

Recurso 276/2015**Resolución 34/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 11 de febrero de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA, S.A.** contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado “Suministro de medicamentos para los centros integrados en la Plataforma Logística Sanitaria de Jaén”, respecto del Lote 110, promovido por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. P.A. 333/2015 y CCA+6.+43C7TM), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 17 de noviembre de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el 26 de noviembre de 2015, el anuncio fue publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 283.



Con fecha 20 de noviembre de 2015 se publicó en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía una Resolución de corrección de errores, por la que se rectificó el Anexo I del Cuadro Resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) y los criterios de adjudicación.

El valor estimado del contrato asciende a 5.053.283,77 euros y entre las empresas que presentaron proposiciones en la licitación figura la ahora recurrente.

SEGUNDO. El 10 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA, S.A. (MSD, en adelante) contra el anuncio y los pliegos que rigen el contrato.

TERCERO. Mediante oficio de 11 de diciembre de 2015, la Secretaría de este Tribunal solicitó al órgano de contratación el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar de suspensión instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones. Dicha documentación tuvo entrada en el Registro de este Tribunal el 17 de diciembre de 2015, a excepción del listado de licitadores que, tras la finalización del plazo de presentación de ofertas, fue remitido mediante correo electrónico el 23 de diciembre de 2015.

CUARTO. Con fecha 22 de diciembre de 2015 este Tribunal acordó denegar la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la recurrente.

QUINTO. El 29 de diciembre de 2015, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas realizado en plazo la entidad KERN PHARMA, S.L.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

SEGUNDO. Ostenta legitimación la recurrente para la interposición del recurso, dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

TERCERO. Visto lo anterior, procede determinar si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, son susceptibles de recurso en esta vía.

El recurso se dirige contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada que pretende concertar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que resulta procedente el recurso especial de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 a) y 2 a) del TRLCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone: *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquél en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel



en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.

Por tanto, respecto a los pliegos el cómputo del plazo de quince días hábiles para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya completado la publicidad de la convocatoria en los términos establecidos en el artículo 142 del TRLCSP, es decir, a aquel en que se haya culminado la publicidad exigida tanto en los diarios oficiales correspondientes como en el perfil de contratante.

En el presente caso, el anuncio de la licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante el 17 de noviembre de 2015 y en el Boletín Oficial del Estado el 26 de noviembre, incluyendo la publicación en el perfil el contenido de los pliegos que rigen la licitación, que fueron objeto de una corrección de errores con fecha 20 de noviembre de 2015. Es por ello que el 26 de noviembre quedó completada la publicidad obligatoria de la convocatoria en los términos exigidos por el artículo 142 del TRLCSP, por lo que el plazo para interponer el recurso contra los pliegos se ha de computar desde el 27 de noviembre de 2015.

Así pues, aun cuando el órgano de contratación solicita la inadmisión del presente recurso por extemporáneo, al haberse presentado el escrito de interposición del recurso en el Registro de este Tribunal el 10 de diciembre de 2015, el mismo se ha interpuesto dentro del plazo legal señalado.

QUINTO. Tras el análisis de los requisitos de admisión del recurso, procede examinar los motivos en que el mismo se sustenta que afectan al objeto del Lote 110 del contrato consistente en el <<*suministro de medicamento de principio activo INFLIXIMAB 100 mg -PARENTERAL-; forma farmacéutica: INYECTABLE IV; capacidad: 20*>>.

En el recurso se solicita la anulación del anuncio y de los pliegos que rigen el suministro con apoyo en los motivos que a continuación se exponen.



En primer lugar, MSD alega que la configuración en un único lote del suministro del principio activo infliximab 100 mg vulnera el artículo 86.3 del TRLCSP, al incluirse en un solo lote medicamentos biológicos y sus biosimilares que no constituyen una unidad funcional y por tanto no pueden licitarse en el mismo lote por las siguientes razones:

1.- Los medicamentos biológicos de referencia y sus biosimilares no son intercambiables entre sí y por tanto no comparten la misma funcionalidad.

2.- Los medicamentos biosimilares no son idénticos al medicamento biológico, sino solo parecidos; es decir, no mantienen la misma relación que existe entre los medicamentos con principios activos químicos y sus genéricos, los cuales se consideran idénticos.

3.- En cuanto al régimen jurídico de los medicamentos biosimilares, el Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, (en adelante TRLG) establece en su artículo 17.4 unos requisitos específicos para su autorización, requisito que no se exige para los medicamentos genéricos.

Asimismo indica que los medicamentos biológicos deben prescribirse por denominación comercial: invoca al respecto el artículo 3.2.3º b) del Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre Receta médica y órdenes de dispensación, para concluir que el médico prescriptor deberá necesariamente identificar en la receta u orden de dispensación hospitalaria el medicamento biológico por su marca, sin que sea posible la prescripción por principio activo, mientras que la normativa para los medicamentos “normales”, es precisamente la prescripción por principio activo.

4. Los medicamentos biológicos no pueden sustituirse en la dispensación: MSD manifiesta que, con base en el artículo 89.4 y 5 del TRLG, la Orden SCO/2874/2007, de 28 de septiembre, del Ministerio de Sanidad y Consumo dispuso que no podrán sustituirse en el acto de dispensación, sin la autorización expresa del médico



prescriptor, los medicamentos biológicos, entre otros, a diferencia de lo que sucede con los medicamentos químicos. En opinión de la recurrente, y a la vista de la normativa invocada, la toma de decisiones en cuanto a la sustitución en el momento de la dispensación de los medicamentos biológicos no debe dejarse ni al arbitrio de órganos o autoridades que no sean el médico prescriptor, ni deben basarse en consideraciones de naturaleza económica.

5.- A juicio de la recurrente, la referida Orden SCO/2874/2007 es de aplicación general a cualquier dispensación de medicamentos biológicos, tanto en oficinas de farmacia como en servicios de farmacia hospitalaria, y la sustitución no puede darse ni siquiera en el seno de comisiones de farmacia de los hospitales mediante procedimientos de intercambio terapéutico.

Asimismo, aduce que en el listado oficial de medicamentos biológicos no sustituibles figuran los medicamentos compuestos por el principio activo Infliximab y en concreto, <<Remicade>>, <<Remsima>> e <<Inflectra>>.

Por tanto, MSD concluye que las características singulares de los medicamentos biológicos, a saber, prescripción por denominación comercial y no sustituibilidad en la dispensación hospitalaria justifican que un medicamento biológico y sus biosimilares no puedan considerarse una unidad funcional, pues cada uno de ellos tienen funciones diferenciadas y no intercambiables y sus características médicas no son idénticas, de ahí que no puedan incluirse uno y otros en un objeto contractual único, a menos que se prevea la posibilidad de adjudicación del contrato a diversos licitadores.

Frente a este motivo se alza el órgano de contratación en su informe alegando:

1.- Los pliegos son la ley del contrato y la presentación de las proposiciones por parte del licitador supone la aceptación incondicionada del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna.



2.- Es competencia de esta Administración la configuración de los lotes por principio activo en función de sus necesidades, funcionalidad y prestación del servicio. Asimismo, la definición del suministro atendiendo al principio activo infliximab, se encuadra en el ámbito de discrecionalidad que ostenta el órgano de contratación para determinar el objeto contractual de acuerdo con sus necesidades.

3.- El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía, en la Resolución 394/2015, de 17 de noviembre, ha avalado la conformación de lotes que incluyen biológicos innovadores y biosimilares en un procedimiento de licitación.

4.- El objeto del Lote 110 no vulnera la prescripción por denominación comercial, ya que el médico podrá, tras justificarlo, prescribir otra denominación comercial diferente a la adjudicada.

5.- Con respecto a la imposibilidad de sustitución, entiende el órgano de contratación que sólo afecta a las oficinas de farmacia. Además, el medicamento será sustituible por su biosimilar cuando así lo autorice el médico.

6.- Citando a este Tribunal, indica también que “la recurrente parece confundir la unidad que define el lote -que es el principio activo- con la existencia de varios medicamentos compuestos por dicho principio activo y que podrían ser licitados” (referencia/marca comercial de los licitadores).

7.- Asimismo indica que el Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales señaló en su Resolución 214/2013 que la prohibición de sustitución que afecta a estos medicamentos solo se refiere a las oficinas de farmacia, y que este Tribunal de la Junta de Andalucía también se refiere a que la Orden SCO 2847/2007, de 28 de septiembre, deja a salvo la posibilidad de sustitución cuando el médico prescriptor así lo autorice, y que en cualquier caso, el carácter sustituible o no de los medicamentos biológicos en el ámbito hospitalario es una cuestión de carácter eminentemente clínico y asistencial que no tiene por qué afectar a la configuración del objeto del contrato por principio activo.



8.- Continúa el órgano de contratación exponiendo que existen varios suministradores del principio activo licitado, por lo que no estamos ante un contrato que solo pueda encomendarse a un empresario determinado. La configuración del objeto del contrato no vulnera la prescripción por denominación comercial, pues tras la adjudicación, la prescripción médica se realizará indicando el principio activo sin que ello implique que necesariamente el médico deba prescribir la denominación comercial de la entidad adjudicataria, pues en caso de que esté justificada clínicamente la prescripción de otra denominación comercial, el médico podrá hacerlo, ya que prevalece en todo momento la seguridad del paciente.

9.- Por último el órgano de contratación indica que el PCAP establece un tratamiento igualitario para todos los potenciales licitadores al no efectuar distinción entre biosimilar y no biosimilar, favoreciendo así la libre concurrencia y permitiendo la aplicación del principio de eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

Por su parte, en fase de alegaciones al recurso, la entidad KERN PHARMA, S.L. aduce que la orden de no sustitución del medicamento solo afecta a las oficinas de farmacia y que no puede afirmarse rotundamente que los medicamentos biosimilares no sean sustituibles, pues lo serán cuando así lo autorice el médico.

Finalmente, esgrime que el pliego objeto del recurso establece un tratamiento igualitario para todos los potenciales licitadores al no efectuar distinción entre <<biosimilar>> y <<no biosimilar>>.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes procede examinar el motivo deducido en el recurso que afecta a la configuración del suministro del Lote 110 como una unidad funcional. Para el análisis del presente recurso reproduciremos los argumentos expuestos en la Resolución 394/2015, de 17 de noviembre, de este Tribunal, pues idénticos son los argumentos que la misma recurrente invocó contra idéntica configuración en un solo lote de la adquisición del principio activo «*INFLIXIMAB 100 mg -PARENTERAL-; forma farmacéutica: INYECTABLE IV; capacidad: 20*» por el Hospital Universitario Juan Ramón Jiménez de Huelva.



Como en aquella ocasión, a juicio de la recurrente, el objeto del contrato viene definido por el suministro del principio activo INFLIXIMAB que incluye tanto los medicamentos biológicos como sus biosimilares, cuando unos y otros no constituyen una unidad funcional. En este sentido, esgrime que tal configuración del objeto del suministro vulnera lo dispuesto en el artículo 86.3 del TRLCSP, conforme al cual *“Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que estos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.”*

Pues bien, desde una óptica puramente contractual, ningún reproche de legalidad puede hacerse a la definición del objeto contractual en el pliego, el cual encaja plenamente en las previsiones del artículo 86 del TRLCSP y viene determinado por un único elemento, el principio activo, con independencia de que ese principio activo determine concurrencia en la licitación porque existan varios laboratorios que puedan ofertarlo.

En definitiva, la pretendida falta de unidad funcional a que alude MSD no existe como tal. La unidad que define el objeto del contrato viene impuesta por la determinación del único principio activo cuya licitación se promueve, sin que el hecho de que pueda concurrir a la licitación más de una empresa determine la ruptura de esa unidad. La recurrente parece confundir la unidad que define el objeto -que es el principio activo- con la existencia de varios medicamentos compuestos por dicho principio activo y que podrían ser licitados.

Por tanto, la primera conclusión que puede extraerse respecto a la controversia suscitada es que la definición del suministro atendiendo al principio activo INFLIXIMAB se encuadra en el ámbito de discrecionalidad que ostenta el órgano de contratación para determinar el objeto contractual de acuerdo con sus necesidades y esta libertad configuradora está reconocida y amparada por el artículo 86 del TRLCSP. Asimismo, aquella delimitación del objeto es respetuosa con los principios



básicos de la contratación pública consagrados en el artículo 1 del TRLCSP, toda vez que permite promover la concurrencia.

En tal sentido, ya se ha pronunciado este Tribunal, entre otras, en su Resolución 24/2014, de 12 de marzo, dictada con ocasión de la impugnación de los pliegos de un acuerdo marco de homologación para la selección de principios activos.

En el supuesto examinado por la citada resolución, los lotes del acuerdo marco se definían atendiendo a la indicación terapéutica y agrupaban varios principios activos, por lo que la configuración de los mismos era más compleja que en el presente caso. No obstante, este Tribunal declaró en tal supuesto que *“los lotes en que se divide el objeto del AM se definen atendiendo a una de las indicaciones terapéuticas para las que sirven los principios activos clasificados con el mismo subgrupo terapéutico (ATC) y lo que se pretende es seleccionar solo uno de ellos por cada lote, el que presente la oferta económicamente más ventajosa, al responder cualquiera de los principios activos que se enumeran en el lote a la indicación con que éste se define (...)*

En consecuencia, la configuración del objeto del contrato se ajusta al artículo 86.3 del TRLCS, queda definido el objeto y queda justificada la unidad funcional de los principios activos que componen cada lote y ello dentro de la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y funcionalidades, como ha reiterado el Tribunal Central de Recursos Contractuales en las resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012 o 227/2012, entre otras.”

Este criterio ha sido posteriormente ratificado por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Sevilla (Sección primera), cuya sentencia de 24 de junio de 2015 sostiene que *“el órgano de contratación ha actuado dentro de los límites de la discrecionalidad que le incumbe a la hora de elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades”*.

Asimismo, hemos de indicar que, en un supuesto muy similar al examinado, donde se



configuraba un lote por el principio activo <<epoetina alfa>> al que podían concurrir tanto medicamentos biosimilares como no biosimilares, la Resolución 124/2013, de 27 de marzo, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales señaló lo siguiente: “(...) este Tribunal debe de nuevo remitirse a lo dispuesto en el artículo 86 TRLCSP. Este (al igual que el 109.2) parte de la regla general de no división del contrato, si bien en su apartado 3, cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto del contrato en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto.

De otro lado habrá que estar asimismo a lo dispuesto en el artículo 1 del TRLCSP, el cual además de proclamar, entre otros, el principio de concurrencia, se refiere también a la eficiente utilización de los fondos públicos, en los términos siguientes: 'La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa'.

Pues bien, en numerosas Resoluciones de este Tribunal (como las Resoluciones 138/2012, 143/2012, 187/2012, 210/2012, 220/2012, o 227/2012), este ha respetado la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se cubrían, por lo que no se han acogido pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo pretendido por el actor, pues sería contrario a tal libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86 ya citado (...)



En nuestro caso, la elaboración de lotes por principio activo se considera razonable, como ya se ha señalado en nuestro fundamento precedente, así como las motivaciones que se dan sobre la posible sustituibilidad de los medicamentos agrupados en el lote 2 en su dispensación hospitalaria, y la práctica identidad en su forma de administración, que excluirían la existencia de arbitrariedad e infracción del principio de igualdad.”

Con base en lo manifestado en este fundamento, hemos de considerar ajustada a la normativa contractual -artículos 1 y 86 del TRLCSP- la configuración del objeto del suministro controvertido.

SÉPTIMO. La conclusión expuesta no queda desvirtuada por las razones que invoca MSD en su escrito de recurso y que examinamos a continuación. En realidad, lo que propugna la recurrente es que no puedan participar en la licitación cuestionada tanto el medicamento biológico como sus biosimilares, aunque todos contengan el mismo principio activo (INFLIXIMAB), y funda tal pretensión en la obligación de prescripción de los medicamentos biológicos por denominación comercial y en que tales medicamentos no pueden ser sustituidos en la dispensación ya sea en las oficinas de farmacia, ya en los servicios de farmacia hospitalaria.

Por tanto, a juicio de la recurrente, carece de sentido adquirir a través de la licitación un solo medicamento del principio activo INFLIXIMAB con exclusión de los demás, pues en tal caso no podrían atenderse necesidades determinadas por la prescripción de otro medicamento distinto con el mismo principio activo.

En apoyo de su pretensión cita la Orden SCO/2874/2007, de 28 de septiembre, del Ministerio de Sanidad y Consumo en cuanto dispone, basándose en artículo 89.4 y 5 del TRLG, que no podrán sustituirse en el acto de dispensación sin la autorización expresa del médico prescriptor los medicamentos biológicos.

Ahora bien, sin entrar en el debate suscitado por las partes acerca de si los medicamentos biológicos son o no sustituibles cuando su dispensación se produce en



el ámbito hospitalario y no en las oficinas de farmacia, lo cierto es que la propia Orden SCO 2847/2007 deja a salvo la posibilidad de sustitución cuando el médico prescriptor así lo autorice. Asimismo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha abordado tal cuestión y así en su Resolución 214/2013, de 12 de junio, ya señaló que la prohibición de sustitución que afecta a estos medicamentos solo se refiere a las oficinas de farmacia.

Pero es más, el carácter sustituible o no de los medicamentos biológicos en el ámbito hospitalario es una cuestión de carácter eminentemente clínico y asistencial que no tiene por qué afectar a la configuración del objeto del contrato por principio activo. Como señala el órgano de contratación, tras la adjudicación del contrato a la oferta económicamente más ventajosa, la prescripción médica se realizará indicando el principio activo y en su caso, la denominación comercial que presente el adjudicatario en su oferta, pero ello no implica que obligatoriamente y en todo caso el médico tenga que prescribir aquella denominación comercial, puesto que en el supuesto clínicamente justificado de que fuese necesario prescribir otra denominación comercial, el facultativo podrá hacerlo, ya que prevalece ante todo la seguridad del paciente.

En definitiva, el suministro por principio activo no lleva inexorablemente a la consecuencia que, desde el punto de vista clínico o asistencial, pretende extraer la recurrente cuando esgrime que, tras la adjudicación, no podrá prescribirse por el facultativo otro medicamento distinto al seleccionado en la licitación que contenga ese principio activo .

La única conclusión que puede extraerse es que se administrará el medicamento adjudicado, pero obviamente ello no tiene por qué englobar todos los supuestos clínicos que puedan darse en la práctica, sin que la licitación denunciada constituya *per se* un obstáculo a que pueda prescribirse otra denominación comercial cuando médicamente esté justificado, como así manifiesta el órgano de contratación. Para estos casos, habrá que habilitar otras vías legales de adquisición, pero ello no convierte en ilegal por vulneración del artículo 86 del TRLCSP la configuración del



objeto del suministro en la licitación examinada.

Es más, como ya se ha indicado en el anterior fundamento, con la delimitación del objeto contractual se favorece la concurrencia que es un principio básico de la contratación pública consagrado en el artículo 1 del TRLCSP y se puede lograr una más eficiente utilización de los fondos públicos a la que también alude el precepto legal. Por todo ello, no puede prosperar el primer motivo esgrimido por la recurrente.

OCTAVO. MSD también aduce que el anuncio y los pliegos vulneran el artículo 22 del TRLCSP, precepto que condiciona la celebración del contrato a la determinación precisa de las necesidades que se pretenden cubrir a través del mismo. A su juicio, en el caso de los medicamentos biológicos, tal identificación corresponde al médico prescriptor y no al órgano administrativo que gestiona la contratación.

Por tal razón, MSD considera que no cabe que el órgano administrativo anticipe una necesidad referida al principio activo, pues tal necesidad va vinculada a la identificación comercial del medicamento. Alega que no tendría ningún sentido ignorar que existen pacientes que ya se encuentran en tratamiento estable prescrito de Remicade que es el principio activo infliximab comercializado por MSD.

En definitiva, concluye que las necesidades de los pacientes no son comunes a un cierto principio activo sino a cada uno de los medicamentos concretos de ese principio activo, por lo que no cabe adquirir un solo medicamento con exclusión de los demás ya que ello produce un doble efecto negativo:

- Riesgo cierto de no atender necesidades determinadas por la prescripción de un medicamento concreto.
- Riesgo de aprovisionarse de medicamentos que no van a ser necesarios por no ser prescritos.

A su juicio, tales riesgos desaparecerían mediante una licitación que evite la



agrupación del medicamento biológico y sus biosimilares.

Pues bien, respecto al motivo expuesto, hemos de indicar que no se aprecia la vulneración denunciada del artículo 22 del TRLCSP, precepto que se limita a señalar la determinación precisa en el expediente de las necesidades que pretenden cubrirse a través del contrato proyectado y que, en el supuesto examinado, se describen en el PCAP.

En tal sentido, no puede darse la razón a la recurrente cuando esgrime que en esta contratación la identificación de la necesidad corresponde al médico prescriptor y no al órgano administrativo gestor de la contratación. Al contrario, la necesidad que satisface un contrato público corresponde precisarla al órgano de contratación, con independencia de que en su determinación se tengan en cuenta, obviamente, los requerimientos que puedan provenir de otros órganos o servicios del ente público contratante.

En el supuesto analizado, la necesidad viene determinada por el principio activo que se pretende adquirir y ello no admite reproche ni tacha alguna, pues ya hemos visto que la configuración del objeto descrito se encuadra en el ámbito de discrecionalidad que ostenta el órgano de contratación. La recurrente alega que existe riesgo de no atender necesidades vinculadas a la prescripción de un medicamento concreto distinto del seleccionado, pero es ella y no el órgano de contratación quien se anticipa a extraer esta consecuencia de la licitación examinada. Ya hemos indicado que lo único cierto es que la contratación se promueve para administrar el medicamento adjudicado, pero sin que ello implique englobar todos los supuestos clínicos que puedan darse en la práctica, ya que, como manifiesta el órgano de contratación, prevalecerá en todo caso la seguridad del paciente.

Procede, en consecuencia, desestimar el motivo del recurso al no apreciarse tampoco vulneración del artículo 22 del TRLCSP.

Finalmente, la recurrente efectúa una alegación con respecto al precio que no es



propriadamente un motivo de impugnación. En tal sentido, manifiesta que el precio PVL de Remicade -medicamento que aquella suministra- se reducirá en breve al nivel del PVL de sus biosimilares y que está efectuando ofertas de precio muy competitivas a los hospitales que prescriben por denominación comercial y no sustituibilidad.

Sobre tal alegación no procede que este Tribunal realice consideración jurídica alguna, amén de encerrar una declaración interesada que excede del contexto propio de un escrito de recurso.

NOVENO. Por último, hemos de analizar que el órgano de contratación en su informe al recurso ha solicitado la imposición de multa de acuerdo con el artículo 47.5 del TRLCSP, por entender que la empresa recurrente ha incurrido en temeridad y mala fe en la interposición del recurso, pues el mismo, al parecer del mencionado órgano, carece de la más mínima fundamentación fáctica y jurídica y solo busca paralizar la actividad de la Administración.

El examen del recurso, que ha sido desestimado en la presente resolución con base en las consideraciones realizadas en los anteriores fundamentos de derecho, lleva a este Tribunal a apreciar la existencia de temeridad en su interposición, toda vez que la recurrente ya impugnó ante este Tribunal a través del Recurso 188/2015, resuelto mediante la Resolución 394/2015, de 17 de noviembre, la configuración en un solo lote de la adquisición del mismo principio activo «*INFLIXIMAB 100 mg -PARENTERAL-; forma farmacéutica: INYECTABLE IV; capacidad: 20*» en una licitación convocada por el Hospital Universitario Juan Ramón Jiménez de Huelva, dependiente del Servicio Andaluz de Salud, utilizando los mismos argumentos que emplea en el presente recurso, y conocía, a fecha de interposición del presente recurso, que este Tribunal había desestimado sus pretensiones, no considerando procedentes ninguno de sus argumentos, pues la mencionada resolución le había sido notificada con fecha 18 de noviembre de 2015. Por tanto, la práctica certeza de que el recurso iba a ser también desestimado esta vez, hace sospechar que la única pretensión de la recurrente era paralizar la licitación, toda vez que solicitó la suspensión del procedimiento, aunque este Tribunal la denegara.



Por todo lo anterior este Tribunal, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.5 del TRLCSP, acuerda imponer a la empresa recurrente una multa por importe de 3.000 euros.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA, S.A. contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen el contrato denominado “Suministro de medicamentos para los centros integrados en la Plataforma de Logística Sanitaria de Jaén” promovido por el Complejo Hospitalario de Jaén, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. P.A. 333/2015 y CCA+6.+43C7TM).

SEGUNDO. Imponer a MERCK SHARP & DOHME DE ESPAÑA, S.A. una multa de 3.000 euros, por apreciar temeridad en la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.5 del TRLCSP.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

