

## **Informe 10/95, de 8 de junio de 1995. . Adquisiciones directas de los laboratorios de las especialidades farmacéuticas por los centros e instituciones hospitalarias del Sistema Nacional de Salud.**

### **3.1. Contratos de suministro. Conceptos generales**

#### **ANTECEDENTES**

1. Por el Subsecretario del Ministerio de Sanidad y Consumo se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, redactado en los siguientes términos:

*"Se adjunta con el ruego de informe un borrador de Acuerdo Marco que se pretende realizar entre el Ministerio de Sanidad y Consumo, en nombre y representación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud, y la Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica (Farmaindustria), por el que se regularán las adquisiciones directas los laboratorios de las especialidades farmacéuticas por los centros e instituciones hospitalarias del Sistema Nacional de Salud.*

*Farmaindustria, asociación empresarial integrada en la CEOE, que agrupa la práctica totalidad de los laboratorios farmacéuticos españoles, ha propuesto, como parte de un pacto que desea suscribir con el Sistema Nacional de Salud, la formalización de un acuerdo específico sobre adquisición directa de especialidades farmacéuticas por los centros hospitalarios públicos.*

*El sistema de adquisición de medicamentos para su uso dentro de las instituciones sanitarias se ha regulado, históricamente, en la legislación de la Seguridad Social, mediante la fórmula de Conciertos con Farmaindustria, en términos paralelos a los Conciertos con las Oficinas de Farmacia para el pago de los medicamentos por receta. Según los Conciertos con Farmaindustria (el último de los cuales, de 1986, es anterior a la entrada de España en las Comunidades Europeas), la adquisición de los medicamentos por los hospitales se realizaba de forma directa mediante un procedimiento normalizado de petición y suministros, con aplicación de unos descuentos fijos.*

*Este régimen de contratación directa fue objeto de impugnación ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea con motivo de las cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Provincial de Sevilla a raíz de los recursos que Farmaindustria formuló contra dos concursos de compra de medicamentos promovidos por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía. El asunto, que dio pie a una demanda de la Comisión (C-382/92), concluyó con la Sentencia de 3 de mayo de 1994 que declara el incumplimiento de las obligaciones de España de aplicación, en estos casos, de la Directiva 77/62 sobre adjudicación de contratos públicos de suministros. El último Concerto con Farmaindustria caducó el 31 de diciembre de 1990.*

*En la actualidad Farmaindustria ha planteado la conveniencia de una serie de pactos con el Sistema Nacional de Salud, entre otros este Acuerdo sobre adquisiciones directas que, superando lo escollos del Concerto anterior, permita mantener un régimen común para las adquisiciones directas de menor cuantía que realicen los centros hospitalarios.*

*El Proyecto de Acuerdo que se remite no pretende dar continuidad a un sistema generalizado de contratación directa, antes al contrario (cláusulas 1.1, 1.2 y 1.3) hace referencia a que las contrataciones directas se harán*

*siempre condicionadas al papel que esta modalidad de suministro debe ocupar en el marco del derecho comunitario. Asimismo, se declara (cláusula 1.4 y Disposición Adicional) el carácter voluntario y no exclusivo de este régimen, tanto para los hospitales como para los laboratorios, nacionales o comunitarios.*

*En relación con este proyecto de Acuerdo Marco y sobre su compatibilidad con la legislación española y europea de contratos de suministros, se ruega a este órgano que, en virtud de lo previsto en los artículos 2.1 y 17 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa aprobado por Real Decreto 30/91, de 18 de enero, emita informe".*

2. Conforme se indica en el escrito en el que se solicita informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se acompaña al mismo el denominado borrador del Acuerdo Marco que se pretende realizar y diversa documentación constituida por Memoria -Informe de la Secretaría General Técnica y por los antecedentes que representan el Concerto entre la Seguridad Social y Farmaindustria de 5 de julio de 1986 y su renovación de 3 de mayo de 1986 y los que dieron lugar a la Sentencia de 4 de mayo de 1994, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el conflicto planteado por la Comisión en relación con el régimen de acuerdos con Farmaindustria.

3. Del citado borrador de Acuerdo Marco a efectos del presente informe interesa destacar las siguientes cláusulas:

*1.1. La adquisición de especialidades farmacéuticas por los centros e instituciones hospitalarios del Sistema Nacional de Salud, se efectuará siguiendo la normativa de contratación administrativa de suministros y las previsiones establecidas en la legislación comunitaria.*

*1.2. La adquisición se efectuará por concurso público siempre que resulte obligatorio, según la cuantía, por lo dispuesto en la normativa de contratación administrativa.*

*1.3. Cuando el concurso no resulte obligatorio y la Administración competente no proceda potestativamente promover concurrencia pública, las adquisiciones directas se regirán por las condiciones establecidas en este Acuerdo, para todas las Empresas acogidas al mismo, acuerdo cuyo único objeto es el de asegurar el abastecimiento transparente de medicamentos al Sistema Nacional de Salud, para que pueda cumplir sus objetivos de Salud Pública con mayores garantías.*

*1.4. Este Acuerdo tiene carácter abierto y podrán acogerse libremente a sus condiciones los controles sanitarios y los laboratorios autorizados para comercializar medicamentos en España estén o no integrados en Farmaindustria, entidad patronal que suscribe este pacto.*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1. De conformidad con lo expuesto en el escrito de solicitud de informe éste debe hacer referencia a la compatibilidad del proyecto de Acuerdo Marco con la legislación española y europea de contratos de suministros, por lo que ambas cuestiones deben ser examinadas por separado, aunque, por razones sistemáticas, debe invertirse el orden en que las mismas son enunciadas.

2. Ninguna dificultad suscita el determinar la compatibilidad del Acuerdo-Marco con la legislación europea de suministros, pues constituida ésta por la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, su contenido ha sido incorporado a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, como antes lo fuera la Directiva 77/62/CEE a la Ley de Contratos del Estado mediante el Real Decreto Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, aplicándose la normativa comunitaria exclusivamente a los contratos de suministro que son de cuantía igual o superior a los límites de sujeción a las citadas Directivas comunitarias, que, para el bienio 1994-1995, ha sido fijado en 17.555.440 pesetas según indica la Orden de 25 de febrero de 1994 e incorpora el artículo 178 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como la cláusula 1.2 del proyecto de Acuerdo Marco establece que la adquisición de especialidades farmacéuticas se efectuará por concurso público, siempre que resulte obligatorio, según la cuantía, es evidente que no se verán afectados los suministros de cuantía igual o superior a 17.555.440 pesetas y si solo los inferiores a 10.000.000 de pesetas (artículo 87.3 de la Ley de Contratos del Estado) o a 2.000.000 de pesetas (artículo 183 i) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), por lo que difícilmente las adquisiciones directas por razón de la cuantía previstas en el Acuerdo Marco, pueden entrar en colisión con la normativa comunitaria sobre contratación pública.

3. En relación con la compatibilidad del Acuerdo Marco con la legislación española de contratos de las Administraciones Públicas, debemos hacer la advertencia previa que el término comparativo utilizado lo constituye la Ley de 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas no sólo por haberse producido ya su entrada en vigor, sino por que las soluciones que consagra, en este extremo, no difieren en líneas sustanciales de las consagradas por la legislación de contratos del Estado.

Para resolver la cuestión suscitada hay que empezar afirmando que, aun cuando se habla de un Acuerdo Marco, su contenido no coincide con el supuesto previsto en el apartado f) del artículo 183 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues este supuesto exige una previa adjudicación con sujeción a las normas de la Ley, es decir, mediante concurso, del propio acuerdo o contrato marco, para que las adjudicaciones posteriores puedan realizarse por utilización del procedimiento negociado (contratación directa), resultando innecesaria la advertencia de que esta posibilidad, planteada en términos distintos de los del Acuerdo Marco que se examina, resulta perfectamente factible y ajustada a la normativa española de contratación administrativa.

Según se desprende de la lectura de las cláusulas 1.3 y 1.4 del proyecto de Acuerdo Marco existe un compromiso para que las adquisiciones directas se efectúen por el Sistema Nacional de Salud a las Empresas acogidas al mismo lo que desvirtúa el significado de la utilización del procedimiento negociado, como antes de la contratación directa, eliminando su propio concepto tal como se incorpora al artículo 74.4 de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el sentido de que el contrato se adjudique al empresario justificadamente elegido por la Administración, previa consulta y negociación de los términos del contrato con uno o varios empresarios, concepto al que igualmente responde la necesidad de consulta a tres empresas prevista en el artículo 93 de la misma Ley.

Como conclusión de este apartado puede afirmarse que el sistema de adquisiciones directas previsto en el proyecto de Acuerdo Marco está en contradicción con los principios y reglas concretas de la utilización del procedimiento negociado que se recogen en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

## **CONCLUSIÓN**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el proyecto de Acuerdo Marco que se pretende realizar entre el Ministerio de Sanidad y Consumo, en representación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de la Salud y Farmaindustria, si bien no contradice la normativa comunitaria sobre contratos de suministro, no se ajusta, en cuanto a su propia utilización del procedimiento negociado o contratación directa, a lo que con carácter general se preceptúa en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.