



**Recurso nº 89/2022**

**Resolución nº 114/2022**

**RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 23 de xuño de 2022

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por ORGANON SALUD SL contra o anuncio e os pregos da contratación dunha subministración sucesiva de folitropina alfa, expediente SI-SER1-22-037 do Servizo Galego de Saúde, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

**ANTECEDENTES DE FEITO**

**Primeiro.-** Polo Servizo Galego de Saúde convocouse a licitación do contrato descrito no encabezamento, cun valor estimado declarado de 1.512.000 euros.

**Segundo.-** O 03.06.2022 ORGANON SALUD SL interpuxo recurso especial en materia de contratación.

**Terceiro.-** Tras a correspondente solicitude, recibíuse o expediente e informe ao que se refire o artigo 56 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). Tamén se trasladou o recurso aos interesados, sen que se presentaran alegacións.



## FUNDAMENTOS DE DEREITO

**Primeiro.-** Ao abeiro do artigo 35 bis da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

**Segundo.-** O presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual aprobado polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro.

**Terceiro.-** No referiremos á posible lexitimación do recorrente xunto coa análise do fondo do recurso.

**Cuarto.-** O recurso foi interposto en prazo.

**Quinto.-** Ao impugnarse o anuncio e os pregos da contratación dunha subministración de valor estimado superior a 100.000 €, o recurso é admisible.

**Sexto.-** O recorrente impugna os pregos da licitación con base en dous argumentos que analizaremos a continuación.

Por unha banda, criticase que os pregos establezan que a folitropina alfa, obxecto desta subministración, se dispense a través das oficinas de farmacia dos centros hospitalarios.

A este respecto, o recorrente fundamenta a súa lexitimación no seu escrito de impugnación indicado o seguinte:

*“ORGANON tiene legitimación para interponer el presente recurso especial en materia de contratación como titular del único medicamento cuyo principio activo es la folitropina beta y, por tanto, del único medicamento de folitropina para los tratamientos de reproducción asistida que ha sido expresamente excluido de la licitación del Contrato”.*

Pois ben, sendo así, xa anticipamos que este motivo do recurso debe ser inadmitido. Efectivamente, recoñecéndose no escrito presentado que ORGANON



SALUD SL non pode ser partícipe na licitación ao non comercializar o produto obxecto deste contrato, carece de interese lexítimo na licitación e ao respecto das cláusulas que a regulan, e en concreto respecto a unha determinada forma de dispensación do medicamento que en nada lle afecta.

Nese sentido, este TACGal, así coma o resto de tribunais administrativos, ten sinalado en numerosas ocasións que non cabe neste recurso especial unha mera defensa da legalidade, senón que a impugnación debe vir necesariamente ligada á obtención dun beneficio ou a evitar un prexuízo non meramente abstracto ou hipotético, algo que neste caso non sucede.

Polo tanto, estamos entón no suposto de inadmisión por falta de lexitimación do recorrente establecido no artigo 55.b LCSP

Todo o cal determina, en definitiva, a inadmisión deste motivo da impugnación.

**Sétimo.-** En segundo lugar, o recorrente critica que se *“excluye del suministro a la folitropina beta sin justificación clínica alguna que lo soporte produciendo un perjuicio al interés general”*.

En primeiro lugar, debemos lembrar que pertence á libre configuración do contrato as opcións do órgano de contratación de establecer o marco e supostos para as súas determinacións. Expresa así o Acordo 79/2018 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

*“No obstante lo anterior, y a mayor abundamiento, resulta necesario también traer a colación el hecho de que es al órgano de contratación, y no al licitador, al que corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlos tal y como dispone el artículo 28.1 de la LCSP. Así lo ha manifestado también el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC), en su Resolución 621/2017, de 7 de julio, en la que cita la Resolución 688/2015, de 24 de julio,…”*

A configuración da contratación é unha potestade do órgano de contratación que non se pode pretender arrogar o recorrente. Tamén a Resolución 387/2019 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC):



*“Y sobre la segunda cuestión, nuestra Resolución 756/2014, de 15 de octubre, entre otras, señala que para la definición del objeto del contrato se ha de atender a “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”.*

Ou a Resolución TACRC 466/2019:

*“La adaptación del contenido del nuevo contrato a las necesidades reales de la Administración no es una actuación en fraude de ley, sino una exigencia derivada del principio de buena administración, y de los principios de control del gasto y eficiente utilización de los recursos públicos destinados a la contratación (artículo 1.1 de la LCSP),...”*

E a Resolución 128/2020 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias:

*“debe partirse de la premisa de que es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades que demanda la Administración y conocedor también del mejor modo de satisfacerlas, debe configurar el objeto del contrato atendiendo a esos parámetros, sin que esta discrecionalidad en la conformación de la prestación a contratar pueda ser sustituida por la voluntad de los licitadores y sin que la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación tenga que suponer en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate. Y es que la mayor o menor apertura de los contratos públicos a la competencia no supone, en todo caso, una infracción de los principios de libre concurrencia y de igualdad de trato cuando la supuesta menor apertura encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate y dichas necesidades están además debidamente justificadas en el expediente, excepción hecha de aquellos supuestos en que las prescripciones técnicas se definan en términos tales que solo exista un licitador que*



*mpueda cumplirlas, todo lo cual exige una prueba adecuada y el examen objetivo de la concurrenciamque haya podido existir en la licitación de que se trate”.*

Partindo desta xeral doutrina, xa anticipamos que o recurso debe ser desestimado. Así, ORGANON SALUD SL pretende arrogarse a condición de órgano de contratación para deseñar así a configuración desta licitación, pero sen acreditar vicio de invalidez ao respecto que permita a súa anulación por este Tribunal, e mostra diso é que non se cita no recurso cal é o precepto da LCSP que se entende vulnerado neste procedemento.

O informe do órgano de contratación a este recurso explica o seguinte:

*“Como ya hemos indicado, la licitación recurrida se tramita mediante procedimiento abierto pues existen tres laboratorios farmacéuticos que [pueden optar] a la adjudicación del contrato y los importes de la compra de Folitropina alfa hacen que se pueda y deba tramitar un expediente de compra integrada para las siete Áreas Sanitarias de Galicia.*

*La compra de Folitropina beta por su parte no se puede tramitar como procedimiento abierto sino como negociado y su importe hace que este producto pueda ser adquirido por cada una de las Áreas Sanitarias ya sea mediante compra directa o mediante un procedimiento súper simplificado.*

*Por otra parte no son ciertas las manifestaciones incluidas en el escrito de recurso relativas a la compra de Folitropina beta.*

*Cuando en el año 2017 se diseñaron los procedimientos abiertos de compra entre ellos se seleccionó la inclusión de folitropina alfa por ser en aquel momento la folitropina mayoritariamente utilizada en los protocolos de fertilidad del Servicio Gallego de Salud (respecto al resto de no recombinantes/urinarias y resto de recombinantes), por la cuantía en su importe anual de compra y por la existencia de competencia en mercado para ese mismo principio activo.*

*No obstante la Folitropina beta si se siguió adquiriendo en el Servicio gallego de salud, siendo las compras de los cuatro últimos años las siguientes:*

	2018	2019	2020	2021
<i>Folitropina Beta</i>	<i>22.736,59 €</i>	<i>23.708,83 €</i>	<i>8.159,69 €</i>	<i>1.444,94 €</i>



*Obviamente los datos de los dos últimos años no se pueden considerar representativos dada la naturaleza y uso del medicamento y la situación sanitaria ocasionada por la Covid-19.*

*Con estos datos podemos decir que no es cierta la afirmación de la recurrente de que la compra de los años 20 y 21 sea nula y por otro lado, más allá de la evolución de las compras, lo esencial a resaltar es que la compra de folitropina beta fue y sigue siendo posible en Sistema Sanitario de Galicia.”*

En definitiva, non se nos mostra que os pregos aquí impugnados vulneren a normativa contractual, sen que nin o recorrente nin este TACGal poidan substituír a competencia que lle corresponda ao órgano de contratación para fixar as condicións que mellor satisfán o interese público perseguido coa licitación, o que supón en consecuencia a desestimación deste motivo da impugnación.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Inadmitir e desestimar** o recurso interposto por ORGANON SALUD SL contra o anuncio e os pregos da contratación dunha subministración sucesiva de folitropina alfa, expediente SI-SER1-22-037 do Servizo Galego de Saúde.

2. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recurso, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva nos seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 da Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.