



Recurso nº 294/2017 C. Valenciana 49/2017

Resolución nº 432/2017

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 12 de mayo de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D.^a M.G.T.X. en nombre y representación de la sociedad mercantil IPSEN PHARMA SA, por medio del cual impugna el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas para la contratación por procedimiento abierto del *“Acuerdo marco para el suministro de medicamentos de uso humano para el tratamiento hormonal de la infertilidad y con hormonas hipofisiarias”*, (expte. 72/2017), promovida por la Dirección General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanidad y Salud Pública de la Comunidad Valenciana actuando por delegación de la Consejera, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. La Dirección General de Recursos Humanos y Económicos de la Consellería de Sanidad y Salud Pública de la Comunidad Valenciana, convocó mediante anuncio publicado en el Diario Oficial de la Generalitat Valenciana nº 8010, de 29 de marzo de 2017, en el BOE nº 74 de 28 de marzo de 2017, así como en el DOUE de 11 de marzo de 2017 (DO/S S50-91646-2017-ES) la licitación del contrato administrativo de suministros denominado *“Acuerdo marco para el suministro de medicamentos de uso humano para el tratamiento hormonal de la infertilidad y con hormonas hipofisiarias”*, (expte. 72/2017), por procedimiento abierto, con un valor estimado del contrato, IVA excluido, de 12.503.169,58 € distribuido en once lotes y con un plazo de duración de cuatro años.

Segundo. El procedimiento de adjudicación se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSF) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente



la Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato administrativo de suministro, sujeto a regulación armonizada conforme a los artículos 3.1 a), 9, 15.1.b) y 19 del TRLCSP.

Tercero. Mediante escrito presentado el 30 de marzo de 2017 en el Registro de este Tribunal, D.^a M.G.T.X. en nombre y representación de la sociedad mercantil IPSEN PHARMA SA interpone recurso especial en materia de contratación, contra anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas para la contratación por procedimiento abierto del acuerdo marco para el suministro de medicamentos de uso humano para el tratamiento hormonal de la infertilidad y con hormonas hipofisiarias (expte. 72/2017).

Cuarto. El recurso interpuesto fue precedido del anuncio previo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Quinto. El órgano de contratación, acordó remitir al Tribunal el informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP que se ha unido al expediente administrativo remitido el 10 de abril de 2017.

Sexto. Interpuesto el recurso, con fecha 11 de abril de 2017, la Secretaria del Tribunal, actuando por delegación del mismo, dictó resolución por la que se acordaba la concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.3 del TRLCSP al ser la Comunidad Valenciana, la promotora de la licitación, respecto de la cual este Tribunal es competente en virtud del Convenio de colaboración entre el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y la Generalitat de Valencia, publicado por la Resolución de 10 de abril de 2013, de la Subsecretaría, del citado Ministerio por la que se publica el Convenio de colaboración con la Generalitat Valenciana sobre atribución de competencia de recursos contractuales.



Segundo. La recurrente, IPSEN PHARMA SA, está legitimada al poder presentar oferta en la licitación de referencia, estando las prestaciones del contrato de suministro, y en particular las relativas al Lote 11, al que se refiere su impugnación, en el ámbito de su actividad empresarial, tal como acredita por ser titular de la autorización de comercialización de un medicamento con el principio activo Lanreotida coincidente con el exigido en el Lote 11 del PCAP por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

Tercero. El acto que es objeto de recurso es formalmente el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas que rigen la licitación del acuerdo marco para el suministro de medicamentos de uso humano para el tratamiento hormonal de la infertilidad y con hormonas hipofisiarias”, en lo que respecta al Lote 11 (principio activo:Lanreotida), cuyo valor estimado es de 2.120.580.44 €; en concreto, los motivos de la impugnación son: a) infracción del artículo 22 del TRLCSP; b) infracción del artículo 87.1 del TRLCSP; c) infracción del principio de transparencia por indeterminación y falta de concreción de algunos de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor; d) nulidad del criterio de adjudicación contenido en el apartado 18 del PCAP, para los contratos derivados del acuerdo marco, referido a la oferta de unidades adicionales sin cargo por infracción del principio de igualdad, y e) finalmente infracción de artículo 292 del TRLCSP por la cláusula 4.9.2 del PPT.

Cuarto. De conformidad con los artículos 40.2.a) y 40.1.a) del TRLCSP los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación de un acuerdo marco, referido a un contrato administrativo de suministro sujeto a regulación armonizada es susceptible de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación.

Quinto. El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 44.4 del TRLCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 30 de marzo de 2017, consta en el expediente la primera publicación del anuncio de la licitación el 11 de marzo de 2017 y la última publicación el 29 de marzo de 2017, por lo que el recurso se interpone en el plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.



Sexto. En lo que respecta al fondo del asunto, deben abordarse los seis motivos de impugnación contenidos en el recurso.

En primer lugar, respecto de la infracción del artículo 22 del TRLCSP (referido a la necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación), el recurrente la basa en la falta de competencia para dictar la Resolución de 12 de noviembre de 2009 del Director- Gerente de la Agencia Valenciana de Salud, por la que se incluyen determinados medicamentos en la dispensación hospitalaria, que acarrea su nulidad de pleno derecho, al considerar que dicha competencia corresponde a los órganos correspondientes del Estado. En este sentido cita y aporta diversas resoluciones judiciales que en el caso de disposiciones, que el recurrente considera similares, dictadas en el ámbito de otras Comunidades Autónomas, han declarado, en primer lugar, el carácter reglamentario de la disposición y en segundo lugar, su nulidad de pleno de derecho por falta de competencia del órgano que la dicta. Además, la Resolución de 12 de noviembre de 2009 indicada, tiene especial incidencia en el objeto del contrato, ya que por medio de él se trata de autorizar el suministro de determinados medicamentos que se encuadran, -merced a la controvertida Resolución de 12 de noviembre de 2009-, en la categoría de dispensación hospitalaria, y por tanto son susceptibles de integrar el objeto del contrato, ya que de otro modo su dispensación, - según la exposición del recurrente-, debería efectuarse necesariamente por medio de Oficinas de Farmacia, de conformidad con la normativa sectorial contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Es decir, el motivo de impugnación (infracción del artículo 22 del TRLCSP), descansa en la previa consideración de la nulidad de pleno derecho de una disposición calificada como *reglamentaria* por el propio recurrente: la Resolución de 12 de noviembre de 2009 del Director- Gerente de la Agencia Valenciana de salud. Se trata de una especie de recurso indirecto contra el citado Reglamento, para lo que naturalmente este Tribunal carece de competencias para pronunciarse, no solo por encontrarse fuera del objeto del recurso especial, sino porque siendo un órgano administrativo su actuación se encuentra sometida al principio de inderogabilidad singular de las disposiciones reglamentarias, establecido actualmente en el artículo 37.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas: “1. *Las resoluciones administrativas*



de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aunque aquéllas procedan de un órgano de igual o superior jerarquía al que dictó la disposición general.”

Abundando en este sentido, en la medida en que la Resolución administrativa, a la que se le atribuye por el recurrente rango reglamentario, no está derogada, no puede ser desconocida o inaplicada por el órgano de contratación, pero tampoco por este Tribunal, el cual además, carece de las potestades propias de los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa contenidas en el artículo 26 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuyo artículo 26 dispone: “1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho. 2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.”

En consecuencia, dado que no se solicita como pretensión autónoma del recurso la declaración de nulidad de la resolución de 12 de noviembre de 2009, no hace falta inadmitir el recurso en este punto, si bien que por las razones expuestas procede simplemente desestimar este motivo de impugnación.

En segundo lugar, el recurso alega vulneración del artículo 87.1 del TRLCSP, al entender que el órgano de contratación ha establecido unos importes de precios máximos de adquisición, al fijar el presupuesto de licitación que no se ajustan a los precios del mercado. Respecto del presupuesto de licitación hace un cálculo sobre el precio de los medicamentos con precio autorizado que distribuye con el mismo principio activo, concluyendo que supone una rebaja cercana a un 50%.

Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta misma cuestión en un caso en el que el precio de licitación representaba una minoración superior a un 70% respecto del precio autorizado correspondiente para la dispensación en Oficinas de Farmacia. En el recurso nº 124/2013 y 126/2013 (Resolución nº 124/2013), este Tribunal aceptó que el



citado presupuesto de licitación era adecuado al mercado, ya que en el caso de medicamentos *el precio industrial autorizado es un precio que no puede ser superado por el laboratorio comercializador del medicamento en las ventas que realice del mismo; pero la norma no impide que pueda ser inferior.*

El órgano de contratación debe acreditar, dejando constancia de ello en el expediente, que el precio de licitación que fija es el precio general de mercado de esos productos, tal como repetidamente ha señalado ese Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, y en el caso que ahora se examina se indica en el informe del órgano de contratación que para fijar los precios de licitación de los distintos lotes ha tenido en cuenta los precios de adquisición de los distintos departamentos de salud, dejando constancia de ellos en el expediente así como la existencia de otros medicamentos alternativos al comercializado con exclusividad por el recurrente que son también apropiados para el tratamiento de las mismas patologías, argumentos que son suficientes para justificar el precio de licitación calculado con cumplimiento del artículo 87.1 del TRLCSP, y sobre los que nada ha manifestado el recurrente, por los que este motivo debe ser desestimado. En análogo sentido, la Resolución 764/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), que resume su doctrina sobre la materia, recuerda que el órgano de contratación goza de discrecionalidad a la hora de fijar el precio contractual, que en *«el control del gasto debe presidir la interpretación del artículo 1 del TRLCSP, y que por tanto, el precio de mercado actúa, en principio, no como “suelo” sino como “techo”»* y que *«solo la constatación manifiesta de la incorrección del precio fijado que haga presumir una absoluta falta de concurrencia permita anular la cláusula correspondiente»* (ver también las Resoluciones 81/2014 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y 222/2015 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón).

En tercer lugar, el recurso denuncia la infracción del principio de transparencia por indeterminación y falta de concreción de algunos de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, en concreto los criterios del apartado 11 del cuadro de características del PCAP, que aparecen bajo los epígrafes: 4.1 (envasado de la forma farmacéutica), 4.3 (información disponible y adecuada en la forma farmacéutica), 5.1 (embalaje para el transporte o recepción) y 5.2 (Envases por embalaje).



Ahora bien, la lectura de los citados apartados permite comenzar por indicar que se trata de subcriterios que por sí mismos desglosan dos criterios de adjudicación: calidad galénico-técnica (desglosado en 6 subcriterios) y Logística (desglosado en otros 6 subcriterios), lo cual supone un cierto grado de concreción, y en segundo lugar que en todos ellos se contiene una exposición de diversos aspectos que se tienen en cuenta en su valoración. No cabe convertir los criterios sujetos a juicio de valor en criterios automáticos, o totalmente reglados, sino que son susceptibles de una discrecionalidad técnica en su aplicación. Por tanto, el recurso debe ser desestimado en este motivo.

Tal como se señala en el Acuerdo 55/2016, de 6 de junio de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en el debate, por otra parte frecuente, sobre la concreción exigible en la definición de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor, el criterio a tener en cuenta parte de considerar que *"en la fijación de los criterios de adjudicación se pretende una comparación de ofertas que favorezca o posibilite la economía de escala, a fin de conseguir la oferta económicamente más ventajosa, respetando en todo caso el principio de igualdad de trato. Este principio de igualdad de trato es de tal relevancia que bien puede considerarse la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, tal y como se ha puesto de relieve en las Sentencias TJUE de 12 de diciembre de 2002 (Universale-Bau y otros), y de 19 de junio de 2003 (GAT). Manifestaciones particulares de este principio son que los licitadores deben hallarse en pie de igualdad, tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (Sentencia de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica), que los criterios de adjudicación deben figurar en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, y que tanto en la interpretación a lo largo de todo el procedimiento, como en la evaluación las ofertas, los criterios de adjudicación deben aplicarse de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores (Sentencia de 18 de octubre de 2001 (SIAC Construction). El principio de igualdad de trato implica, por tanto, que todos los licitadores potenciales deben conocer las reglas del juego, y éstas se deben aplicar a todos de la misma manera (STJUE de 16 de septiembre de 2013). Por ello, como ya advirtiera la STJUE de 24 de noviembre de 2008, Alexandroupulis (que valida el criterio ya adoptado por la STJUE de 24 de enero de 2008, Lianakis), una entidad adjudicadora, en su competencia de valoración de ofertas en un procedimiento de licitación, no puede fijar a posteriori coeficientes de ponderación, ni aplicar*



reglas de ponderación o subcriterios relativos a los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, sin que se hayan puesto previamente en conocimiento de los licitadores. Y ello porque se quiebra el fundamento del principio de transparencia, que obedece a la finalidad de que los licitadores puedan tener una correcta estrategia a la hora de presentar sus ofertas. Desde estos parámetros interpretativos debe analizarse este motivo del recurso. Y, a juicio de este Tribunal administrativo, la delimitación de los aspectos a puntuar en cada criterio sometido a juicio de valor resulta suficiente para conocer lo que se valora en la oferta. Existe claramente una cuantificación desglosada —lo que se ajusta con la exigencia de un umbral mínimo de superación—, sin que se advierta, en modo alguno, una restricción a la correcta operatividad del principio de transparencia. No puede olvidarse que se trata de criterios sometidos a juicio de valor, donde debe existir un margen para la «discrecionalidad técnica» propia de estos criterios sometidos, con los límites fijados en nuestro Acuerdo 98/2015, de 13 de noviembre. El pliego impugnado resulta, en este aspecto, respetuoso con las reglas básicas de la licitación y no impide anticipar qué aspectos, y su concreta ponderación, se tendrán en cuenta a la hora de comparar las ofertas. Pretender un detalle exhaustivo supondría convertir en criterios reglados, lo que, obviamente, resulta injustificado. Procede, en consecuencia desestimar este motivo del recurso."

Por otra parte, se impugnan los criterios 5.3 a 5.6, en los que se aprecia como denominador común que en todos ellos se valora la presencia de una determinada y concreta característica con la máxima puntuación, por lo que parece que solo existe la posibilidad de que concurra o no, sin valoraciones intermedias, lo que se compadece mal con los criterios sujetos a juicio de valor, y parece encajar más bien en un criterio de valoración automática. El informe del órgano de contratación guarda silencio sobre la impugnación de estos cuatro apartados (5.3: Código EAN del embalaje, 5.4: Código EAN del punto operacional lógico, 5.5: Suministro de material auxiliar para mantener la cadena de frío y 5.6: Capacidad de reetiquetado en español). En consecuencia no se puede reconocer en la exposición de los citados criterios la posibilidad de una graduación o ponderación, es decir de un juicio de valor que permita la distribución de los puntos asignados, vulnerando así el principio de transparencia, razón por la que debe ser estimado el motivo de impugnación.



En cuarto lugar, el recurso reitera la impugnación de otros dos criterios de adjudicación, a los que califica como mejoras, por entender vulnerado el principio de transparencia: se trata de los criterios que aparecen en el cuadro de características en los siguientes epígrafes del apartado 11: 4.5 (Sistema de adherencia), y 4.6 (Sistemas de valor añadido).

Se califiquen o no como mejoras ambos criterios, lo cierto es que es indiferente a los efectos del motivo concreto por el que se impugnan, cual es la falta de precisión de su contenido. En efecto, tal como señala el recurrente es preciso que, respecto de las mejoras, (y cabe añadir, al igual que con cualquier criterio de adjudicación sujeto a juicio de valor), según la Sentencia 16 de octubre de 2003, asunto Trunfelher GMBH, y Sentencia de 28 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis), de acuerdo con el principio de transparencia, el pliego deberá: (i) precisar los aspectos concretos sobre los que pueden presentarse las mejoras, (ii) fijar los requisitos mínimos y modalidades de presentación, (iii) establecer la ponderación que se otorgará a cada uno de los apartados en que se articulen esas mejoras y (iv) fijar los parámetros a considerar para la asignación de los puntos previstos.

Considera el recurrente que si bien se indica la ponderación de cada mejora y el aspecto con el que deberán estar relacionadas, no se precisan los requisitos mínimos ni las modalidades de su presentación, ni se fijan los parámetros que se van a considerar para asignar esa puntuación.

Sin embargo, a juicio de este Tribunal se cumplen estos requisitos: la información, aún sucinta, de los aspectos de cada subcriterio y la conformidad de la misma en relación al objeto de la licitación permiten validar, ab initio, este criterio sin que, antes de su aplicación, se pueda deducir ausencia de transparencia ni intención de favorecer a ningún licitador. Procede, en consecuencia desestimar este motivo del recurso.

Respecto de la impugnación de la cláusula 4.6.3 del PPT (que al tratar de la cadena de frío indica que se valora la capacidad de suministrar material auxiliar para su mantenimiento durante el transporte), evidentemente no se trata de un criterio de adjudicación ni de una mejora pues no figura sistemáticamente en el cuadro de características en el que se contienen los criterios de adjudicación, sin perjuicio de que dentro de los propios criterios de adjudicación tenga relación con uno de los aspectos que expresamente se mencionan en el

criterio 5.1, cuando se refiere al mantenimiento de la cadena de frío, siendo éste y no aquel el aspecto a valorar junto con los demás que se enumeran en el criterio "Embalaje para el transporte y recepción".

Resta indicar que se trata de criterios de adjudicación de un acuerdo marco en el que se establecen unos umbrales mínimos a superar, para garantizar que los productos ofrecidos cumplan con la finalidad terapéutica para la que se adquieren siendo posteriormente en la adjudicación de cada contrato derivado del acuerdo marco en el que se procederá a la adjudicación sobre criterios únicamente económicos.

En quinto lugar el recurso denuncia la nulidad del criterio de adjudicación contenido en el apartado 18 del PCAP, para la adjudicación de los contratos derivados del acuerdo marco, consistente en la valoración con 20 puntos sobre 100 a la oferta de unidades adicionales sin cargo; el resto de 80 puntos se atribuye a la oferta económica o precio de cada contrato. El recurrente, con cita de un supuesto similar resuelto por el TARC de la Junta de Andalucía, denuncia la nulidad del criterio ya que como señala el Tribunal en esa Resolución 175/2015 (con cita de la Resolución 30/2014 y de la posterior Resolución 130/2015): *—Así, en lo que respecta al subcriterio —entrega de unidades adicionales del mismo producto adquirido, hemos de tener en cuenta la doctrina sentada por este Tribunal en su Resolución 30/2014, de 12 de abril -posteriormente reiterada en la reciente Resolución 130/2015, de 7 de abril- al señalar que —(...) se establece como criterio de adjudicación, la —bonificación en género del medicamento licitado en el lote estableciendo el PCAP una ponderación de 25 puntos (igual que la valoración de la oferta económica), que constituye la bonificación máxima a quien oferte el mayor número de unidades. Sin embargo, no se establece el límite de unidades a ofertar que obtendría la máxima bonificación que sirva de parámetro para valorar las distintas ofertas, sino que la puntuación de dicha mejora dependerá de las ofertas de los distintos licitadores sin existir parámetros objetivos que permitan a priori a los licitadores preparar sus ofertas.*

Siguiendo el criterio sentado por el citado Tribunal de Contratos de la Junta de Andalucía, cabe indicar que sin establecerse en el PCAP ni el límite máximo de unidades adicionales que obtendría la mayor puntuación, ni el número mínimo de unidades previstas a partir del cual operaría la entrega adicional se incurre conforme a la doctrina del citado Tribunal en un

vicio de nulidad de pleno derecho por infracción del principio de igualdad. En este sentido, las bonificaciones en género u ofertas de unidades sin cargo adicional, son criterios de adjudicación directamente vinculados al objeto del contrato conforme al artículo 150 del TRLCSP que se traducen en mejoras de tipo económico, siendo necesario detallar las condiciones o requisitos de su aplicación, tal como exige el artículo 147.2 del TRLCSP y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores (Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto Traunfellner GMBH).

En tal sentido, el Acuerdo 20/2012, de 14 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, señala que estos requisitos exigidos por el TRLCSP para las mejoras derivan de la necesidad de que los licitadores concurren en idénticas condiciones de igualdad, de manera que sus ofertas sean valoradas en función de las condiciones y características propias del contrato a ejecutar.

El informe del órgano de contratación contiene una sucinta justificación del criterio impugnado que no desvirtúa la ausencia en el PCAP de parámetros objetivos que permitan a priori a los licitadores preparar sus ofertas para ser valoradas con arreglo a este criterio. En consecuencia, procede estimar el recurso en este motivo.

Por último, el recurso impugna el Pliego de Prescripciones Técnicas, alegando que su apartado 4.9.2 infringe el artículo 292 del TRLCSP. El pliego prescribe en ese apartado que *“La empresa adjudicataria aceptará el abono de unidades de compra caducadas, durante los 6 meses inmediatos posteriores a la fecha de caducidad.”*

El artículo 292.4 del TRLCSP dispone: *“Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos.”*

Entiende el recurrente que el PPT impone al contratista que asuma las caducidades y que por tanto no cobre el precio unitario correspondiente a los medicamentos que hayan caducado en poder de la Administración en el plazo establecido en la cláusula 4.9.2, vulnerando en su opinión el artículo 292 del TRLCSP, citando en apoyo de su argumento una explicación de la voluntad del legislador conforme a la tramitación parlamentaria del



precepto así como un informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Informe, 17/08, de 28 de julio de 2008, en el que se concluye: *“Pues bien, puesto que el artículo 268.4 no deja duda acerca de su carácter taxativo (“una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable...”) debe entenderse que ello implica la exclusión de la posibilidad de establecer cláusulas que contradigan lo dispuesto en este precepto y, por tanto, no será válida la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas ni en los documentos contractuales que se formalicen de condiciones que impongan al suministrador de los medicamentos la obligación de sustituirlos sin cargo adicional. Naturalmente esta prohibición debe ser considerada compatible con la posibilidad de exigir en los pliegos que el medicamento tenga un plazo de utilización antes de su caducidad que no sea inferior al tiempo especificado en ellos.”.*

El órgano de contratación en su informe justifica la legalidad del PPT, en virtud de la aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 728/1982, de 17 de marzo, que regula la caducidad y devoluciones de las especialidades farmacéuticas a los laboratorios farmacéuticos, en concreto en su artículo 6, que dispone: *“Podrán ser objeto de devolución a los laboratorios de especialidades farmacéuticas por parte de almacenistas u oficinas de farmacia, con sujeción a las normas que se establecen en esta disposición, las especialidades farmacéuticas, lotes o ejemplares, en los que concurran alguna de las siguientes circunstancias:....”.*

Ahora bien, dicho precepto, articula la devolución de medicamentos en el ámbito de las relaciones que mantengan los Laboratorios farmacéuticos con *almacenistas u oficinas de farmacia*. Tanto las Oficinas de Farmacia como los almacenistas distribuidores de productos farmacéuticos son entidades privadas que sin perjuicio de su regulación por la normativa sectorial, mantienen sus relaciones comerciales con los laboratorios farmacéuticos al margen de la normativa de contratos del sector público, es decir, conforme al derecho privado. En ese contexto y para esos agentes es para los que se aplica el artículo 6 del Real Decreto 728/1982, de 17 de marzo, dictado como su preámbulo establece, para alcanzar la máxima seguridad de la aplicación práctica de la nueva ordenación, así como la conveniencia de amparar los legítimos intereses de los distintos sectores profesionales afectados por la misma, razones que aconsejan fijar adecuados sistemas de devolución de



especialidades caducadas y consiguiente abono de las mismas. En el suministro objeto de contratación al que se aplica el PPT, sin embargo no se trata de proveer a Oficinas de Farmacia, propiamente dichas, cuyo concepto técnico jurídico las define como establecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación que establezcan las comunidades autónomas en las que el farmacéutico titular – propietario de las mismas, asistido, en su caso, de ayudantes o auxiliares, deberá prestar una serie de servicios básicos a la población definidos por la normativa sectorial de aplicación (artículo 1 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia). Por tanto, la libertad de pactos a la que se refiere el órgano de contratación con la cita del RD 728/1982, de 17 de marzo, con independencia de que sea aplicable exclusivamente a los sujetos contemplados en esa norma, -(siendo discutible tanto la asimilación de la Administración contratante con una Oficina de Farmacia por el hecho de la existencia de los servicios de farmacia hospitalaria, como la aplicación de las normas previstas para las Oficinas de Farmacia a las adquisiciones que haga la propia Administración)-, además se encuentra en el caso de la Administración Pública precisamente modulada por el TRLCSP, de forma que el artículo 292 constituye un obstáculo legal que determina la nulidad de la cláusula impugnada.

En consecuencia debe estimarse la nulidad de la cláusula 4.9.2, del PPT.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

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

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto el 30 de marzo de 2017 por D.^a M.G.T.X. en nombre y representación de la sociedad mercantil IPSEN PHARMA SA, por medio del cual impugna el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas para la contratación por procedimiento abierto del *“Acuerdo marco para el suministro de medicamentos de uso humano para el tratamiento hormonal de la infertilidad y con hormonas hipofisiarias”*, (expte. 72/2017), declarando la nulidad de : a) los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor contenidos en los epígrafes 5.3 a 5.6 del apartado 11 del cuadro de características del PCAP, b) el criterio de



adjudicación denominado *Unidades adicionales sin cargo* que se contiene en el apartado 18 del cuadro de características del PCAP y c) la cláusula 4.9.2, del PPT, todo ello con efectos respecto del Lote 11.

Segundo. Levantar la suspensión de la adjudicación acordada por este Tribunal, de conformidad con el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del presente recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del 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 de la Comunidad Valenciana, 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.