



**EB 2016/020**

**Resolución 038/2016, de 29 de marzo de 2016, 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 en materia de contratación interpuesto por la empresa CONTSE, S.A. contra los pliegos del “Acuerdo Marco para el suministro de gases medicinales en botellas y mantenimiento preventivo de las diferentes instalaciones de gases para la organización sanitaria integrada Barrualde Galdakao”, tramitado por Osakidetza.**

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** El día 2 de febrero se interpuso en el registro del órgano de contratación el recurso especial formulado por la empresa CONTSE, S.A. contra los pliegos del “Acuerdo Marco para el suministro de gases medicinales en botellas y mantenimiento preventivo de las diferentes instalaciones de gases para la organización sanitaria integrada Barrualde Galdakao”, tramitado por Osakidetza.

**SEGUNDO:** El recurso, junto con el expediente y el informe al que se refiere el art. 46.2 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) causó asiento de presentación en el libro de entradas del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el 8 de febrero de 2016.

**TERCERO:** No constan en el expediente interesados diferentes del recurrente y el poder adjudicador.



## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Consta la legitimación del recurrente, así como la representación de Don M.A. M.A. que actúa en su nombre.

**SEGUNDO:** El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de suministro sujetos a regulación armonizada.

**TERCERO:** El artículo 40.2 a) del TRLCSP señala que podrán ser objeto de recurso «los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.»

**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, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

**SEXTO:** El argumento del recurso es, en síntesis, que la licitación infringe el principio de libre competencia porque se incluye en ella un medicamento de escasa incidencia (la mezcla 50% O<sub>2</sub> y 50% N<sub>2</sub>O) que solo comercializan como medicamento dos empresas de las que operan en España en el ámbito de los gases medicinales. Según el recurso, cuando un gas terapéutico tiene un consumo limitado por dirigirse a usuarios muy específicos, los Laboratorios pueden optar por comercializar el producto como fórmula magistral, sin tener que pasar por los costosos trámites de registrarlo como medicamento; debe tenerse en cuenta que cuando el producto se registra como medicamento desaparece esta posibilidad de comercialización, herramienta que usan los grandes gasistas para monopolizar este mercado, impidiendo a otros laboratorios acceder a las licitaciones públicas. A juicio del recurrente, el producto debatido debiera adquirirse en compra directa y no condicionando, como es el caso, el acceso a la totalidad del objeto del contrato, perjudicando la concurrencia de un mayor número de empresas.



**SÉPTIMO:** El poder adjudicador en su informe se opone al recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) La mezcla de gases a la que se refiere el recurso se utiliza en las urgencias de traumatología y urología, y el año pasado supuso un importe de compra aproximado de 5.000 euros, IVA excluido, lo que supone más de un 5% anual del importe destinado al suministro de gases.

b) No es cierto que la mezcla se comercialice solo por dos empresas, sino por cuatro.

c) El poder adjudicador no puede incumplir la normativa solicitando el gas a una empresa que no lo tiene registrado como medicamento, ya que se trata de usarlo en pacientes. Llevando al absurdo el argumento de CONTSE, no se podría licitar el suministro de gases, ya que siempre podía haber alguna empresa que no pudiera comercializar alguno de ellos y que podría exigir su exclusión del objeto del contrato. Además, una actuación contraria supondría fraccionar el objeto del contrato para adquirir parte de él mediante compra directa.

d) Se alega que la configuración del contrato compete al órgano de contratación y, una vez que se ha comprobado que no es arbitraria, las empresas no pueden exigir que tal configuración les favorezca.

**OCTAVO:** De acuerdo con el artículo 2 i) de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, es fórmula magistral «el medicamento destinado a un paciente individualizado, preparado por un farmacéutico, o bajo su dirección, para cumplimentar expresamente una prescripción facultativa detallada de los principios activos que incluye, según las normas de correcta elaboración y control de calidad establecidas al efecto, dispensado en oficina de farmacia o servicio farmacéutico y con la debida información al usuario en los términos previstos en el artículo 42.5.» El artículo 42.2 de la misma norma añade que «las fórmulas magistrales se elaborarán en las oficinas de farmacia y servicios farmacéuticos legalmente establecidos que dispongan de los medios necesarios para



su preparación de acuerdo con las exigencias establecidas en el Formulario Nacional», si bien excepcionalmente dichas oficinas, si no disponen de los medios necesarios, «podrán encomendar a una entidad de las previstas en esta ley, autorizada por la Administración sanitaria competente, la realización de una o varias fases de la elaboración y/o control de fórmulas magistrales...» En resumen, la formulación magistral se utiliza, previa prescripción facultativa, para preparar medicamentos destinados a un paciente concreto e individualizado que, por alguna razón, no puede ser tratado con un medicamento industrial; además, es excepcional que pueda elaborarse por entidades autorizadas distintas de las oficinas o servicios de farmacia. Consecuentemente, la pretensión del recurrente, que en definitiva solicita que la provisión ordinaria y general de ciertos gases medicinales sea acudiendo a fórmulas magistrales no registradas como medicamentos, es contradictoria en sus propios términos, pues solicita convertir en habitual algo que es, por definición, excepcional y ajustado a casos muy concretos.

No es aceptable la alegación acerca de la exigencia del poder adjudicador de que los suministros sean medicamentos registrados es una barrera de entrada ilegítima, pues como bien señala el informe del órgano de contratación, en su mano está obtener dicho registro para su producto mediante un procedimiento que es igual para todos los operadores económicos. Finalmente, debe recordarse que la configuración del objeto contractual es competencia discrecional del poder adjudicador limitada, entre otras cosas, por la interdicción de la arbitrariedad, límite cuyo traspaso no se ha acreditado; en este sentido, la petición de que los productos debatidos sean excluidos de la licitación y adjudicados directamente es tanto como pretender que la Administración renuncie a su potestad de elaboración de la documentación contractual para que el diseño del contrato le favorezca, lo que no es posible (ver, por ejemplo, la Resolución 41/2015 del OARC / KEAO).

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 del a Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano



Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

## RESUELVE

**PRIMERO:** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa CONTSE, S.A. contra los pliegos del “Acuerdo Marco para el suministro de gases medicinales en botellas y mantenimiento preventivo de las diferentes instalaciones de gases para la organización sanitaria integrada Barrualde Galdakao”, tramitado por Osakidetza.

**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.

**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, 2016ko martxoaren 29a**

Vitoria-Gasteiz, 29 de marzo de 2016