

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 7 de marzo de 2018.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don I.M.P., en nombre y representación de GES Genéricos Españoles Laboratorio, S.A., contra la cláusula 2.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas en lo que a las presentaciones del lote 14 (paracetamol) se refiere, del Acuerdo marco para el “Suministro de medicamentos (19 lotes) para los hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: PA SUM 14/2017, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fechas 1, 5 y 20 de febrero de 2018 se publicó respectivamente en el DOUE, en el Perfil de contratante de la Comunidad de Madrid y en el BOCM la convocatoria de la licitación del Acuerdo Marco del suministro mencionado, a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios, con un valor estimado de 27.541.690,90 euros, dividido en 19 lotes. El plazo de presentación de ofertas finaliza el día 13 de marzo de 2018.

El Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) establece en su punto 2.2 hasta diez características especiales de las formas parenterales, siendo la última *“Las presentaciones del Lote 14: Paracetamol deberán contener menos de 23 mg (1 mmol) de sodio por envase, considerándose esencialmente “exentas de sodio””*.

Interesa advertir que el PCAP en la cláusula 1ª apartado 8 establece los criterios de adjudicación atribuyendo hasta 80 puntos al precio y hasta 20 puntos a otros criterios evaluables de forma automática por aplicación de fórmulas entre los que se encuentra la atribución de 3 puntos a las formas parenterales de las especialidades farmacéuticas que no cuenten en el excipiente con Etanol y Cremofol.

Tercero.- El 22 de febrero de 2018, previo anuncio al órgano de contratación el día anterior, tuvo entrada en el Tribunal recurso especial interpuesto por la empresa GES solicitando la nulidad del apartado 2.2 del PPT, en concreto en lo que se refiere a la limitación de sodio para el lote 14 (Paracetamol) por considerar restringe artificialmente la concurrencia de licitadores.

Por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al órgano de contratación y le requirió la remisión del expediente de contratación y el correspondiente informe a que se refiere el artículo 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), lo que cumplimentó el 2 de marzo de 2018, en el que se opone a lo alegado en el recurso y solicita su desestimación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el recurso.

Segundo.- Se acredita la legitimación de la empresa GES para interponer recurso especial, al tratarse de una persona jurídica potencial licitadora *“cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”* de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PPT que rige la licitación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada por lo que es recurrible, de acuerdo con el artículo 40.1.a) y 2.a) del TRLCSP.

Cuarto.- La interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44.2 del TRLCSP, pues la publicación de la licitación se realizó en el DOUE el 1 de febrero de 2018, los Pliegos se pusieron a disposición de los interesados en el Perfil de contratante el día 5 del mismo mes y el recurso fue presentado el 22 de febrero de 2018.

Quinto.- En cuanto al fondo del recurso, se alega por la recurrente que la característica técnica exigida en el PPT para el lote 14 *“(menos de 23 mg (1mmol) de sodio por envase)”* supone una restricción injustificada porque no existe ninguna razón técnica para su exigencia y de haberla debería establecerse también para el resto de lotes, así para el lote 15 (Granisetron hidrocloreuro) y para el lote 16 (Ondansetrón) dado que existen en el mercado estos medicamentos autorizados y comercializados que cumplirían ese límite.

Considera que vulnera el principio de igualdad y libre concurrencia porque implica la imposibilidad de licitar a GES y a otros potenciales licitadores, y por ello es contraria a lo dispuesto en el artículo 117.2 del TRLCSP.

Añade que no se consideran para ninguno de los medicamentos objeto de suministro los niveles de otros excipientes que también podrían tenerse en cuenta como el de glucosa, relevante en el caso de pacientes con diabetes ya que *“el adecuado seguimiento de las dosis y pautas prescritas en la administración de los fármacos al paciente que debe llevar a cabo el médico prescriptor debería ser instrumento suficiente para controlar el nivel de sodio (o el de otros excipientes en función de las distintas patologías que pueda presentar cada paciente), sin necesidad de aplicar restricciones injustificadas como la contemplada en la cláusula 2.2 del PPT”*.

No discute que el nivel de sodio pueda ser una característica a valorar del medicamento, de hecho el PCAP en la cláusula 1, apartado 8, entre los criterios objetivos de adjudicación otorga hasta tres puntos a los medicamentos que no contienen excipientes como etanol y cremofol pero no excluye a los medicamentos que sí los contienen.

El órgano de contratación en su informe alega que el acuerdo marco es un sistema de racionalización técnica de la contratación pública y explica que los productos que se han licitado en el mismo son aquellos de uso generalizado en el SERMAS, por lo que la Subdirección General de Farmacia y Productos Sanitarios y los Servicios de Salud adheridos al procedimiento, los han considerado como idóneos para una adquisición agregada.

Afirma que el Acuerdo marco no es un procedimiento de compras por indicación (no se seleccionan productos para abordar una patología) y su objetivo no es incorporar al mismo todas las soluciones del mercado, sino sólo aquellas para las que por su uso clínico generalizado, se ha considerado que el acuerdo marco puede ofrecer mayor eficiencia y eficacia, sin que ello cierre el mercado para el resto de alternativas existentes, que pueden seguir accediendo al SERMAS por los procedimientos habituales de contratación.

Sostiene que el Acuerdo marco no tiene carácter de exclusivo respecto a los productos, ni excluyente en los procedimientos por lo que no cabe apreciar limitación alguna de la competencia, como ha manifestado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en sus Resoluciones 1212/2017, de 22 de diciembre de 2017 y 140/2013, de 10 de abril de 2013.

Añade que es al órgano de contratación al que corresponde definir las características de los bienes a suministrar para la mejor satisfacción del interés general al que sirve y que mejor satisfacen el objeto del Acuerdo marco y cita la Resolución 232/2016 de este Tribunal para fundamentar que no tiene que ajustarse a las presentaciones o características presentes en el mercado sin que se limite la concurrencia el hecho de que solo algunos productos se adecuen a lo exigido.

Por ultimo justifica la exigencia técnica contenida en el apartado 2.2 del PPT: *“por un tema de seguridad debido al alto volumen de consumo del medicamento paracetamol y a la existencia de una amplia población susceptible al tratamiento, por lo que es preferible utilizar presentaciones exentas de sodio. Por el contrario en el caso de medicamentos como granisetron hidrocioruro y ondansetron hidrocioruro, no se ha considerado necesario excluir aquellas presentaciones no exentas de sodio ya que se trata de medicamentos dirigidos a una población muy concreta, con mayor seguimiento y control, debido a las indicaciones de estos medicamentos”.*

El artículo 194 del TRLCSP, define los sistemas de racionalización de la compra pública, entre los que contempla los acuerdos marcos que regula en sus artículos 196 y siguientes. Según lo establecido en el artículo 196 del TRLCSP *“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, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada”.*

Comprueba el Tribunal que en la memoria de justificativa para la adquisición

centralizada de medicamentos para los hospitales del Sermas se indica que *“La selección de la inclusión de estos fármacos en un procedimiento centralizado de compra, obedece al impacto económico que tienen y a la posibilidad de mejorar en el precio de adquisición basado en volumen de compras”*, siendo por tanto el precio el criterio con más peso con un 80% sobre la valoración total, lo que *“fomenta la competencia entre los diferentes proveedores legalmente autorizados”*. Añade que *“Estos fármacos forman parte de los medicamentos disponibles y esenciales para cubrir las necesidades asistenciales de los pacientes de acuerdo con los protocolos de tratamiento establecidos en los hospitales del Servicio Madrileño de Salud”*.

Como ha manifestado este Tribunal, valga por todas, la Resolución 338/2017, de 16 de noviembre, en la que reitera su Resolución 212/2016, de 13 octubre, cabe recordar que de acuerdo con el artículo 1 del TRLCSP, la igualdad de trato y la salvaguarda de la libre competencia son principios fundamentales en los que se apoya la contratación del sector público, en consonancia con lo que el artículo 117.2 del TRLCSP que 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”*. Esto supone la necesidad de que los órganos de contratación al definir la prestación objeto del contrato, lo hagan utilizando referencias técnicas elaboradas por organismos de homologación o normalización, o en términos de rendimiento o de exigencias funcionales y a la vez que no es lícito hacerlo mediante la mención de características técnicas de determinada marca que excluya a todas las demás capaces de cumplir la misma función.

En todo caso, la determinación de qué especificaciones técnicas pueden conculcar los principios de libre concurrencia e igualdad de trato debe hacerse teniendo en cuenta, a efectos interpretativos y en cuanto no vulnere la legislación vigente, el considerando 74 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en cuanto establece que *“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 (...). 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 (...).”

La Ley no permite ninguna práctica restrictiva de la competencia ya que una de sus finalidades es, como hemos visto, asegurar la libertad de concurrencia de las empresas y la selección de la mejor oferta.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de septiembre de 2002, en el asunto C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab y Heisnsingin Kaupunki, en relación con el principio de igualdad de trato manifiesta que éste responde a la esencia misma de las directivas en materia de contratos públicos, que tienen por objeto, en particular, favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores que están comprendidos en los ámbitos de aplicación respectivos y que enuncian los criterios de adjudicación del contrato tendentes a garantizar dicha competencia. En cuanto a la amplitud de la misma, en el apartado 85, señala que *“el hecho de que solo un número reducido de empresas, entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora, pudiera cumplir uno de los criterios aplicados por dicha entidad para determinar la oferta económicamente más ventajosa no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato”*.

Entiende el Tribunal que desde el punto de vista clínico (medicamentos genéricos de uso generalizado en el SERMAS) está racional y razonadamente justificada la decisión del órgano de contratación en cuanto a la selección del fármaco incluido en el lote 14 del Acuerdo marco de entre todos los posibles, por tratarse del paracetamol de mayor consumo y uso más generalizado para cualquier tipo de pacientes, sin que suponga ninguna restricción a la competencia el hecho de

que se comercialice por unos pocos proveedores y sin que el hecho de que para otros medicamentos se valore la limitación de la presencia de ciertos componentes en el excipiente, pueda ser considerada como parámetro de la vulneración del principio de igualdad, al resultar acreditado que no se trata de situaciones homologables.

Por todo ello, considera este Tribunal que se debe desestimar el recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial interpuesto por don I.M.P., en nombre y representación de GES Genéricos Españoles Laboratorio, S.A., contra la cláusula 2.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas en lo que a las presentaciones del lote 14 (paracetamol) se refiere, del Acuerdo marco para el “Suministro de medicamentos (19 lotes) para los hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud”, número de expediente: PA SUM 14/2017.

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 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante

el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.