



Recurso nº 556/2016 C.A. Principado de Asturias 25/2016

Resolución nº 620/2016

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 29 de julio de 2016

**VISTO** el recurso interpuesto por D<sup>a</sup>. V. G. G. y D<sup>a</sup>. B. V. M., en nombre y representación de la empresa CHIESI ESPAÑA, S.A., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores del acuerdo marco destinado a regular las condiciones del "*Suministro de medicamentos del Grupo L "Terapia antineoplásica y agentes inmunomoduladores" para su utilización por los Hospitales dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias*", licitado por el Servicio de Salud del Principado de Asturias; el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO.

**Primero.** El Servicio de Salud del Principado de Asturias resolvió abrir la licitación del acuerdo marco de "*Suministro de medicamentos del Grupo L "Terapia antineoplásica y agentes inmunomoduladores" para su utilización por los Hospitales dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias*", (expediente SC/16-16).

El valor estimado del contrato se cifra en 7.892.052,35€, IVA excluido. El presupuesto base de licitación es de 3.431.327,11€, neto; y total de 3.568.580,19 €

El contrato fue anunciado en el Suplemento del Diario Oficial de la Unión Europea (TED) el día 7 de junio de 2016, en el BOE de 21 de junio de 2016, y en el perfil del contratante el 7 de junio de 2016.

**Segundo.** La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en adelante), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en las disposiciones

de desarrollo de la Ley y, en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.

**Tercero.** Publicados los anuncios de licitación en los términos descritos, se ha interpuesto recurso especial en materia de contratación por la mercantil CHIESI ESPAÑA, S.A., frente al pliego de cláusulas administrativas particulares regulador del contrato.

**Cuarto.** De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido el día 29 de junio de 2016, añadiendo el correspondiente informe el 30 de junio de 2016.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**

**Primero.** La competencia para resolver el recurso especial en materia de contratación corresponde a este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto con la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, publicado en el BOE de 28 de octubre de 2013.

**Segundo.** Nos encontramos ante un acuerdo marco destinado a establecer las condiciones de los futuros contratos de suministro, sujeto a regulación armonizada, por lo que es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación de conformidad con el artículo 40.1.a) del TRLCSP.

**Tercero.** El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, al tratarse de una entidad potencial licitadora cuyos derechos o intereses legítimos pueden verse afectados por la aplicación de los pliegos reguladores del contrato.

**Cuarto.** La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles entre la fecha de remisión de la notificación del acto impugnado y la de presentación del recurso.

**Quinto.** En cuanto al fondo de su recurso, el recurrente impugna en primer lugar la cláusula 1.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), en lo referente a la especificación de los lotes que serán objeto de suministro, y en concreto, el lote 20. Dicho lote se refiere al suministro de “TACROLIMUS CÁPSULA LIBERACIÓN MODIFICADA”. El recurrente alega la indebida exigencia de que dicho medicamento deba suministrarse en formato de cápsulas; y ello porque la mercantil CHIESI comercializa el mismo principio activo, de liberación modificada, pero en forma de comprimidos en lugar de cápsulas. Entiende por tanto, que tratándose de un medicamento similar, pero con una presentación diferente, se introduce una discriminación indebida respecto a este licitador, pues ningún motivo técnico justifica la necesidad de que el medicamento se deba suministrar en forma de cápsula y no de comprimido.

Al respecto, el órgano de contratación informa el recurso en los siguientes términos:

*“En el expediente que nos ocupa, las necesidades administrativas a satisfacer mediante la presente licitación vienen avaladas por el informe propuesta de la Dirección General de Atención y Evaluación Sanitaria, ajustándose de manera precisa a aquéllas a las que tiene que dar respuesta el órgano de contratación.*

*En cuanto a la idoneidad a que se refiere el artículo 22 del TRLCSP, viene acreditada por una parte, por el Servicio de Farmacia que lo justifica en los históricos de consumo en las distintas Áreas sanitarias dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias, y por otra, es evidente que dichos históricos son fiel reflejo de los tratamientos prescritos por el personal facultativo competente a la vista de la problemática concreta de cada paciente. En consecuencia, tanto el Servicio de Farmacia como el personal asistencial avalan la citada idoneidad del objeto del lote 20, que es la que sirve de base para justificar y delimitar el objeto del contrato.*

*En consecuencia, la descripción contenida para el lote 20 "Tacrólimus cápsula liberación modificada" responde exactamente a las necesidades existentes en el Sespa, resultando idóneo para su satisfacción teniendo en cuenta los tratamientos que actualmente se*

*están dispensando a los pacientes en el ámbito del Servicio de Salud del Principado de Asturias.*

*Así mismo, como se verá más adelante al no haber equipolencia entre los medicamentos suministrados bajo la denominación Envarsus y Advagraf (como reconoce la propia empresa recurrente), el cambio de dispensación obligaría a tener que llevar a cabo la conversión de los tratamientos (modificando las pautas actuales) de los pacientes que ya los han iniciado y permanecen estables, con los trastornos que ello podría suponer para los mismos.*

*[...]*

*No estamos ante dos medicamentos equivalentes: luego no se trataría de una mera cuestión de formato limitativo de la concurrencia sino de otro tipo de prestaciones inherentes al medicamento.*

*El propio recurrente afirma a lo largo de su escrito de recurso la no equivalencia entre ambos medicamentos en el Segundo motivo del recurso apartado B señala: "A pesar de que Envarsus es comparable a Advagraf (el otro medicamento de liberación modificada con Tacrólimus que está comercializado en España) en cuanto a su administración en dosis única diaria, estos dos productos no son equipotentes. En otras palabras, dada su distinta formulación producen el mismo efecto necesitando diferentes cantidades de principio activo."*

*Tanto cuestiones de índole médica como de estabilidad presupuestaria basada en la diferencia de precio entre un formato y otro (puesta de manifiesto por la propia empresa recurrente) avalan la discrecionalidad del órgano de contratación de decidir el formato que implique una mayor eficiencia en los recursos públicos [...]."*

**Sexto.** Este Tribunal entiende que asiste la razón a la recurrente, por haberse introducido especificaciones técnicas en la licitación que restringen la concurrencia entre licitadores, sin que exista una justificación objetiva al respecto. Veamos la motivación.

En el presente caso, a la vista de las justificaciones vertidas por el órgano administrativo, no se aprecian razones de fondo que avalen la exigencia de que el medicamento deba ser suministrado en forma de cápsula y no de comprimidos. De la lectura del informe del órgano de contratación se extraen tres motivos principales por los que no resultaría beneficioso cambiar el suministro actual: uno es la experiencia por el consumo habitual del medicamento actualmente utilizado; el segundo es el perjuicio médico para los actuales pacientes a los que se ha prescrito dicho medicamento y debieran cambiar de tratamiento; y el tercero es la protección del presupuesto, pues teme la Administración que el medicamento del recurrente resulte más oneroso.

Pues bien, con carácter previo, llamar la atención sobre el hecho de que la Administración no ha defendido tanto la corrección de los pliegos como la no idoneidad del producto de la recurrente, lo que supone un juicio equivocado a nuestro entender. No ha de pensar la Administración que la modificación del pliego puede suponer necesariamente un cambio de suministrador. Y además, lo que ha de defenderse es la objetividad y acierto de la redacción de los pliegos, el acierto en la determinación de determinados requisitos técnicos de los pliegos, no los elementos negativos de un cambio de suministro.

**Séptimo.** Dicho lo cual, ninguno de los tres motivos expuestos pueden ser admitidos.

Respecto al primero de ellos, atinente a los consumos históricos, supone valorar de facto la experiencia previa de los licitadores, lo cual es un factor vetado en el ámbito de la contratación, con muy escasas salvedades.

La experiencia previa no puede constituirse como criterio de justificación, habiéndose previsto esta circunstancia de forma expresa en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, artículo 45.1: “1. *En sus procedimientos de contratación, los entes, organismos y entidades integrantes del sector público no podrán otorgar ninguna ventaja directa o indirecta a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.*”

Por su parte, precisamente a raíz de esa normativa, se introdujo como causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos relacionados en el TRLCSP, la prevista en

el artículo 32.d: *“Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes: d) Todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.”*

También podemos traer aquí el parecer de la Comisión Nacional de Competencia, que en su Guía sobre Contratación Pública y Competencia, se pronuncia como sigue: *“Tanto la propia LCSP como la jurisprudencia y doctrina establecen claramente que la solvencia es el elemento que mide la aptitud de las empresas, mientras que los criterios de evaluación han de medir las características de la oferta. En consecuencia, la experiencia de los licitadores no puede ser considerada como un parámetro puntuable a efectos de obtener la adjudicación. Debe entenderse pues, que todas las empresas que acrediten la solvencia requerida están igualmente capacitadas para ejecutar el contrato y, en consecuencia, la adjudicación debe realizarse en función de otros criterios.”*

Consúltense en cualquier caso, las Resoluciones 290/2012, de 14 de diciembre y 612/2013, de 11 de diciembre, en las que este Tribunal se ha pronunciado sobre la imposibilidad de valorar la experiencia de los licitadores como criterio de adjudicación.

En definitiva, el hecho de venir suministrando un medicamento a lo largo del tiempo en un centro médico, no puede presuponer una ventaja para el licitador correspondiente, en detrimento del resto, pues elimina de facto la concurrencia. Y más aún, cuando en un caso como el que estudiamos, no habría competencia efectiva, pues sólo hay un productor del medicamento en formato de cápsulas, y un productor del medicamento en formato de comprimidos.

**Octavo.** En segundo lugar, se alega el trastorno para los pacientes en caso de que se produjera una modificación del tratamiento. Sin embargo, aunque la salud de las personas es un bien jurídico constitucionalmente protegido, y por tanto, de especial importancia, la tesis de la Administración no se encuentra debidamente justificada, y no es hábil para justificar el inmovilismo en la contratación que se pretende.

Este Tribunal no dispone de los conocimientos técnicos debidos para comparar el efecto de un medicamento u otro sobre los pacientes. Sin embargo, tampoco ha precisado la

Administración un perjuicio concreto para la salud más allá de un hipotético perjuicio, no cierto y no explicado con el debido detalle. En cambio, puede pensarse que para el hipotético cambio de suministro (que no necesariamente ha de producirse en el caso de abrir la concurrencia) habrá pacientes nuevos que no habrán utilizado nunca el medicamento anterior. Habrá pacientes antiguos que lo podrán concluir, por la existencia de un cierto remanente hasta la implantación del nuevo. Y por último, en el supuesto que fuera necesario, podría tramitarse un procedimiento de licitación al efecto para contratar el suministro requerido.

Nuestro sistema de seguridad social, y en concreto, el sistema de prestaciones farmacéuticas, no puede garantizar un derecho a que permanezcan inalterables los tratamientos, obteniendo unos medicamento u otros. Y precisamente, la protección del presupuesto que invoca el órgano de contratación obliga a que puedan explorarse mejoras en el coste de los suministros, ya sea mediante un proveedor nuevo más barato, o mediante el mismo proveedor que mejora su oferta ante la existencia de concurrencia efectiva.

Por tanto, no se justifica suficientemente que la protección de la salud de los pacientes, la cual merece el máximo cuidado y salvaguardia, deba prevalecer en este caso sobre el principio de libre concurrencia que preside la contratación pública, pues no se ha acreditado la existencia de un peligro real, concreto e inminente.

**Noveno.** Y en tercer lugar, se acude a la protección del presupuesto, como máxima que rige la contratación pública. El argumento de la Administración gravita sobre el hecho de que ambos medicamentos no son equipotentes, requiriendo diferente dosis; así como que los diferentes formatos incurren en un diferente coste, siendo más económica la presentación en cápsulas.

Pues bien, la Administración adelanta una hipótesis que asume como cierta, y es que la utilización del medicamento Advagraf (en cápsulas) va a resultar más económica, por lo que han de redactarse los pliegos de modo que sólo pueda participar tal licitador. Y ello supone un error, además de una irregularidad. La Administración tendrá tiempo suficiente para comprobar que la oferta del medicamento Advagraf es más económica que la oferta

de Envarsus (en comprimidos), si es que así fuera finalmente, pues para eso se diseña el procedimiento de contratación administrativa, pero no puede eliminar de raíz la posibilidad de comparar las ofertas.

Sin duda, la concurrencia sirve para mejorar las proposiciones económicas de los licitadores, no así las situaciones de monopolio. Por tanto, de no existir una verdadera razón que avale la introducción de criterios técnicos que reduzcan la participación, ésta última debe ser siempre la principal premisa en la contratación, pues es a través de la misma por la que se consiguen beneficios directos, como el puramente económico, e indirectos, como son la innovación, productividad y desarrollo (especialmente importante en el ámbito científico).

**Décimo.** Vistos los antecedentes, a un supuesto como el presente le resulta de aplicación la doctrina que se ha venido consolidando en multitud de resoluciones por este Tribunal, pudiendo citar por ejemplo la Resolución 184/2016, de 4 de marzo de 2016, en la que nos pronunciamos del siguiente modo:

*“Este Tribunal ha desarrollado en varias resoluciones una extensa doctrina sobre el alcance del citado artículo 117.8 del TRLCSP, doctrina que se puede resumir en los siguientes puntos:*

*1.- La determinación de los requisitos técnicos exigibles en la licitación corresponde al órgano de contratación, que dispone al efecto de un amplio margen de discrecionalidad.*

*En la Resolución 991/2015, de 23 de octubre, el Tribunal declaró lo siguiente:*

*“En el análisis de la cuestión controvertida, debe tenerse presente que el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos de la prestación que se pretende contratar, a fin de garantizar, como señala el artículo 1 del TRLCSP, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos.*

*Decíamos en nuestra Resolución 548/2014, de 18 de julio, ‘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’.*

*En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación. Cabe así citar la Resolución no 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid: ‘Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida.’” En el mismo sentido se expresa la Resolución 363/2014, de 9 de mayo, con cita de la Resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid no 62/2011, de 28 de septiembre.*

*En fin, en este punto “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.’ (Resolución 250/2015, de 23 de marzo).*

*2.- La discrecionalidad que asiste al órgano de contratación al establecer los requisitos técnicos exigibles en la contratación tiene como límite el respeto al principio de concurrencia, finalidad a la que responde el artículo 117.8 del TRLCSP.*

*De acuerdo con este precepto, “las referencias a marcas comerciales constituyen una excepción a las normas generales en relación con las especificaciones técnicas, lo que implica que debe ser interpretado de manera restrictiva, de tal forma que al órgano de contratación que quiera aplicarlas le incumbe la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias que justifican la excepción” (Resolución 824/2015, de 18 de septiembre).*

*También ha destacado el Tribunal en anteriores ocasiones la finalidad que persigue el artículo 117.8 del TRLCSP, que es la de evitar restricciones injustificadas de la concurrencia. En la Resolución 824/2015, de 18 de septiembre, con cita de la Resolución 417/2013, de 26 de septiembre, (y de la Resoluciones 672/2015, 102/2012 y 17/2012), señaló este Tribunal que “la finalidad de este precepto no es otra que evitar la posibilidad de que la decisión de adjudicación que deba adoptar el órgano de contratación quede prejuzgada por la propia definición de las especificaciones técnicas de la prestación. Y ello, con el objeto de evitar que mediante esta técnica queden injustificadamente excluidos de los procedimientos de licitación algunos licitadores.”*

*En definitiva, cabe apreciar vulneración del artículo 117.8 del TRLCSP cuando se falsea la competencia al implicar el Pliego que los bienes o servicios objeto de contratación sólo pueden ser proporcionados por un único empresario (Resolución 861/2015, de 25 de septiembre).”*

Trasladándonos a nuestro caso, aunque no se haga referencia a una marca o fabricante concreto, no cabe sino concluir que el PCAP limita la participación a un único licitador por el tipo de producto y modo de producción, lo que da lugar a infringir el artículo 117.8 TRLCSP. Y es que, tratándose del mismo principio activo, destinado a la misma finalidad,

se reduce la licitación al suministro de “cápsulas”, sin añadir un producto “equivalente”, que sería igualmente hábil para la satisfacción de la necesidad de la Administración.

La forma en que se han redactado los pliegos no se compadece con los principios recogidos en el mismo artículo 117 del TRLCSP, apartado 2, según el cual: “2. 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.”

Por último, tanto el recurrente como la Administración citan como ejemplo la Resolución 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, cada uno en un sentido diferente. Dicha Resolución se pronuncia así:

*“Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación concreta, que viene determinada por las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación o formato que libremente ha elegido cada productor, sino que puede exigir una determinada, ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida. Ello ocurre cuando los potenciales licitadores tienen la posibilidad, al menos teórica, de ofrecer los productos solicitados en la presentación pedida, ajustando, en su caso, la producción a las necesidades del demandante del producto.”*

Pues bien, en el presente caso es evidente que se limita la concurrencia a un único licitador, así como que el licitador recurrente no puede ajustarse al pliego modificando su producción, pues ello implica a nuestro juicio, cambiar por entero el producto, que por sus características, suponemos ha debido conllevar un importante desarrollo técnico; exactamente igual que el de la competencia. Por tanto, sólo cabría admitir la postura de

la Administración en el caso de que se justificara inexcusablemente que la cápsulas y no los comprimidos son necesarios para la satisfacción del suministro a proporcionar, lo cual ya hemos rechazado.

**Undécimo.** La segunda parte del recurso versa sobre la ilicitud de las cláusulas 7.3 y 10.1.1, las cuales regulan en primer lugar el precio unitario máximo por lote, sirviendo a los licitadores para elaborar las ofertas y determinar su precio; y en segundo lugar, los criterios de valoración para adjudicar el contrato, entre los cuales, se encuentra el precio.

Entiende el recurrente que la fijación del precio atendiendo a la cantidad de principio activo perjudica a su producto, que con menor principio activo sin embargo produce un mayor efecto; de este modo, de comparar su producto con el del actual proveedor, y en los términos en los que se ha redactado el pliego, se infravaloraría su oferta.

Por su parte, el órgano de contratación aduce que, como reconoce el propio licitador, ambos productos no son equipotentes, lo que significa que no producen el mismo efecto; y apunta en el sentido opuesto que el producto de la recurrente resultaría más oneroso, motivo por el que no han de tenerse en cuenta sus alegaciones, debiendo prevalecer la protección del presupuesto público.

Pues bien, lo cierto es que en el acuerdo marco, tanto en la cláusula 7.3, como en la 10.1.1, no se justifica por la Administración por qué referenciar el precio de las ofertas a la cantidad de principio activo es útil para encontrar la oferta económicamente más ventajosa. A la vista del recurso planteado, y de las propias alegaciones del órgano de contratación, se aprecia que tal fórmula no es eficiente a la hora de determinar qué oferta es económicamente más beneficiosa para la Administración, por la sencilla razón de que existen dos productos que sirven al mismo fin, es decir, que pueden satisfacer la misma necesidad de la Administración; pero dichos productos presentan diferencias en cuanto a sus características, formulación y eficacia, y tales diferencias no pueden utilizarse a favor de uno o de otro, sino que habrá de buscarse una fórmula que en términos objetivos ubique a ambos productos en situación de igualdad comparativa.

Es decir, no puede admitirse la configuración de los pliegos, pues aunque el recurrente pudiese concurrir, su oferta se vería perjudicada por una forma de fijación de los precios

por cantidad de principio activo que directamente favorece un licitador frente a otro. No obstante, tampoco es admisible la tesis que postula CHIESI, pues produciría el efecto inverso; no se ha justificado ni por la Administración, ni por la recurrente, que o bien el precio por mg en bruto, o bien el precio por mg de principio activo, sirvan de forma efectiva para determinar qué oferta es económicamente más ventajosa. Y es que se le ocurren a este Tribunal, a modo de ejemplo, otras formas de referenciar el precio que también podrían ser utilizadas, como el coste diario de tratamiento, o de tratamiento completo por paciente.

La libertad del órgano de contratación para determinar sus necesidades, y sobre todo, su forma de satisfacerlas, es evidente y así se ha recogido tanto en la Ley, como en la jurisprudencia y en la doctrina de este Tribunal. Pero, tal libertad exige a cambio una correcta y suficiente motivación del actuar de la Administración, toda vez que a través de la licitación pública lleva a cabo la ejecución del presupuesto público. Queremos con ello decir, que si bien la Administración inicia libremente un procedimiento de contratación a fin de cubrir sus necesidades, y con igual libertad utiliza los criterios que estima más adecuados a fin de valorar las ofertas, los mismos deben servir para encontrar la oferta económicamente más ventajosa, en los términos del artículo 150.1 TRLCSP, y ha de ser posible, por el contenido de los pliegos, conocer por qué la Administración entiende que una forma u otra de valorar las ofertas presentadas permite advenir que dicha oferta es más beneficiosa para el organismo. Por otro lado, la lógica comercial determina que sólo favoreciendo la efectiva concurrencia del mayor número posible de licitadores se presentarán las mejores ofertas posibles.

En el presente caso no se justifica por qué las ofertas han referenciarse a miligramos de principio activo; por tanto, no es posible a priori conocer si dicho sistema es o no discriminatorio, aunque quizá la Administración sí pueda justificar la adopción de tal criterio en términos objetivos. Sin embargo, sin tal motivación, pero con la prueba evidente de que el mercado oferta al menos dos productos diferentes, que con características de composición y formato heterogéneas sirven al mismo fin, ha de estimarse el recurso, anulando la cláusula por insuficiente motivación, no permitiendo la actual redacción de los pliegos obtener conocimiento sobre el modo en que el órgano de contratación pretende determinar la oferta más ventajosa.

Al respecto debemos recordar el tenor del artículo 109.4 TRLCSP, según el cual: *“4. En el expediente se justificará adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.”* Mayor importancia tiene aún la motivación cuando se trata de contratos de suministro, pues para tal tipo de contratos el artículo 150.4 TRLCSP considera que procede especialmente la introducción de varios criterios de adjudicación, además del precio. En el caso del acuerdo marco impugnado así se ha hecho, pero resulta igualmente importante motivar tanto la elección de criterios diferentes del precio, como la forma en que se configura el precio.

A mayor abundamiento, el tipo de suministro que se pretende contratar presenta una especial importancia por las implicaciones que conlleva, es decir, por tratarse de medicamentos los cuales afectan directamente a la salud humana. Ello supone que no haya de atenderse única y exclusivamente al criterio económico, por impedirlo directamente la Ley. Así lo analizó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su informe 17/08, de 28 de julio de 2008:

*“Ello quiere decir que en las licitaciones a celebrar en relación con la adquisición de medicamentos por los servicios de farmacia de los centros hospitalarios de la red pública, no puede establecerse como criterio de valoración de las ofertas el relativo al precio más bajo, toda vez que la Ley 39/2006 excluye expresamente la posibilidad de que los únicos descuentos en ella permitidos sean ofrecidos para incentivar la compra de un producto frente a otro. Este requisito, evidentemente, es incompatible con la posibilidad de utilizar el precio más bajo como un criterio para establecer la preferencia de unas ofertas respecto de otras.*

*Ello no obstante, esta circunstancia no excluye la posibilidad de celebrar licitaciones públicas a través de los procedimientos abierto o restringido, cuando se den las restantes circunstancias establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público, pues nada impide que para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se utilicen otros criterios de valoración distintos del precio más bajo.*

*Pero, además, nada impide que el precio aparezca como una de las condiciones del contrato de tal forma que las ofertas deban ajustarse a los precios establecidos en los*

*pliegos, siendo posible incluso el establecimiento de descuentos fijos e iguales para todos los licitadores en función del plazo de pago o de la cuantía de los suministros efectivamente realizados durante el tiempo de vigencia de los acuerdos marco.”*

Por tanto, y para concluir, este Tribunal considera que el criterio utilizado por el Órgano de Contratación para valorar las ofertas de los licitadores, y el parámetro que se impone a los mismos para que oferten su precio, no permite conocer qué oferta es económicamente más ventajosa, y además restringe la afluencia de nuevos licitadores. Y se asume esa conclusión por la presencia de productos disímiles que pueden llevar a cabo la misma función, pero no son comparables en atención al criterio utilizado por la Administración para fijar el precio, que es el relativo al precio del miligramo de principio activo.

Conocedora la Administración de la existencia de dos productos que pueden servir a la satisfacción de sus necesidades, habrá de tomar las medidas necesarias para favorecer la concurrencia, y que ambas empresas puedan competir por la adjudicación, utilizando criterios que no favorezcan a la una sobre la otra, lo cual, no redundará sino en el beneficio del colectivo destinatario del suministro, y de la Administración contratante.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar íntegramente el recurso interpuesto por D<sup>a</sup>. V. G. G., y D<sup>a</sup>. B. V. M., en nombre y representación de la empresa CHIESI ESPAÑA, S.A., contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares reguladores del acuerdo marco destinado a regular las condiciones del “*Suministro de medicamentos del Grupo L "Terapia antineoplásica y agentes inmunomoduladores" para su utilización por los Hospitales dependientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias*”, declarando la nulidad de las cláusulas impugnadas, en los términos expresados en el cuerpo de esta resolución.

**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 de TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.