento negociado sin publicidad. Consecuencia de lo anterior debe ser la desestimación del presente recurso.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la LMMCSPA, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Desestimar el recurso especial interpuesto por la mercantil “CMR SURGICAL SPAIN, S.L.”, frente a la adjudicación del procedimiento de contratación denominado «Suministro de equipo de cirugía robótica con destino

al Hospital Universitario Miguel Servet de Zaragoza», promovido por la Gerencia del Sector Sanitario Zaragoza II del Servicio Aragonés de Salud.

SEGUNDO.- Levantar la suspensión automática derivada del artículo 53 de la LCSP.

TERCERO. Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.