



Recurso nº 1467/2020 C.A. Región de Murcia 106/2020

Resolución nº 366/2021

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 9 de abril de 2021.

VISTO el recurso interpuesto por D^a. A.B.J., en nombre y representación de FARMAINDUSTRIA, Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica contra los Pliegos de la licitación convocada por el Servicio de Salud Murciano para contratar el Acuerdo Marco para el “*Suministro de somatropina (DOE) inyectable*”, expediente CS/9999/1100954122/2020/AM, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - El Servicio Murciano de Salud publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público con fecha 30 de noviembre de 2020, la licitación pública, a tramitar mediante procedimiento basado en acuerdo marco con tramitación ordinaria, para la adjudicación del contrato de suministro de somatropina inyectable, con un valor estimado que asciende a 8.079.577 euros, cuyo objeto está dividido en 4 lotes. En la misma fecha se llevó a cabo la publicación en el DOUE.

Segundo. - Publicados los Pliegos, el día 23 de diciembre de 2020 se interpone por FARMAINDUSTRIA el recurso especial en materia de contratos ante este Tribunal.

Tercero.- En la tramitación de este recurso, se han observado todos los trámites legal y reglamentariamente establecidos, esto es, lo prescrito por la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales



de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Cuarto. - En fecha 12 de enero de 2021 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 19 de enero de 2021 se presentan alegaciones por la entidad SANDOZ FARMACEUTICA SA.

Quinto. - Interpuesto el recurso, la Secretaría del Tribunal por delegación de este dictó resolución de 26 de enero de 2021 acordando la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La legislación aplicable es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) y el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se prueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo.- Este Tribunal es competente al amparo del art. 46 de LCSP y el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia sobre atribución de competencia de recursos contractuales de fecha 13 de noviembre de 2020 (BOE de fecha 21/11/2020).

Tercero. - El recurso se dirige frente a un acto susceptible de recurso especial de contratación de acuerdo con el art. 44.1 b) con relación al art. 44.2 a) LCSP dado el valor estimado del contrato. El recurso se ha interpuesto dentro del plazo establecido para ello en el artículo 50.b) de la LCSP.



Cuarto. - Respecto a la legitimación del recurrente, debemos señalar lo siguiente:

El artículo 48 de la LCSP, dispone que:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”

En la medida que el recurrente es representante de los intereses colectivos de empresas farmacéuticas, no cabe duda de su legitimación en la interposición del presente recurso.

Quinto. – Se alza el recurrente contra el Pliego impugnando el criterio de adjudicación establecido en el apartado B5 que otorga la puntuación de 3 puntos al requisito que el medicamento sea biosimilar y contra la modificación del pliego consistente en la incorporación de la cláusula 16.9, publicada en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 30 de noviembre de 2020, por la que se introduce una obligación que recae sobre un elemento esencial del contrato, como es el precio.

Cabe tener en cuenta, con carácter previo, que el régimen de valoración de la licitación se esquematiza de la forma siguiente:

A. Criterios estimables mediante juicios de valor (máx. 45 puntos.)

A1 Criterios técnicos

A1.1 Facilidad y seguridad de la administración y manipulación 16 ptos.

A1.2 Identificación del medicamento 2 ptos.

A1.3 Guía de uso racional del medicamento 2 ptos.

A1.4 Alerta de seguridad y calidad del medicamento 2 ptos.

A2 Atención e información al paciente

A2.1 Formación y soporte al paciente 10 ptos.

A2.2 Suministro dispositivos, transporte y desecho de medicamentos 5 ptos.



A2.3 Teléfono de atención al paciente 2 ptos.

A3 Políticas de gestión medioambiental 6 ptos.

B) Criterios evaluables mediante cifras y porcentajes (55 ptos)

B1 Precio 20 ptos.

B2 Forma farmacéutica preparada para la administración 6 ptos.

B3 Periodo de estabilidad de las prestaciones máx. 6 ptos.

B4 Porcentaje de rappel por volumen anual de ventas máx. 5 ptos.

B5 Seguimiento y control de la adherencia máx. 5 ptos.

→ *Disponibilidad de dispositivo capaz de monitorizar el cumplimiento del tratamiento y medir el seguimiento de la terapia por parte del paciente.... 5 PUNTOS.*

→ *No disponibilidad de dispositivo capaz de monitorizar el cumplimiento del tratamiento y medir el seguimiento de la terapia por parte del paciente.... 0 PUNTOS.*

B6 Presentación en monodosis máx. 5 ptos.

B7 Indicadores terapéuticos máx. 3 ptos.

B8 Medicamento biosimilar 3 ptos.

B9 Excipientes de declaración obligatoria 2 ptos.

Este Tribunal en la Resolución 220/2017, de 24 de febrero, que con cita a la Resolución 250/2015, de 23 de marzo, y, la Resolución 756/2014, afirmaba: *“pues bien, debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional*



de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (Resolución 756/2014, de 15 de octubre)."

En este mismo sentido, hemos de citar la Resolución número 1509/2019, de 26 de diciembre, donde decíamos: *"De acuerdo con el texto del citado precepto, al órgano de contratación se le encomienda la facultad de decidir discrecionalmente sobre la forma de velar por los intereses públicos, y con ello de configurar libremente cuál va a ser el objeto del contrato a licitar y sus prestaciones. Es más, la discrecionalidad legal de la que goza el órgano de contratación, se extiende también a la facultad de definir y determinar los criterios técnicos a consignar en los pliegos. Citábamos en nuestras Resoluciones 609/2015, 688/2015, 699/2015 y 834/2015, la Resolución 548/2014, de 18 de julio, (fundamento octavo), donde decíamos a su vez "que debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: "La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad"*".

Corresponde, en definitiva, al órgano de contratación, definir el interés público a satisfacer con el contrato de suministros, fijar su objeto, así como los requisitos técnicos que han de exigirse para su correcta ejecución (Resolución 548/2015). La definición del objeto del contrato, decíamos en la Resolución 468/2018, de 11 de mayo, constituye una facultad discrecional, y por ello, se insiste, *"la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él"* (también, Resoluciones 156/2013, de 18 de abril, y 194/2013, de 23 de mayo).



Más recientemente la Resolución de 5 de marzo de 2020.

Sexto. - En primer lugar, se alza el recurrente contra la cláusula B8 que valora con 3 puntos que el medicamento sea biosimilar. En concreto, señala el recurrente que dicha cláusula vulnera el principio de igualdad y no discriminación y que supone una ventaja competitiva respecto de los posibles licitadores que comercien con el producto original.

Al respecto, SANDOZ FARMACÉUTICA SA alega que el establecimiento de dicho requisito de valoración forma parte de la libertad y discrecionalidad del órgano de contratación, sin que sea un requisito de obligado cumplimiento.

El órgano de contratación señala que dicho requisito se corresponde con el objeto del contrato y presenta unas evidentes ventajas para el Servicio Murciano de Salud de acuerdo con el principio de eficiente utilización de fondos públicos y la normativa dictada precisamente para abaratar el gasto público en productos farmacéuticos.

Además, añade que la valoración otorgada es una valoración proporcional (3 puntos sobre un total de 55 puntos) que en modo alguno coarta o limita la libre concurrencia de los licitadores.

Este Tribunal coincide con el órgano de contratación al señalar que la configuración de uno de los requisitos valorativos mediante fórmulas o cifras sea si el medicamento es o no biosimilar (cláusula B8) dado que forma parte de la discrecionalidad del órgano de contratación en la definición y descripción del objeto del contrato. La justificación de la exigencia del criterio de adjudicación “medicamento biosimilar” está ampliamente motivada por el órgano de contratación en el informe remitido y en el propio Pliego, que se hace eco de que la mejora en la eficiencia en la adquisición de medicamentos es un objetivo básico del Servicio Murciano de Salud, por lo que se considera que el establecimiento de dicho criterio valorativo está dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica, doctrina reiteradamente expuesta y plenamente asumida por este Tribunal Administrativo en multitud de resoluciones, ya citadas, que inciden en que determinadas cuestiones que se evalúan aplicando criterios estrictamente técnicos, no se pueden corregir aplicando criterios jurídicos. Por ello debe considerarse que el criterio de adjudicación impugnado cumple con el requisito de vinculación al objeto del contrato, previsto en el artículo 145.5.a)



de la LCSP siendo la valoración ofrecida absolutamente proporcional de suerte que no cabe sostener que con ella se impida o limite el acceso a la contratación o se condicione su acceso a ciertos licitadores en detrimento de otros, al no tratarse de una puntuación desorbitada.

Séptimo. - Por último, se alza el recurrente contra la cláusula 16.9 por la que se introduce una obligación que recae sobre un elemento esencial del contrato, como es el precio, en los siguientes términos:

16.9. En el caso de que la misma empresa sea adjudicataria de varios lotes del presente contrato con las mismas presentaciones del medicamento objeto de licitación y con diferentes condiciones económicas, serán aplicadas las condiciones económicas más favorables (precio de adjudicación, descuentos del volumen de ventas, etc) en todos los lotes adjudicados.

Si durante la vigencia del contrato algunos de los laboratorios formalizasen un acuerdo marco con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) para alguna de las presentaciones comerciales adjudicadas en el presente contrato y las condiciones económicas del acuerdo marco con INGESA fueran más favorables que las condiciones fijadas para el Servicio Murciano de Salud, se pasarán a aplicar las condiciones económicas del acuerdo marco del INGESA al Servicio Murciano de Salud.

Señala el recurrente que dicha cláusula constituye una modificación del contrato irregular que enmascara una revisión de precios sin articular un procedimiento regular. A dicha ilicitud se suma el licitador SANDOZ SA que está de acuerdo con la irregularidad de dicha cláusula que se configura como una revisión del precio del contrato o una revocación del contrato fuera del procedimiento establecido.

El órgano de contratación se hace eco del principio de eficiencia económica para conseguir una eficiente utilización de los fondos en la adquisición de bienes (en este caso medicamentos) con el objeto de seleccionar la oferta económicamente más ventajosa como causa justificativa de la cláusula 16.9.



Como recogíamos en alguna resolución, como la nº 879/2014: *“Los acuerdos marco no son, como señala el órgano de contratación, contratos, sino un sistema de racionalización de la contratación. Las características esenciales de los acuerdos marco han sido resumidas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal (en adelante JCCAE), pudiendo destacar el informe 36/2010 de 28 de octubre de 2011, según el cual: “Siguiendo estas disposiciones, el acuerdo marco presenta las siguientes características:*

a) es un sistema de racionalización técnica de la contratación pública, por lo que no se trata de un contrato especial, ni de un procedimiento de contratación ni de un procedimiento de adjudicación.

b) Su empleo por el órgano de contratación depende de la voluntad de éste, ya que no se impone de forma obligatoria por la Ley, según el artículo 180.1 de la LCSP, a cuyo tenor: “Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, (...)”.

c) Se emplea en los casos en los que se vaya a contratar un número indeterminado de prestaciones, sin que exista un número cerrado, predeterminado de antemano, sino que las prestaciones a cumplir por el empresario dependerán de las necesidades que aprecie del órgano de contratación.

d) Se encuentra sujeto a requisitos temporales especiales, puesto que su duración máxima es la prevista en la Ley, 4 años y los contratos que se basen en el mismo, se sujetan a una periodicidad no preestablecida, pero sí existente, ya que depende de las necesidades del órgano de contratación. Es decir, se celebra el acuerdo marco durante un tiempo determinado y los contratos que se realicen basados en el mismo, se podrán celebrar por tiempo determinado en el mismo.

e) Se encuentra sujeto a una cautela especial, como es la de que su celebración no obstaculice, restrinja o falsee la competencia.

f) Respecto de su contenido, debe incluir los términos esenciales de los contratos marco que se celebren basados en el acuerdo.



g) Su aplicación requiere que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 76.8 de la LCSP, se determine el valor máximo estimado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, del conjunto de actuaciones a desarrollar durante la duración total del Acuerdo marco.”

Por lo tanto, el acuerdo marco no es en sí mismo un contrato ni un procedimiento de contratación o adjudicación, sino un sistema por el cual las Administraciones Públicas pueden racionalizar la contratación. No obstante, lo anterior, ello no supone que no le resulten de aplicación las normas propias de los procedimientos de adjudicación establecidas en el TRLCSP y ello por establecerlo así expresamente el artículo 197 del TRLCSP: “1. Para la celebración de un acuerdo marco se seguirán las normas de procedimiento establecidas en el Libro II, y en el Capítulo I del Título I de este Libro.”

Por tanto, aun cuando no se considere al acuerdo marco un procedimiento de adjudicación, lo cierto es que, en realidad, se ha de sujetar a las mismas normas jurídicas que cualquier otra licitación. Y es que, en definitiva, el acuerdo marco supone la licitación de un determinado servicio, suministro u obra mediante un procedimiento que se articula en dos fases: una primera en la que se elegirán uno o varios licitadores y se definirán los elementos esenciales del contrato y una segunda fase donde se concretarán definitivamente las prestaciones a contratar y se elegirá definitivamente al adjudicatario con quien se formalizará el contrato en caso de que se hubiera celebrado con varios. A través de ambos procedimientos se irán perfilando entonces los elementos esenciales de la licitación”

Estos criterios interpretativos que fijábamos en la mencionada Resolución de 28 de noviembre de 2014 citada se mantienen en la actualidad si bien con referencia a los artículos 218 a 222 de la LCSP. De la lectura detenida del Pliego del Acuerdo Marco que se licita se desprende que nos encontramos ante un procedimiento en el que no se requerirá la celebración de nueva licitación, en el que el precio viene formulado en términos de precios unitarios referidos a las unidades inyectables que se entreguen o ejecuten pudiendo incrementarse el número de unidades a suministrar hasta un 10% del precio del contrato. Especialmente se indica en el Pliego que el precio unitario de cada producto tiene la consideración de precio máximo.



Lo que se plantea en este recurso es si es válida la obligación para los adjudicatarios de un acuerdo marco de que el precio máximo se adapte a las mejores condiciones económicas que en su caso puedan establecerse en un acuerdo marco con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) para alguna de las presentaciones comerciales adjudicadas en el presente contrato.

Y debe señalarse que sí se debe admitir en el acuerdo marco el establecimiento de la obligación discutida en la medida que el acuerdo marco se ejecuta mediante la adjudicación de contratos de suministro (en este caso sin licitación), por lo que es acorde a derecho que se fije una obligación relativa al precio, sin que con ello se modifique irregularmente el precio ni se resuelva el contrato, porque recordemos, no estamos analizando un contrato de suministro, sino una obligación del acuerdo marco para el suministro de inyectables. El precio máximo articulado en el acuerdo marco se concretará en el contrato que se adjudique y deberá respetar aquella obligación de carácter económico fijada en el acuerdo marco. Precisamente la finalidad del acuerdo marco es fijar las condiciones, en particular por lo que respecta a los precios (art. 219.1 LCSP) a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado.

Una previsión de tal cariz no es ajena a nuestra normativa contractual en el ámbito de la adquisición centralizada de bienes, pues en relación con los contratos de adopción del tipo, el artículo 193.5 del RGLCAP dispuso: *“el órgano de contratación determinará en el pliego de cláusulas administrativas particulares (...) los aspectos específicos del contrato de adopción del tipo que constituyan su objeto y del procedimiento y forma de adjudicación y, en particular, los siguientes:*

(...)

e) Obligación de los adjudicatarios de aplicar a los bienes durante la vigencia del contrato de adopción del tipo, los precios y condiciones con que concurran en el mercado si mejoran los de la adjudicación, siempre que las circunstancias de la oferta sean similares.”

Razón por la que consideramos que la cláusula establecida en el apartado 16.9 es lícita.



Además, la introducción de esta cláusula encuentra su lógica, atendiendo en este punto a los argumentos del órgano de contratación, en la salvaguarda de los principios de eficiencia económica, control del gasto y utilización eficiente de los fondos públicos (art. 1.1 LCSP). Por otra parte, carecería de sentido el que el mismo producto tuviera que ser adquirido a la fuerza a precios más altos disponiendo de otras opciones como son los contratos centralizados por INGESA.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D^a. A.B.J., en nombre y representación de FARMAINDUSTRIA, Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica contra los Pliegos de la licitación convocada por el Servicio de Salud Murciano para contratar el Acuerdo Marco para el “*Suministro de somatropina (DOE) inyectable*”, expediente CS/9999/1100954122/2020/AMD.

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

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta 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.