

Recurso 20/2012
Resolución 21/2012.

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

En Sevilla, a 8 de marzo de 2012.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por **PENSA PHARMA, S.A** contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, de 25 de enero de 2012, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando, en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud, sean prescritos o indicados por principio activo, este Tribunal ha dictado, en el día de la fecha, la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 1 de febrero de 2012, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía la Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, de 25 de enero de 2012, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando, en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud, sean prescritos o indicados por principio activo.

La citada convocatoria se efectuó en cumplimiento de lo establecido en el apartado 1 del artículo 60 bis de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, precepto introducido en la citada norma legal por el Decreto-Ley

3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

SEGUNDO. El 20 de febrero de 2012, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por PENSA PHARMA, S.A contra la resolución antes citada. En el mismo escrito de interposición se solicitó la suspensión cautelar de la resolución impugnada.

TERCERO. El 21 de febrero de 2012, la Secretaría del Tribunal dio traslado a la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud del escrito de interposición del recurso para que, en el plazo de dos días hábiles, remitiera el expediente tramitado con relación a la convocatoria acompañado de un informe del órgano competente, así como las alegaciones oportunas sobre la adopción de la medida cautelar de suspensión instada por el recurrente.

CUARTO. El 24 de febrero de 2012, el Servicio Andaluz de Salud remitió el expediente, el informe y las alegaciones sobre la medida cautelar solicitada.

QUINTO. El 29 de febrero de 2012, este Tribunal dictó resolución denegando la medida provisional de suspensión de la resolución impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Con carácter previo al examen de cualquier otro aspecto formal o sustantivo del recurso interpuesto, resulta necesario analizar la procedencia o no de recurso especial en materia de contratación contra la resolución impugnada.

Para ello hemos de partir de los motivos en que PENSA PHARMA, S.A funda su recurso que, sucintamente, son los siguientes:

1. La resolución recurrida constituye un anuncio de licitación para optar a un contrato público. Dicha resolución incluye, como Anexo II, el texto tipo del convenio que se suscribirá con el laboratorio farmacéutico cuyo medicamento resulte seleccionado. El objeto del convenio es el suministro de medicamentos, lo cual impide considerarlo como negocio excluido de la legislación de contratos del sector público.

2. La resolución impugnada infringe la Ley de Contratos del Sector Público y la Directiva 2004/18/CE por las siguientes razones:

- Con carácter previo a la publicación del anuncio de licitación no se ha tramitado un expediente administrativo.
- No se han aprobado ni el pliego de cláusulas administrativas particulares, ni el pliego de prescripciones técnicas.
- La convocatoria, dado que el suministro supera los umbrales comunitarios, debió haberse publicado en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por otro lado, tampoco se ha publicado el anuncio de licitación en el perfil de contratante del órgano de contratación.
- No se han respetado los plazos para presentar proposiciones que establece la Ley de Contratos del Sector Público.

Estas infracciones determinan la nulidad radical de la resolución impugnada al haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, conforme al artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3. La resolución recurrida adolece de imprecisiones graves que dificultan o impiden la participación de las empresas en la convocatoria en un régimen de competencia. Se exige acreditar una capacidad de producción, lo que implica la exigencia de que la propuesta sea presentada por el fabricante del producto,

excluyéndose, sin justificación, a los titulares de la autorización de comercialización que no sean fabricantes. Ello supone un trato discriminatorio que vulnera el principio de igualdad de trato consagrado en la Ley de Contratos del Sector Público y reiterado por la jurisprudencia comunitaria.

Por su parte, el Servicio Andaluz de Salud, en el informe que remite a este Tribunal junto con el expediente tramitado al efecto, manifiesta que el resultado de la selección de los medicamentos nada tiene que ver con ninguno de los tipos de contratos previstos en el artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF, en adelante), del mismo modo que la convocatoria impugnada no se encuentra entre los actos recurribles del apartado 2 del mismo precepto. También señala que se anuda la impugnación de la convocatoria a la impugnación imposible del Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se modifica la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía.

Pues bien, en la primera alegación del recurso se indica que la resolución impugnada constituye, en realidad, el anuncio de la convocatoria de un procedimiento de adjudicación de un contrato de suministro sujeto a regulación armonizada. En cambio, el Servicio Andaluz de Salud sostiene que la convocatoria impugnada no es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación y que el resultado de la selección de medicamentos nada tiene que ver con ninguno de los tipos de contratos incluidos en el ámbito del citado recurso.

Al hilo de esta primera alegación, se ha de efectuar una consideración previa de carácter general sobre el ámbito objetivo del recurso especial, el cual viene tasado en el artículo 40 del TRLCSF, que lo ciñe a determinados actos producidos durante el procedimiento de adjudicación contractual y solo respecto a determinados contratos relacionados en el propio precepto. Dice así su apartado primero *“Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de*

contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores (...)”

El punto de partida que determina, pues, la competencia de este Tribunal es que el acto impugnado vaya referido a uno de los contratos mencionados en el artículo 40.1 del TRLCSP, pues el recurso no cabe contra cualquier acto, ni respecto a cualquier contrato. Ahí radica su especialidad.

SEGUNDO. Expuesto lo anterior, procede determinar ahora si es admisible el recurso especial en materia de contratación en el supuesto examinado, para lo cual hemos de partir necesariamente del marco legal que da cobertura a la resolución impugnada.

El Decreto-Ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, añade un artículo 60 bis a la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía. Los seis primeros apartados del precepto establecen lo siguiente:

1. *“La persona titular de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud realizará convocatorias públicas en las que podrán participar todos los laboratorios farmacéuticos interesados, para seleccionar, de entre los medicamentos comercializados que tengan un precio autorizado igual o inferior al precio menor correspondiente, establecido en el Sistema Nacional de Salud y vigente en el momento de la convocatoria, aquél que deberá ser dispensado en las oficinas de farmacia cuando, en el marco de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se les presente una receta médica u orden de dispensación en las que el medicamento correspondiente se identifica exclusivamente por la denominación oficial de sus principios activos.*
2. *(...) En cada convocatoria de selección se incluirán todas las formulaciones, de todos los principios activos clasificados en los correspondientes subgrupos, para las que*

existan, al menos, dos medicamentos en el mercado con precio igual o inferior al citado precio menor.

- 3. Para cada formulación de principio o principios activos, se seleccionará el medicamento del laboratorio farmacéutico cuya propuesta represente para el Servicio Andaluz de Salud el menor coste final de la prescripción correspondiente de entre los propuestos. Para los cálculos oportunos se tendrá en cuenta la diferencia entre el precio autorizado de cada medicamento y la cuantía de la mejora económica ofrecida al Servicio Andaluz de Salud por el laboratorio farmacéutico correspondiente.*
- 4. A fin de garantizar el suministro del medicamento seleccionado (...), el Servicio Andaluz de Salud requerirá a los laboratorios farmacéuticos que, junto a su solicitud de participación en la convocatoria, acrediten una capacidad de producción previa suficiente de medicamentos de forma farmacéutica igual al propuesto (...)*
- 5. Como resultado de aplicar los criterios de valoración del apartado 3, a los medicamentos objeto de las propuestas de los laboratorios farmacéuticos, se obtendrá un listado ordenado de menor a mayor coste final de aquéllos. Con carácter general, se seleccionará el primero que figure en el citado listado y con su laboratorio preparador se suscribirá el correspondiente convenio, previsto en el artículo 60 quater. Dicho listado se hará público a través de la web oficial del Servicio Andaluz de Salud.*
- 6. La mejoras económicas que los laboratorios farmacéuticos ofrezcan al Servicio Andaluz de Salud en ningún caso podrán afectar a los precios autorizados de los medicamentos seleccionados y se expresarán en euros con dos decimales, por cada envase que de ellos facturen las oficinas de farmacia de Andalucía al Servicio Andaluz de Salud.”*

Asimismo, el Decreto- Ley antes citado añade un artículo 60 quater a la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, que, bajo el título “Convenios”, establece lo siguiente:

1. *“Los compromisos entre el Servicio Andaluz de Salud y los laboratorios farmacéuticos o las empresas proveedoras de productos sanitarios, derivados de la selección y sus efectos económicos, quedarán establecidos en los convenios correspondientes, suscritos por la persona titular de la Dirección Gerencia del mismo y por los representantes legales de aquéllos, con sujeción a las normas específicas establecidas en esta ley.*
2. *La duración de los convenios será la prevista en cada convocatoria de selección, que en todo caso no podrán tener un plazo de vigencia superior a dos años.*
3. *Cada convenio contendrá, al menos, los elementos siguientes:*
 - a) *La constitución de una comisión mixta paritaria (...)*
 - b) *El plazo en que el Servicio Andaluz de Salud notificará a las empresas o laboratorios farmacéuticos las cantidades económicas que, en su caso, corresponda liquidar mensualmente a cada una, por las mejoras económicas acordadas (...)*
 - c) *El procedimiento para la validación de las liquidaciones mensuales (...)*
 - d) *Los supuestos y el régimen de suspensión, modificación y resolución del mismo.”*

A la vista de esta regulación legal y enlazando con la consideración previa antes realizada, la especialidad del recurso en materia de contratación, cuyo objeto queda claramente delimitado en el artículo 40 del TRLCSP, no permite que el mismo pueda hacerse extensivo a otro tipo de actos que, como en el supuesto analizado, ni son preparatorios, ni se encuadran en un procedimiento de adjudicación de un contrato sujeto al TRLCSP. En definitiva, la competencia de este Tribunal, a través del recurso especial, no puede extenderse a enjuiciar más que determinados actos producidos en el curso de la licitación de uno de los contratos en que aquél está previsto, y ello no acontece en el supuesto examinado donde el procedimiento de selección de los medicamentos a que se refiere el artículo 60 bis de la Ley de Farmacia de Andalucía culmina con la suscripción del convenio a que se refiere el artículo 60 quater, como negocio excluido del ámbito de la legislación de contratos del sector público.

TERCERO. Pero es que, a mayor abundamiento, hay otro argumento de peso para considerar la improcedencia del recurso especial en materia de contratación y por ende, la falta de competencia de este Tribunal. En este sentido, se observa que la regulación legal antes expuesta describe con detalle un procedimiento de pública concurrencia para la selección de los medicamentos a dispensar cuando se prescriban o indiquen por principio activo. Dicho procedimiento se inicia tras la publicación de una convocatoria y finaliza con la suscripción de un convenio con el laboratorio cuyo medicamento resulte seleccionado. No se advierte, pues, en la norma autonómica ninguna remisión a la Legislación de Contratos del Sector Público, hasta el punto de que el laboratorio correspondiente, como ya se ha indicado, no suscribirá un contrato con el Servicio Andaluz de Salud, sino un convenio cuyo contenido mínimo legal difiere, además, del común y propio de un contrato.

Pues bien, en ese marco legal autonómico, la resolución del Servicio Andaluz de Salud, objeto del recurso interpuesto por PENSA PHARMA, S.A, constituye el primer acto de ese procedimiento de selección y se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 60 bis, apartado 1, de la Ley de Farmacia de Andalucía. Por esta razón, los vicios de nulidad que el recurrente imputa a ese acto no son intrínsecos al mismo, pues dichos vicios no pueden sustentarse en el propio acto sin cuestionar, a la vez, la conformidad a Derecho de la norma legal que da cobertura al mismo y en este punto, resulta evidente que ni el recurrente ostenta legitimación para impugnar una disposición con rango de ley, ni este Tribunal resulta competente para tal enjuiciamiento.

Así pues, la recurrente alega que la resolución impugnada es nula por haber prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido, ya que su objeto cae directamente en el ámbito del TRLCSP. Tal alegación se construye sobre la premisa de que estamos en presencia de un contrato de suministro sujeto a la legislación sobre contratos del sector público, pero no es ésta, en modo alguno, la regulación prevista en la norma legal autonómica, la cual agota en sí misma el

marco normativo del procedimiento de selección de los medicamentos cuando se prescriban o indiquen por principio activo y, en ningún momento, se remite a la legislación de contratos del sector público, ni se refiere al contrato, sino al convenio, como instrumento jurídico que ha de recoger los compromisos asumidos por el Servicio Andaluz de Salud y el laboratorio farmacéutico.

Por consiguiente, sostener que la actuación impugnada se encuadra en el ámbito del TRLCSP es tanto como reconocer, aunque no se diga, que la norma legal que ampara dicha actuación vulnera la legislación estatal de contratos del sector públicos. Y ni el recurrente tiene legitimación para alegar dicha vulneración, ni este Tribunal, competencia para declararla.

Todas las consideraciones anteriores conducen a sostener la improcedencia del recurso especial en materia de contratación interpuesto por PENSA PHARMA, S.A contra la resolución impugnada.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, **Este Tribunal**

RESUELVE

PRIMERO. Declarar la inadmisión del recurso especial en materia de contratación interpuesto por PENSA PHARMA, S.A contra la Resolución de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud, de 25 de enero de 2012, por la que se anuncia convocatoria para la selección de medicamentos a dispensar por las oficinas de farmacia de Andalucía, cuando, en las recetas médicas y órdenes de dispensación oficiales del Sistema Nacional de Salud, sean prescritos o indicados por principio activo, al no resultar dicho acto susceptible de recurso en esta vía.

SEGUNDO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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.

LA PRESIDENTA