



**Recurso nº 1027/2013 C.A. Cantabria 045/2013**

**Resolución nº 070/2014**

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

En Madrid, a 30 de enero de 2014

**VISTO** el recurso interpuesto por D.<sup>a</sup> R.B.P., en nombre y representación de la compañía SANOFI PASTEUR, S.A., contra el pliego elaborado por la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria para la adjudicación del contrato “Suministro de vacunas destinadas al calendario vacunal de Cantabria durante el año 2014”, derivado del Acuerdo marco 2012/AC003, impugnando la cláusula IX relativa al pago del precio y, en particular, la previsión de aplicar la deducción legal establecida en el Real Decreto Ley 8/2010, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** El Ministerio de Sanidad y Asuntos Sociales concertó, previo el correspondiente procedimiento, contrato de Acuerdo marco para la selección de suministradores de vacunas de calendario y otras para varias Comunidades Autónomas y las Ciudades de Ceuta y Melilla, con la entidad recurrente en fecha 14 de diciembre de 2012. A este sistema de contratación se había adherido la Comunidad Autónoma de Cantabria.

En ejecución del Acuerdo marco citado, la Consejería de Administración y Justicia de Cantabria invitó a la recurrente a participar por procedimiento negociado sin publicidad en un contrato derivado, de suministro de vacunas destinadas al calendario vacunal de Cantabria durante el año 2014. La invitación a participar en tal contrato se produjo en fecha 3 de diciembre y a ella se adjuntó un “protocolo del contrato derivado del Acuerdo marco para la selección de suministradores de vacunas de calendario y otras para la Comunidad Autónoma de Cantabria”.

**Segundo.** En el citado protocolo se contenía la siguiente cláusula IX: *“Una vez establecido el precio de adjudicación del suministro en los contratos derivados, en la facturación se deberá aplicar el descuento que corresponda, IVA u otro impuesto indirecto equivalente excluido, de conformidad con lo previsto en el Real Decreto 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, modificado por el Real Decreto Ley 9/2011, de 19 de agosto”.*

**Tercero.** La recurrente formula, previo anuncio al órgano de contratación, recurso especial en materia de contratación en el que solicita la anulación de la citada cláusula IX y que no es de aplicación a los contratos derivados que se adjudiquen como consecuencia de dicha licitación. El recurso tuvo entrada en el Registro General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas el día 21 de diciembre de 2013 y en el registro de este Tribunal el día 23 siguiente.

**Cuarto.** El recurso hace valer un único motivo en apoyo de su pretensión, consistente, en resumen, en que la rebaja de precio a que se refiere la cláusula IX del protocolo cuya anulación se propugna, quedó sin efecto en virtud de modificación de la Disposición adicional 28, en su apartado 4, del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público operada por reforma de la Ley 10/2013, de 24 de julio, cuyo tenor literal es: *“4. No serán de aplicación las medidas establecidas en los artículos 9 y 10, párrafo tercero, del Real Decreto ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, a los contratos derivados de adquisición de medicamentos promovidos al amparo de lo previsto en esta disposición adicional siempre que los ahorros que resulten de la compra centralizada sean superiores a las deducciones fijadas en dichos artículos del Real Decreto-ley 8/2010, de 29 de mayo”.* En el presente caso, señala, las rebajas obtenidas en el Acuerdo marco son muy superiores a dicho porcentaje, aportando determinados cuadros en los que compara el precio de adjudicación del Acuerdo marco con los Precios de Venta de Laboratorio (PVL).

**Quinto.** El órgano de contratación ha evacuado el oportuno informe en el que solicita la inadmisión del recurso, y, subsidiariamente, su desestimación en mérito a:

1º.- Que el recurso es extemporáneo al haber transcurrido entre el día 3 de diciembre y el día 23 de diciembre el plazo de quince días, toda vez que, conforme al artículo 44.3 del TRLCSP el día final del cómputo ha de serlo el de entrada en el registro del Tribunal y no en otros registro.

2º.- Que la empresa recurrente no aporta ninguna prueba, al margen de las afirmaciones contenidas en el escrito del recurso, que permitan afirmar que los descuentos sobre el Precio de Venta de Laboratorio (PVL) obtenidos gracias a la compra centralizada sean superiores a las deducciones que resultarían de la aplicación de los artículos 9 y 10 del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo.

3º.- Del contenido del precepto se deduce que dichos ahorros no deben tener como base el PVL, tal y como afirma la recurrente, sino que debe acreditarse que son consecuencia directa de la compra centralizada. Aún en el caso de que se acogieran como válidos los PVL reflejados en el cuerpo del recurso en los términos que afirma la recurrente (aspectos no acreditado fehacientemente), restaría aún cuantificar cuál es el ahorro que supone para cada Comunidad Autónoma recurrir a este sistema de compra centralizada por oposición a la convocatoria independiente de un procedimiento por cada una de ellas para proveerse de las vacunas de calendario objeto del Acuerdo marco estatal.

4º.- El Acuerdo marco tenía como finalidad establecer las condiciones de adquisición de las vacunas y que dentro de esas condiciones, indisponibles para el órgano de contratación de cada Comunidad Autónoma adherida al acuerdo de contratación centralizada promovido por la Administración del Estado, se encontraba la realización de los descuentos previstos por el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

**Sexto.** La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores en fecha 13 de enero de 2014, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho, sin que ninguno de ellos haya evacuado dicho trámite.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO.

**Primero.** El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Cantabria el 28 de noviembre de 2012 (BOE de 13 de diciembre de 2012).

**Segundo.** La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP, a cuyo tenor: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

**Tercero.** Con carácter previo debemos analizar si el recurso se ha formulado de forma extemporánea como señala el órgano de contratación, al haber transcurrido más de 15 días hábiles desde la notificación del acuerdo recurrido, datada el 3 de diciembre de 2013, hasta la entrada en el registro del Tribunal, el día 23 siguiente. Esta causa de inadmisión no es atendible ya que, por acuerdo del Tribunal de 18 de abril de 2012, se dispuso: *“Primero. Determinar que, a partir de 1 de mayo de 2012, las direcciones de registro del Tribunal en las que se pueden presentar los escritos de recurso especial, reclamación o cuestión de nulidad en materia de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 39.1 y 44.3 del TRLCSP y 101.2 y 111 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, son los siguientes:*

- *Registro electrónico: Sede electrónica Ministerio, subsede del Tribunal*
- *Registro General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas: c/ Alcalá, 9 - 28071 - Madrid.*
- *Registro Auxiliar del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas: Avda. Gral. Perón, 38 - 28020 - Madrid.”*

En consecuencia, la interposición se ha producido dentro del plazo legal del artículo 44 del TRLCSP.

**Cuarto.** De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.a) del TRLCSP por tratarse de un proceso de licitación convocado por una entidad que ostenta la condición de poder adjudicador y ser un contrato de suministro, sujeto a regulación armonizada, este Tribunal tiene competencia para resolver el recurso.

**Quinto.** El recurso se formula contra los pliegos que constituyen un acto sujeto a recurso especial de acuerdo con el artículo 40.2.a) del TRLCSP.

**Sexto.** La cuestión de fondo planteada consiste en determinar si la cláusula IX del protocolo remitido junto con la invitación a participar en el procedimiento negociado sin publicidad del contrato derivado se ajusta a la ley o no, respetando la redacción de la Disposición adicional 28.4 del TRLCSP, en su versión dada por Ley 10/2013, de 24 de julio de 2013, y que ha quedado transcrita más arriba.

Para analizar esta cuestión hay que partir de una serie de premisas:

1º.- En el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, modificado por el Real Decreto Ley 9/2011, de 19 de agosto, se estableció una reducción en el precio de adquisición de los medicamentos en los siguientes términos:

*“Artículo 9. Deducciones sobre las compras de los medicamentos realizadas por los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud.*

*En las compras de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente formalizadas con cargo a fondos públicos del Sistema Nacional de Salud a través de los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria, se aplicará una deducción del 7,5% sobre el precio de compra.”*

El artículo 10 establece otra reducción en diferentes supuestos.

A su vez, el citado Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, introducía una nueva Disposición adicional 34 en la Ley de Contratos del Sector Público, que pasó posteriormente

a ser la Disposición adicional 28 en el TRLCSP, en mérito a la cual se posibilitaba un amplio sistema de adquisición centralizada:

*“Disposición adicional trigésimo cuarta. Adquisición Centralizada de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud.*

*Uno. Mediante Orden del Ministerio de Sanidad y Política Social, previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado, se podrá declarar de adquisición centralizada los suministros de medicamentos y productos sanitarios que se contraten en el ámbito estatal por los diferentes órganos y organismos. La contratación de estos suministros deberá efectuarse a través del Ministerio de Sanidad y Política Social. La financiación de los correspondientes contratos correrá a cargo del organismo o entidad peticionarios. Las competencias que el artículo 190 atribuye a la Dirección General del Patrimonio del Estado y al Ministerio de Economía y Hacienda corresponderán en relación al suministro de medicamentos y productos sanitarios al Ministerio de Sanidad y Política Social.*

*Las Comunidades Autónomas y las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán adherirse al sistema de adquisición centralizada estatal de medicamentos y productos sanitarios, para la totalidad de los suministros incluidos en el mismo o sólo para determinadas categorías de ellos. La adhesión requerirá la conclusión del correspondiente acuerdo con el Ministerio de Sanidad y Política Social.*

*Dos. Los órganos de contratación de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán concluir de forma conjunta acuerdos marco de los previstos en el artículo 180, con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de suministro de medicamentos y productos sanitarios que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.”*

En consecuencia, la cantidad a abonar para los medicamentos por cada Administración adherida al referido sistema de adquisición centralizada era el resultado de aplicar una

rebaja del 7,5% (o porcentaje previsto en el artículo 10) al precio fijado en la adjudicación del contrato derivado en ejecución del acuerdo marco.

2º.- No obstante lo anterior, -previa incorporación del apartado 3 por Ley 17/2012, de 17 de diciembre-, por Ley 10/2013, de 24 de julio de 2013, se modificó la Disposición adicional 28, añadiéndole un apartado 4 que rectificaba el cálculo de la rebaja del siguiente modo:

*“4. No serán de aplicación las medidas establecidas en los artículos 9 y 10, párrafo tercero, del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, a los contratos derivados de adquisición de medicamentos promovidos al amparo de lo previsto en esta disposición adicional siempre que los ahorros que resulten de la compra centralizada sean superiores a las deducciones fijadas en dichos artículos del Real Decreto-ley 8/2010, de 29 de mayo.”*

Ello nos lleva a analizar cómo se miden *los ahorros que resulten de la compra centralizada* a que se refieren las disposiciones citadas con la finalidad de poder concretar si exceden o no del 7,5%. Si exceden, no se aplicará rebaja adicional. Si, por el contrario, no exceden, se aplicará una rebaja del diferencial entre la obtenida en el sistema centralizado y el 7,5%.

Existen dos posibilidades para el cálculo de estos ahorros, a saber: a) Porcentaje diferencial entre el precio industrial aprobado para cada vacuna en el sistema nacional de fijación de precios (PVL) y el precio adjudicado en el Acuerdo marco; o, b) Porcentaje diferencial entre el precio máximo de licitación del Acuerdo marco y el precio por el que se adjudicó el medicamento en el Acuerdo marco.

En el primer caso, aún cuando solo se conoce por la información que ofrece el recurrente respecto de dos laboratorios (uno de ellos es la propia recurrente), resultaría que los ahorros son superiores a los impuestos por el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, de modo que éste quedaría absorbido por aquél, y, por tanto, el protocolo regulador del contrato derivado no podría establecer esta adición en la rebaja por impedirlo la Disposición adicional 28.4 del TRLCSP.

Pero, en el segundo caso, es decir, si se toma el ahorro entre el precio de máximo de licitación del Acuerdo marco y el precio de adjudicación de éste, el porcentaje de ahorro no

quedaría absorbido, pues la adjudicación se hizo, en todos los casos a que se refiere este contrato derivado en el precio máximo de licitación, tal y como puede comprobarse contrastando el Anexo IV del pliego de cláusulas administrativas del Acuerdo marco y su acuerdo de adjudicación, figurando uno y otro en el expediente administrativo.

Este segundo es el criterio correcto al entender del Tribunal. Así, en nuestra Resolución 124/2013 de 27 de marzo, referida a los recursos 124 y 126 de 2013, se señaló que: *“... Pero entendemos los RRDD citados (se refiere al Real Decreto Ley 8/2010 y al Real Decreto Ley 9/2011) establecen un descuento o reducción a aplicar “a posteriori” sobre el precio de adjudicación (pues se habla, en lo que nos ocupa, del “precio de compra”), pero no afectan a la potestad del órgano de contratación de fijar precios de licitación que respeten los precios autorizados (máximos, como hemos visto), sobre todo en un sistema como el que se articula en el Acuerdo, que supone unas compras masivas que pueden soportar importantes descuentos; lo que no excluye que quede desierta la licitación si al potencial contratista dichos precios no le convienen.”*

El precio industrial es fijado para el medicamento por la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, según lo establecido en el artículo 90 de Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, el cual tiene carácter de precio industrial máximo del medicamento:

El artículo 90 de tal Ley señala: *“4. Corresponde a la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, fijar, de modo motivado y conforme a criterios objetivos, los precios de financiación del Sistema Nacional de Salud de medicamentos y productos sanitarios para los que sea necesario prescripción médica, que se dispensen en territorio español. Cuando estos mismos productos no resulten financiados, si son dispensados en territorio nacional operará lo establecido en el apartado 3.”* Y tal apartado 3 indica: *“3. En todo caso, los titulares de autorizaciones de comercialización de los mismos podrán comercializar los medicamentos que se dispensen en territorio español en régimen de precios notificados, entendiéndose por tal la comunicación del precio al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de modo que el departamento pueda objetar el mismo por razones de interés público.”*

De acuerdo con el punto 6 de dicho artículo, *“Como regla general, el precio de financiación por el Sistema Nacional de Salud será inferior al precio industrial del medicamento aplicado cuando sea dispensado fuera del Sistema Nacional de Salud.”* Así mismo el punto 9 del referido artículo, que establece el procedimiento de determinación del precio de venta al público, declara el carácter de precio máximo del precio industrial autorizado: *“9. El Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad establecerá el precio de venta al público de los medicamentos y productos sanitarios financiados mediante la agregación del precio industrial autorizado, que tiene carácter de máximo, y de los márgenes correspondientes a las actividades de distribución mayorista y dispensación al público”.*

En consecuencia, este Tribunal concluye que 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. Es decir, no es un precio oficial de compra. Las reducciones de precio establecidas en el Real Decreto Ley 8/2010 y en el Real Decreto Ley 9/2011 se aplican sobre precios de compra, no sobre precios de venta del laboratorio o precio industrial, expresiones éstas que no aparecen en ninguna de estas normas. Visto de otro modo, no puede hablarse, en propiedad, de que constituya un ahorro la diferencia entre el precio de venta del laboratorio y el precio de máximo de licitación del Acuerdo marco, puesto que la Administración, al establecer tal precio máximo, a su vez, está manifestando su voluntad de no adquirir medicamentos por encima de tales precios, y sin perjuicio, claro está, de las decisiones sanitarias que tuviera que adoptar en caso de que la adjudicación resulte desierta. El ahorro viene determinado por el diferencial entre el precio máximo que la Administración está dispuesta a pagar - precio de licitación del Acuerdo marco- y el precio que va a pagar (o fijar como precio máximo para los contratos derivados), que es el de adjudicación del Acuerdo marco.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Desestimar el recurso interpuesto por D.<sup>a</sup> R.B.P., en nombre y representación de la compañía SANOFI PASTEUR, S.A., contra el pliego elaborado por la Consejería de



Sanidad y Servicios Sociales del Gobierno de Cantabria para la adjudicación del contrato “Suministro de vacunas destinadas al calendario vacunal de Cantabria durante el año 2014”, derivado del Acuerdo marco 2012/AC003, impugnando la cláusula IX relativa al pago del precio y, en particular, la previsión de aplicar la deducción legal establecida en el Real Decreto Ley 8/2010.

**Segundo.** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.