



El interés de la administración no es el único interés público que merece ser protegido

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 27 de marzo de 2013 en el caso de la central de compras de medicamentos

A finales de Marzo, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales dictó su resolución sobre los Pliegos aprobados por el INGESA para el Acuerdo Marco para la selección de suministradores de medicamentos para varias Comunidades Autónomas y Organismos estatales, lo que se conoce como la central de compras de medicamentos. Es una resolución extensa, 25 páginas, sobre la que se ha ido informando en diversos medios.

Obviamente, lo que ha merecido mayor atención ha sido el fallo, la parte dispositiva de la resolución, que estima parcialmente el recurso presentado por una compañía por entender que los Pliegos restringían la competencia de forma injustificada. Por nuestra parte, en este comentario, destacaremos tres aspectos.

Tribunales modernos, resoluciones claras

En primer lugar, y con independencia de que el resultado final pueda ser más o menos criticable, el trabajo del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y de sus homólogos en algunas Comunidades Autónomas promete. Al igual que en su día sucedió con el Tribunal de Defensa de la Competencia, o con los juzgados de lo mercantil, estamos ante entes administrativos y judiciales de nueva creación, en donde prestan servicios profesionales con un elevado nivel de formación, muchos de ellos jóvenes con energía para analizar los temas con profundidad y con destreza comunicativa. El resultado son resoluciones cuya lectura no es excesivamente

complicada, lo cual es de agradecer en un texto jurídico. Si comparan cualquier resolución recientemente adoptada por estos tribunales con otras sentencias podrán comprobar que mi satisfacción al respecto está justificada. Lo digo, además, desde la discrepancia profunda con algunos de los argumentos y conclusiones de la resolución concreta a la que me refiero.

La defensa de la competencia

En segundo lugar, en la resolución destaca que el Tribunal se inclina por estimar el recurso tras hacer una ponderación de intereses. El Pliego, tal y como se había aprobado, implicaba la posibilidad de la administración de solicitar una rebaja en el precio en el caso de que, durante la vigencia del acuerdo marco, se aprobase un producto biosimilar a alguno de los productos biológicos seleccionados. En caso de que la compañía adjudicataria no aceptase la rebaja, la adjudicación podía quedar resuelta.

El Tribunal entiende que el sistema diseñado por el INGESA tiene ventajas para la administración, en especial en lo que se refiere a la gestión de su actividad, y recuerda que la finalidad homogeneizadora y simplificadora del Acuerdo Marco es legítima. De hecho, llega a considerar que dichas ventajas son razones de interés público. Pese a ello, estas razones, dice la resolución, no pueden prevalecer sobre la libre competencia, que queda seriamente afectada si durante toda la vigencia del Acuerdo Marco se mantiene al adjudicatario preseleccionado como único suministrador de una parte del mercado



muy sustancial a pesar de la aprobación posterior de un biosimilar.

Puestos a escoger entre defensa de la competencia y simplificación administrativa, el Tribunal se inclina de forma clara por la segunda. Reiterando que discrepamos con varios aspectos de la resolución, la posición que mantiene el Tribunal en este punto es especialmente interesante.

La agrupación de medicamentos biológicos en un mismo lote

En cuanto a uno de los aspectos más relevantes del fondo del asunto, la posición que mantiene el Tribunal es criticable por excesivamente formalista.

En los Pliegos del INGESA, la división en lotes se realizó por ingrediente activo y no por lo que el Tribunal denomina aplicaciones terapéuticas o efectos. Aplicando este criterio, en el lote 1 se licitaba la compra de darbepoetina; en el 2 la de epoetina alfa, en el 3 la de epoetina beta metoxi-pg; en el 4 la de epoetina beta; en el 4 la de epoetina theta; y así sucesivamente. Frente a esta división en lotes, el Tribunal se enfrentó a dos recursos basados en motivos opuestos e incompatibles entre sí. En un primer recurso, Hospira argumentaba que epoetina alfa y epoetina zeta no se debieron separar en lotes o que al menos el lote 2 debía incluir "epoetina alfa y sus equivalentes". En un segundo recurso, Janssen denunció la inclusión en el lote 2 (epoetina alfa) de dos medicamentos no sustituibles.

En su resolución, el Tribunal desestima el recurso de Hospira por entender que la lógica de la regulación sanitaria avala que para la elaboración de lotes se utilice como referencia el principio activo y no las aplicaciones terapéuticas o los efectos del cada producto.

Lo curioso del caso es que el Tribunal fundamenta su posición en el hecho de que las únicas agrupaciones previstas por la Ley son los conjuntos del sistema de precios de referencia y las agrupaciones homogéneas; pero también en el hecho de que la cuestión de la equivalencia terapéutica es subjetiva, está abierta a interpretación, y no implica intercambiabilidad; dice la resolución, porque entre productos supuestamente equivalentes pueden existir diferencias en materia de efectos secundarios, excipientes, etc., que según el Tribunal pueden y deben ser tenidos en cuenta en el momento de la adquisición del medicamento.

Es por ello que no se entiende que el Tribunal desestime igualmente el recurso de Janssen, que atacaba la inclusión en un mismo lote de medicamentos biológicos no sustituibles. Las diferencias entre dos productos biológicos no sustituibles deberían ser también tenidas en cuenta en el momento de la adquisición del medicamento.

Por último, es de lamentar que el Tribunal no se haya animado a cuestionar el hecho de que los precios de licitación obligasen a un descuento de más de un 75% respecto del PVL máximo autorizado de algunos productos.

En relación con esta cuestión, la resolución recuerda que la prohibición de descuentos superiores al 10% no se aplica a los acuerdos que los laboratorios puedan alcanzar con los servicios de farmacia hospitalarios, y reconoce que en caso de excesiva agresividad en la petición de descuentos es posible que los concursos queden desiertos. Por último, la resolución rechaza que imponer unos precios tan bajos sea abusivo, dando por buena la posición del INGESA, que se defendió señalando que los precios de licitación eran los que se vienen aplicando de facto en varias Comunidades Autónomas.