

Recurso 110/2015.

Resolución 326/2015.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 15 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INSTITUTO GRIFOLS, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen la licitación del contrato denominado “Suministro de medicamentos exclusivos para los centros de la Plataforma Logística Sanitaria de Huelva, respecto de los **Lotes 1, 2, 3, 12 y 13**” (Expte. 163/2015), convocado por la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Mediante resolución del Director Gerente del Complejo Hospitalario Universitario de Huelva, de 4 de marzo de 2015, se autorizó el inicio del expediente para la contratación del suministro citado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, el 28 de abril de 2015, el citado Director Gerente dictó resolución acordando la aprobación del expediente de contratación, así como la apertura del procedimiento de adjudicación mediante procedimiento negociado sin publicidad.



El valor estimado del contrato, según el apartado 9.2.1 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares, ascendía a 25.378.674,86 euros.

Conforme a la previsión establecida en la disposición adicional séptima de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, el 15 de mayo de 2015, se publicó en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución.

SEGUNDO. El 2 de junio de 2015, tuvo entrada en el Registro Auxiliar de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la entidad INSTITUTO GRIFOLS, S.A. contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen la licitación del contrato de suministro citada en el encabezamiento de esta resolución.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal, de fecha 2 de junio de 2015, se requirió al órgano de contratación el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión instada por la entidad recurrente y el listado de licitadores con los datos necesarios a efecto de notificaciones. La documentación requerida tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 9 de junio de 2015.

CUARTO. El 15 de junio de 2015, este Tribunal dictó Resolución acordando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

QUINTO. Por la Secretaría del Tribunal, el 15 de junio de 2015, se concedió un plazo de 5 días a los licitadores para que presentaran alegaciones. En el plazo concedido para ello ha presentado alegaciones la entidad BAXALTA SPAIN, S.L., respecto de los Lotes 1, 2 y 3.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Por su parte, el artículo 31, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de aplicación al caso en virtud del apartado primero de la disposición final tercera del TRLCSP, señala que:

“1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

(...)

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.



Sobre la legitimación para recurrir de terceros no licitadores, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (220/2015, de 10 de junio, entre las más recientes), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el supuesto examinado, los motivos esgrimidos por la recurrente ponen de manifiesto que el pliego impugnado **impide sus posibilidades** de acceder a la licitación. Por tanto, queda acreditada la legitimación de aquel para recurrir, pese a no haber concurrido a la licitación, pues precisamente las bases de ésta le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que la recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación de la recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.



El contrato objeto de licitación es un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada, convocado por un órgano de la Administración Pública, siendo su valor estimado de 25.378.674,86 euros, y el objeto del recurso es la impugnación de los pliegos y demás documentación contractual que rigen la licitación del contrato, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 del TRLCSP, en su primer párrafo, dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el presente caso, el anuncio de la licitación se publicó, el 15 de mayo de 2015, en el perfil de contratante en donde, asimismo, se publicaba la información y documentación necesaria para presentar oferta a la licitación, incluida por tanto los pliegos, por lo que el plazo para interponer el recurso especial en materia de contratación se ha de computar a partir de ese día, que es cuando se completa la publicidad de la licitación en los términos exigidos por el TRLCSP y se ponen los pliegos a disposición de los licitadores en los términos indicados en el artículo 44.2.a) del TRLCSP. Al haberse presentado el escrito de interposición del recurso el 2 de junio de 2015, en el Registro de este Tribunal, éste se interpuso dentro del plazo legal indicado.



QUINTO. Una vez analizado el cumplimiento de los requisitos previos de admisión del recurso, procede el estudio de los motivos en que el mismo se sustenta, que serán analizados a lo largo de esta resolución.

El recurrente describe en su recurso que, según el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el procedimiento de contratación es el negociado sin publicidad por cumplir el contrato lo estipulado en el artículo 170.d) del TRLCSP, el cual establece que los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado sin publicidad, entre otros casos: “cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, el contrato solo puede encomendarse a un empresario determinado”.

La recurrente centra su recurso en que considera que los lotes 1, 2, 3, 12 y 13, correspondientes a la Inmunoglobulina G Humana no cumplen los referidos criterios de exclusividad por existir diversas empresas autorizadas por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS) para la comercialización de medicamentos derivados de dicho principio activo.

Manifiesta la recurrente que los pliegos asignan el suministro del mismo principio activo, Inmunoglobulina G Humana, a dos medicamentos con distinto nombre comercial y fabricados por empresas distintas, esto es los lotes 1, 2 y 3 se asignan al medicamento con nombre comercial Kiovig y los lotes 12 y 13 al medicamento con nombre comercial Intratect.

Este hecho, sigue manifestando la recurrente, pone de manifiesto el carácter no exclusivo de dicho principio activo, ya que, en los propios pliegos, se asigna el suministro del mismo principio activo a dos medicamentos con nombre comercial y fabricantes distintos, lo que lleva a determinar que la AEMPS no ha autorizado dicho medicamento de forma exclusiva a una empresa, sino que existen numerosas empresas autorizadas para la comercialización de dicho principio activo.



Manifiesta la recurrente que ella misma es una de las empresas debidamente autorizadas por la citada AEMPS para la comercialización de medicamentos derivados de dicho principio activo, bajo el nombre comercial de Flebogamma DIF y Plangamma, hecho que evidencia, por tanto, el carácter no exclusivo del mismo.

Asimismo, alega la recurrente que el carácter de exclusivo de un medicamento no viene determinado por su presentación, forma farmacéutica vía de administración o capacidad, sino que el criterio de exclusividad de un medicamento viene marcado por el principio activo de los mismos.

Como argumentos adicionales, alega la recurrente que el pliego de prescripciones técnicas establece que las características técnicas generales de los artículos objeto del expediente de contratación deben venir definidos por el Código Genérico de Centro, y las características específicas de los medicamentos objeto de contratación vendrán definidos por su correspondiente código nacional.

Pues bien, sigue manifestando la recurrente, el Código Genérico de Centro asignado al principio activo que nos ocupa, Inmunoglobulina G Humana, incluye distintos tipos de productos con diferentes nombres comerciales, por lo que, una vez más, se pone de manifiesto el carácter no exclusivo del mismo. Asimismo, alega la recurrente, el código nacional tampoco define el carácter exclusivo de los medicamentos ya que dicho código únicamente se asigna a aquellos productos que cumplen los requisitos técnico-sanitarios establecidos en las normas de aplicación para la puesta en el mercado de los productos.

Por todo lo anterior, concluye la recurrente, se solicita la anulación del pliego de cláusulas administrativas particulares y del de prescripciones técnicas.

Por su parte, el órgano de contratación en su informe alega que en la actualidad los Servicios de Farmacia Hospitalaria reciben prescripciones de las marcas



afectadas de Inmunoglobulina G Humana para pacientes tratados, con indicación de “no sustituir medicamento prescrito”. Por ello, sigue alegando el órgano de contratación, a fin de garantizar ese suministro es por lo que se acuerda incluir en el objeto del contrato los medicamentos Kiovig (lotes 1, 2 y 3) e Intratect (lotes 12 y 13).

Por su parte, la empresa BAXALTA SPAIN, S.L., como entidad interesada, alega que la dicción que elabora la recurrente en torno a lo que debe entenderse por medicamento exclusivo resulta falaz toda vez que no se menciona por el órgano de contratación que se trate de una exclusividad de carácter comercial. Es notorio, alega la entidad interesada, que el órgano de contratación lo que pretende es dar cobertura a una necesidad sanitaria en relación a las características de unos pacientes determinados. Entiende la entidad interesada que el órgano de contratación con la configuración de esos lotes (1, 2 y 3) responde a los niveles de calidad, seguridad y eficacia que el medicamento logra en relación a aquellos medicamentos que tienen indicaciones terapéuticas similares o iguales.

SEXTO. Vista las alegaciones de las partes procede analizar el fondo del asunto, esto es si en la configuración de los lotes objeto del recurso (1, 2, 3, 12 y 13), el procedimiento de adjudicación mediante negociado sin publicidad, ex artículo 170.d) del TRLCSP, se ha realizado conforme a derecho.

Al respecto, en la memoria justificativa de 4 de marzo de 2015 que consta en el expediente al que ha tenido acceso este Tribunal consta que *“el procedimiento de adjudicación se justifica mediante procedimiento negociado, por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva, contemplada en el artículo 170.d) del TRLCSP, quedando debidamente justificado en el expediente mediante certificados de exclusividad, presentados por cada laboratorio para sus respectivos suministros de medicamentos por principios activos, objeto de la contratación. Se acreditan igualmente los mencionados derechos de exclusiva de las empresas convocadas, mediante informes técnicos*



emitidos por la Dirección de la Unidad de Gestión Clínica de Farmacia, en los cuales se comprueban los certificados presentados por los laboratorios farmacéuticos, en relación a la vigencia de los derechos acreditados durante el plazo de ejecución del contrato”.

En los citados informes técnicos emitidos por la Dirección de la Unidad de Gestión Clínica de Farmacia, en concreto en el relacionado con los lotes 1, 2 y 3 se certifica “*Que según resulta de la consulta efectuada en la base de datos del Catálogo de Especialidades Farmacéuticas del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, base de datos del medicamento (actualización septiembre de 2014), la empresa BAXALTA SPAIN, S.L., es la única autorizada actualmente en España para la comercialización y/o distribución de los medicamentos y presentaciones, cuyos principios activos son los siguientes:*

| <i>n.º lote</i> | <i>Genérico Centro</i> | <i>Descripción Artículo</i> | <i>Código Nacional</i> | <i>Nombre Comercial (AEMPS)</i> |
|-----------------|------------------------|--|------------------------|---|
| <i>n.º 1</i> | <i>E58537</i> | <i>INMUNOGLOBULINA G HUMANA 10G PARENTERAL- Forma farmacéutica: INYECTABLE IV; Capacidad: 100;</i> | <i>653708</i> | <i>KIOVIG 100 mg/ml Solución para perfusión, 1 vial de 100 ml</i> |
| <i>n.º 2</i> | <i>D51845</i> | <i>INMUNOGLOBULINA G HUMANA 20G PARENTERAL- Forma farmacéutica: INYECTABLE IV; Capacidad: 200;</i> | <i>653711</i> | <i>KIOVIG 100 mg/ml Solución para perfusión, 1 vial de 200 ml</i> |
| <i>n.º 3</i> | <i>D88629</i> | <i>INMUNOGLOBULINA G HUMANA 10G PARENTERAL- Forma farmacéutica: INYECTABLE IV; Capacidad: 50;</i> | <i>653707</i> | <i>KIOVIG 100 mg/ml Solución para perfusión, 1 vial de 50 ml</i> |

Sin que conste la existencia de otros medicamentos con los expresados principios activos y presentaciones comercializados por otras empresas en España. (...).”.

Asimismo, en el informe técnico emitido por la Dirección de la Unidad de Gestión Clínica de Farmacia, relativo a los lotes 12 y 13, la certificación es similar a la anterior salvo en lo relativo a la empresa y a la descripción de los medicamentos y presentaciones.



Por su parte, en el PPT se establece que *“Cada empresa únicamente podrá licitar el LOTE o LOTES correspondiente/s a sus medicamentos autorizados en exclusiva por la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios”*.

Así, a pesar del párrafo *“Sin que conste la existencia de otros medicamentos con los expresados principios activos y presentaciones comercializados por otras empresas en España”*, contenido en los informes técnicos emitidos por la Dirección de la Unidad de Gestión Clínica de Farmacia, la descripción del objeto del contrato, esto es la adquisición de medicamentos, lo es por denominación comercial y presentaciones, pues eso se deduce claramente tanto del siguiente párrafo de los citados informes técnicos *“la empresa (...), es la única autorizada actualmente en España para la comercialización y/o distribución de los medicamentos y presentaciones, cuyos principios activos son los siguientes”*, como del contenido citado del PPT y del informe del órgano de contratación cuando manifiesta que los Servicios de Farmacia Hospitalaria reciben prescripciones de las marcas afectadas de Inmunoglobulina G Humana para pacientes tratados, con indicación de *“no sustituir medicamento prescrito”*.

Es más, la tesis que se deduce del antes citado párrafo de los mencionados informes técnicos *“Sin que conste la existencia de otros medicamentos con los expresados principios activos y presentaciones comercializados por otras empresas en España”*, de que la descripción del objeto del contrato es la adquisición de principios activos y presentaciones, nos llevaría a descartar de plano el procedimiento negociado sin publicidad previsto en el artículo 170.d) del TRLCSP y a la estimación del recurso sin entrar en más detalles, pues según ha podido constatar este Tribunal, los principios activos y presentaciones a adquirir en los lotes objeto del recurso pueden ser comercializados por otras empresas con otras denominaciones comerciales, decayendo por tanto la exclusividad. A continuación se relacionan los lotes y los códigos nacionales de medicamentos que tienen los mismos principios activos y presentaciones que los exigidos en el PPT:



| N.º de lote | Códigos nacionales de medicamentos con los mismos principios activos y presentaciones que los exigidos en el PPT |
|-------------|--|
| 1 | 665958, 664150, 660926 |
| 2 | 665959, 664149, 660927 |
| 3 | 664148, 660925 |
| 12 | 700201, 665770, 653449 |
| 13 | 665769, 653448 |

SÉPTIMO. Partiendo, por tanto, de que la descripción del objeto del contrato es la adquisición de medicamentos por denominación comercial y presentación, procede analizar si la legislación contractual permite efectivamente ese objeto contractual.

Al respecto, es necesario traer a colación diversos artículos del TRLCSP, así el artículo 116.1 del citado texto refundido afirma que *“El órgano de contratación aprobará con anterioridad a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato, o de no existir ésta, antes de su adjudicación, los pliegos y documentos que contengan las prescripciones técnicas particulares que hayan de regir la realización de la prestación y definan sus calidades, de conformidad con los requisitos que para cada contrato establece la presente Ley”*.

Por su parte el artículo 117.2 establece que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*.

Por último el apartado 8 del citado artículo 117 del TRLCSP afirma que *“Salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un*



tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente»”.

Los citados apartados 2 y 8 del artículo 117 del TRLCSP son, prácticamente, una reproducción literal de los apartados 2 y 8 del artículo 23 de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, contenidos que se reproducen en los apartados 2 y 4, respectivamente, de la nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2014/18/CE.

Dicha problemática ha sido abordada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 62/2007, de 26 de mayo, sobre aplicación de marcas comerciales en la definición de las especificaciones técnicas en los contratos de cuyo objeto es la compra o el arrendamiento de ordenadores y demás equipos informáticos, estableciendo en el apartado 2 del mismo lo siguiente: *“Como establece los citados artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de la Ley de contratos del sector público (actualmente apartados 2 y 8 del artículo 117 del TRLCSP) y permite el último párrafo del artículo 23.8 de la citada Directiva, las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que el precepto debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción, circunstancias que se expresan en el citado artículo y que pueden concretarse en que:*



a) la referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados esté justificada por el objeto del contrato;

b) la entidad adjudicadora no tenga la posibilidad de dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores, y

c) la indicación de la marca esté acompañada de la mención «o equivalente», condiciones que son acumulativas y que deberá demostrarse que se cumplen las tres.”

Por tanto, para que en la descripción del objeto del contrato se pueda hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados es necesario que se den acumulativamente las tres circunstancias anteriores, esto es que esté justificada por el objeto del contrato, que el órgano de contratación no tenga la posibilidad de dar otra descripción del objeto del contrato a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores y que, en todo caso, la indicación de la marca esté acompañada de la mención «o equivalente».

En el presente supuesto y en todos los lotes recurridos, a juicio de este Tribunal, no se dan de forma acumulativa las tres circunstancias para que la descripción del objeto del contrato se haya de realizarse indicando la marca o denominación comercial, pues sin entrar a analizar las dos primeras circunstancias es obvio que en todos los lotes recurridos la descripción del objeto del contrato cuando se refiere a una marca o denominación comercial carece de la mención «o equivalente», con la consiguiente quiebra de los principios de igualdad de trato y no discriminación contenidos en los artículos 1 y 139 del TRLCSP.

OCTAVO. En cuanto al procedimiento de adjudicación elegido por el órgano de contratación, esto es el procedimiento negociado sin publicidad, éste es un procedimiento excepcional en la medida que supone una quiebra a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y de publicidad de los procedimientos que consagra el artículo 1 del TRLCSP. En este sentido, el



artículo 138.2 del citado texto legal dispone que *“La adjudicación se realizará, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En los supuestos enumerados en los artículos 170 a 175, ambos inclusive, podrá seguirse el procedimiento negociado, y en los casos previstos en el artículo 180 podrá recurrirse al diálogo competitivo.”*

En definitiva, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público -incorporando a nuestro ordenamiento las directrices de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios- y posteriormente, el vigente TRLCSP establecen los supuestos tasados en que sólo puede acudir al procedimiento negociado.

Pero es más, en el caso aquí analizado, el supuesto legal en que se amparó el órgano de contratación para la utilización del procedimiento negociado sin publicidad previa fue el de existencia de un único empresario al que encomendar la ejecución del contrato. Este supuesto legal se recoge en el artículo 170 d) del TRLCSP y su utilización exige la constatación y acreditación clara e irrefutable de que concurre aquella exclusividad, pues no sólo es que se restrinja la libre concurrencia respecto de los procedimientos ordinarios abierto y restringido, sino que se prescinde también de la publicidad que es un principio que rige, igualmente, en determinados supuestos del procedimiento negociado. Aunque este último extremo ha quedado más matizado por la previsión establecida en la disposición adicional séptima de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, que exige a las personas y entidades incluidas en el artículo 3 de la misma, la publicación de un anuncio en su perfil de contratante, simultáneamente al envío de las solicitudes de ofertas a las que se refiere el artículo 178.1 del TRLCSP, al objeto de facilitar la participación de otros posibles licitadores.



A todo lo anterior se une que, de conformidad con el artículo 178.1 del TRLCSP, la regla general en el procedimiento negociado es solicitar ofertas, al menos, a tres empresas capacitadas para la realización del objeto del contrato, siempre que ello sea posible. Sin embargo, esa regla general vuelve a tener una excepción en el apartado d) del artículo 170 del TRLCSP, ya que el supuesto aquí contemplado parte de la existencia de un único empresario para la ejecución del contrato.

Al respecto, el criterio mantenido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es que exista un solo empresario al que pueda encomendarse el suministro del producto en cuestión y como textualmente se expresa en su Informe 52/2006, de 11 de diciembre, reiterando el contenido de anteriores informes aunque referidos a otros tipos de contratos (informes 57/2003, 11/2004 y 35/2006), *“lo decisivo para la utilización del procedimiento negociado, por esta causa es que exista un solo empresario al que pueda encomendarse la ejecución de la obra, siendo motivo indirecto y remoto el que ello sea debido a su especificidad técnica, artística o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva”*.

En el presente supuesto, y como se ha analizado anteriormente, aún cuando entendiéramos –que ya hemos visto que no- que la descripción del objeto del contrato es la adquisición de principios activos y presentaciones, ello nos llevaría a descartar de plano el procedimiento negociado sin publicidad previsto en el artículo 170.d) del TRLCSP y a la estimación del recurso, pues según ha podido constatar este Tribunal, los principios activos y presentaciones a adquirir en los lotes objeto del recurso pueden ser comercializados por otras empresas con otras denominaciones comerciales, decayendo por tanto la exclusividad.

NOVENO. Sin perjuicio de lo anterior, y a efectos puramente ilustrativos, este Tribunal no es ajeno a las dificultades que se pueden presentar en la adquisición de medicamentos hospitalarios, cuando el facultativo con amparo legal



prescribe un medicamento por su denominación comercial con la previsión de no sustitución del mismo.

En estos supuestos, como se ha analizado anteriormente, para que en la descripción del suministro de medicamentos se pueda hacer referencia a una determinada denominación comercial es necesario que esa referencia esté justificada por el objeto del contrato, que el órgano de contratación no tenga la posibilidad de dar otra descripción del suministro a través de especificaciones suficientemente precisas e inteligibles para todos los potenciales licitadores y que, en todo caso, la indicación de la denominación comercial esté acompañada de la mención «o equivalente». Esto último supondría, en muchos casos, la adquisición de determinadas denominaciones comerciales no necesarias.

Ante estas situaciones entiende este Tribunal que existen en el TRLCSP otras formas de adquisición de los mismos, con las que el órgano de contratación podría satisfacer sus necesidades dentro del marco normativo contractual.

En consecuencia, en base a todas las consideraciones anteriores procede la estimación íntegra del recurso con anulación del pliego de cláusulas administrativas particulares y del de prescripciones técnicas, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la elaboración de los mismos, a fin de que en los nuevos pliego que se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho de esta resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **INSTITUTO GRIFOLS, S.A.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que rigen la



licitación del contrato denominado “Suministro de medicamentos exclusivos para los centros de la Plataforma Logística Sanitaria de Huelva, respecto de los **Lotes 1, 2, 3, 12 y 13**” (Expte. 163/2015), convocado por la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario Universitario de Huelva, adscrito al Servicio Andaluz de Salud, y en consecuencia anular el acto impugnado, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la elaboración del pliego de cláusulas administrativas particulares y del de prescripciones técnicas, a fin de que en los nuevos pliegos que se aprueben se tenga en cuenta lo expuesto en los fundamentos de derecho de esta resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida cautelar de suspensión del procedimiento adoptada por este Tribunal en la Resolución de 15 de junio de 2015.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, 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 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

