



EB 2015/058

Resolución 072/2015, de 13 de julio de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por empresa HOSPIRA PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L. contra la adjudicación del contrato para el suministro del medicamento Infliximab para las organizaciones de servicios de OSAKIDETZA.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 28 de mayo de 2015 la empresa HOSPIRA PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L. interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato para el suministro del medicamento Infliximab para las organizaciones de servicios de OSAKIDETZA.

SEGUNDO: El expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada el día 9 de junio de 2015 en el registro del OARC / KEAO.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 10 de junio de 2015, se han recibido las de la empresa KERN PHARMA.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de quien actúa en su nombre.



SEGUNDO: Según el artículo 40.1 a) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de suministros sujetos a regulación armonizada.

TERCERO: El objeto del recurso es la Resolución de adjudicación, acto impugnado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40.2 c) TRLCSP.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, OSAKIDETZA tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El acto impugnado adjudica el contrato a tres licitadores, aunque la oferta más ventajosa, de acuerdo con las puntuaciones otorgadas, es la de la recurrente, a la que se debiera haber hecho la adjudicación en exclusiva. Falsea la competencia adjudicar en iguales condiciones el contrato a ofertas que han obtenido puntuación diferente.

b) El expediente de contratación tiene por objeto el suministro de Infliximab, que es un fármaco no sustituible por el farmacéutico. Los pliegos establecen que los tratamientos en curso “a priori” deben continuarse con el mismo medicamento, por lo que lo que se licita es el fármaco para los nuevos tratamientos. Adjudicar el contrato a más de un empresario sólo se justificaría de quererse mantener una partida al proveedor del fármaco usado en los procedimientos en curso y siempre que el proveedor no hubiera resultado adjudicatario, supuesto este último en el que se adjudicaría a dos licitadores, el contratado previamente para los tratamientos en curso y el que presentara la oferta económicamente más ventajosa para los nuevos tratamientos, como se



deduce de del punto 1 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP).

c) Aunque la Resolución de adjudicación da a entender que se trata de un Acuerdo Marco con varios empresarios, lo cierto es que se prevé la adjudicación a un único empresario, dado que no consta un procedimiento posterior para para adjudicar los contratos derivados eligiendo entre varios eventuales adjudicatarios del Acuerdo Marco.

d) Finalmente, se solicita la adjudicación del Acuerdo en exclusiva a la recurrente o, subsidiariamente, que se aclare el alcance de la adjudicación en el sentido de que, en todo caso, debe adquirirse el producto de HOSPIRA para todos los nuevos tratamientos.

SÉPTIMO: La empresa KERN PHARMA alega que se trata de un Acuerdo Marco, que los pliegos prevén claramente la posibilidad de adjudicar a varios proveedores y que no hay ninguna irregularidad en el hecho de que dichos pliegos no prevean los criterios por los que se regirán los contratos derivados.

OCTAVO: Por su parte, el poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) INFLIXIMAB es un fármaco biológico no sustituible por el farmacéutico; hasta el pasado mes de febrero, el único medicamento comercializado y financiado por el Sistema Nacional de Salud que contenía INFLIXIMAB era Remicade, actualmente adquirido por Osakidetza mediante un contrato en prórroga extraordinaria hasta la adjudicación y formalización del contrato cuya adjudicación se ha impugnado.

b) Ante la comercialización de medicamentos biosimilares que contenían INFLIXIMAB, Osakidetza inició un nuevo expediente que permitiera la adjudicación compartida de varios proveedores por tratarse de un medicamento no sustituible.



c) El informe técnico de la adjudicación señala que, al objeto de garantizar la continuidad de los tratamientos iniciados, se podría adjudicar a más de un proveedor.

d) La adjudicación del contrato supondría a Osakidetza ahorros de 1,7 millones de euros; el medicamento objeto del contrato está a fecha de hoy bajo un contrato en vigor con MERCK SHAP & DOME DE ESPAÑA, S.A. a un precio un 62% más caro que el ofertado en el procedimiento impugnado por la oferta más barata, por lo que el retraso en la adjudicación supone un importante sobrecoste.

e) Estando establecidas en los Pliegos, los cuales no fueron impugnados en tiempo y forma, todas las condiciones del Acuerdo Marco, la carátula del PCAP, de acuerdo con lo dispuesto en el TRLCSP, recoge que la ejecución del contrato ha de formalizarse mediante los pedidos efectuados por las unidades administrativas o responsables del Acuerdo Marco, sin necesidad de formalizar nuevos contratos derivados.

NOVENO: En síntesis, el recurrente solicita que se le adjudique en exclusiva el Acuerdo marco cuya adjudicación impugna porque, estando acreditado que su oferta es la más ventajosa tras la aplicación de los criterios de valoración, no hay motivo para compartir dicha adjudicación con otras dos empresas peor puntuadas; subsidiariamente, y a la vista de lo dispuesto en el punto 1 de la carátula del PCAP, se solicita que las únicas adquisiciones de medicamentos a los otros dos adjudicatarios sean las estrictamente necesarias para garantizar la continuidad de los tratamientos iniciados con anterioridad a la vigencia del referido Acuerdo Marco.

El análisis de la cuestión debe partir del contenido de los pliegos, los cuales no han sido impugnados en tiempo y forma, por lo que, según una reiterada doctrina, pasan a regir en sus propios términos el procedimiento de adjudicación y vinculan a la Administración y a los licitadores.



Del contenido de dichos pliegos son especialmente significativos para el objeto del recurso los siguientes apartados:

1) Según la carátula del PCAP, se trata de un «Acuerdo marco mediante procedimiento regulado art. 198.4 del TRLCSP», identificándose la oferta más ventajosa mediante la aplicación de varios criterios.

2) El apartado 1.2 de la carátula del PCP establece lo siguiente:

«De acuerdo a la ORDEN SCO/2874/2007 de 28 de septiembre por la que se establecen los medicamentos que constituyen excepción a la posible sustitución por el farmacéutico, INFLIXIMAB es un fármaco no sustituible por el farmacéutico. Por ello en lo que respecta al lote 1 y al objeto de garantizar la continuación de los tratamientos iniciados con anterioridad a la adjudicación del presente expediente, se podrá adjudicar a más de un proveedor.»

3) El apartado 41 de la carátula del PCAP establece que:

«La ejecución del contrato derivado del acuerdo marco se formalizará a través de los pedidos efectuados por las unidades responsables o destinatarias del acuerdo marco, sin necesidad de formalizar contratos derivados.»

A la vista de estas cláusulas, es claro que los pliegos permiten expresamente la adjudicación del contrato a varios licitadores. Sin embargo, también es cierto que tal posibilidad está fundamentada en un único motivo mencionado en los pliegos, de tal modo que solo será legalmente correcta la adjudicación a varias ofertas si obedece a dicho fundamento, que es el de dar continuidad a los tratamientos médicos ya iniciados con productos distintos del ofertado por el licitador que presentó la oferta económicamente más ventajosa. Por ello, aunque, de acuerdo con los pliegos, pueda ser válida la adjudicación a varios licitadores, deben cumplirse dos condiciones: la primera, que la presencia en el acto impugnado de adjudicatarios distintos de aquél que presentó la mejor proposición, y la consecuente adquisición de los productos que ofertan, solo se



justifica si obedece a que se trata de un producto necesario para dar continuidad a tratamientos ya iniciados, y solo en ese caso; la segunda, corolario o reverso de la primera, es que los pedidos que se soliciten para satisfacer las necesidades originadas por tratamientos iniciados con posterioridad solo podrán efectuarse al empresario que efectuó la oferta más ventajosa, y solo a él.

Analizada la documentación que consta en el expediente, se observa que el acto impugnado no garantiza el cumplimiento de las dos citadas condiciones. Del tenor literal de la adjudicación no se deduce que entre los tres adjudicatarios, a pesar de tener distintas puntuaciones, exista diferencia alguna a la hora de obtener los pedidos derivados del contrato, pues no se establece para ello ninguna prioridad entre ofertas, ni se diferencia entre los pedidos necesarios para dar continuidad a tratamientos ya iniciados y los solicitados para nuevos tratamientos. Esta situación no se ajusta al contenido de los pliegos descrito más arriba y posibilita que el poder adjudicador reparta el volumen de negocio del contrato de modo arbitrario, pudiendo, por ejemplo, atribuírselo íntegramente a uno de los adjudicatarios o descartar completamente, de hecho, a la oferta más ventajosa, pues no hay en la adjudicación regla previa alguna que lo impida.

Por lo tanto, debe anularse el acto y retrotraerse las actuaciones para que, en su lugar, se dicte una nueva resolución que, a la vista de las puntuaciones otorgadas, declare adjudicataria exclusiva del suministro de los productos necesarios para los nuevos tratamientos a la empresa recurrente; la presencia, en su caso, de otra u otras ofertas en la nueva adjudicación solo será posible en cuanto sus productos sean necesarios para la continuidad de tratamientos ya iniciados y con ese límite, extremos ambos que deberán quedar claramente reflejados.

Sin perjuicio de lo anterior, este OARC / KEAO considera que la configuración del contrato no es la más idónea para la satisfacción del interés público que constituye su finalidad, y ello ha contribuido a producir el acto anulado. En



particular, parece que hubiera sido más claro establecer lotes diferentes, uno para los productos para los nuevos tratamientos y además, tantos lotes como productos sean necesarios para dar continuidad a los tratamientos en curso. En su caso, estos últimos productos podrían también haber sido objeto de procedimiento negociado si se dieran los requisitos legales para ello.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato para el suministro del medicamento INFLIXIMAB para las organizaciones de servicios de OSAKIDETZA interpuesto por la empresa HOSPIRA PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y HOSPITALARIOS, S.L, anulando el acto impugnado y ordenando la retroacción de actuaciones para el dictado de una nueva adjudicación en los términos establecidos en el penúltimo párrafo del Fundamento de Derecho Noveno de la presente Resolución.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 47.4 TRLCSP.

TERCERO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la



misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko uztailaren 13a

Vitoria-Gasteiz, 13 de julio de 2015