



Actualidad en materia de compra pública de biosimilares

A propósito de la Resolución 108/2022 del TACRC de 27 de enero de 2022 y de las resoluciones del mismo tribunal de 24 de febrero sobre el acuerdo marco de INGESA

Introducción

Durante el primer trimestre de 2022 se han publicado determinadas resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) de interés para el sector de los medicamentos biológicos. Por un lado, la resolución n° 108/2022, dictada el 27 de enero, trata acerca de la posibilidad de primar en los pliegos a los medicamentos biosimilares. Por otro lado, el pasado 24 de febrero el TACRC dictó 5 resoluciones (n° 258/2022, 259/2022, 260/2022, 261/2022 y 262/2022) que resuelven los recursos interpuestos contra los pliegos del acuerdo marco licitado por INGESA para el “suministro de medicamentos biológicos con biosimilares” para varias Comunidades Autónomas y la Administración del Estado, uno de los más importantes (y polémicos) de la historia.

Se puede favorecer al biosimilar

En nuestro boletín CAPSULAS n° 218, de 23 de junio de 2021, informábamos acerca de dos casos en los que se impugnaban los pliegos de licitaciones que otorgaban cierta ventaja a los medicamentos biosimilares, por el mero hecho de serlo, mediante criterios de adjudicación de valoración automática.

En un caso se otorgaban al biosimilar 20 puntos simplemente por reunir tal condición. El Tribunal no llegó a pronunciarse al respecto ya que el órgano de contratación desistió de la licitación controvertida. En el otro, se otorgaban

3 puntos al medicamento biosimilar. El Tribunal consideró que dicho criterio era proporcionado y estaba amparado por la discrecionalidad técnica de la Administración, que había cumplido con el deber de motivar su inclusión.

El pasado 27 de enero de 2022 el TACRC, dictó una resolución en la que vuelve a avalar el uso de un criterio de adjudicación que otorga 3 puntos al medicamento biosimilar por el simple hecho de serlo. Tras esta resolución podemos afirmar que existe doctrina consolidada del TACRC conforme al cual es posible establecer un criterio de adjudicación que prime a los medicamentos biosimilares siempre que:

- (i) la puntuación asignada sea proporcionada y no infrinja, por exceso, los principios de igualdad y libre competencia y;
- (ii) el órgano de contratación haya motivado la inclusión de este criterio (el Tribunal no valorará la justificación que se haya dado, solo verificará que efectivamente se explicita).

Otra cuestión a tener en cuenta es que en esta licitación la continuidad de los tratamientos en curso con el medicamento biológico de referencia quedaba asegurada. Esto se lograba estableciendo lotes que en los que, por su configuración, no podía participar el biosimilar. Queda pendiente saber si, en caso contrario, variaría la respuesta del Tribunal.



Sobre las resoluciones acerca del acuerdo marco de INGESA

En los pliegos del acuerdo marco de INGESA se incluía una cláusula de revisión de precio que permitía a INGESA reducir el precio de adjudicación en los contratos derivados si algún adjudicatario del acuerdo marco ofrecía condiciones al menos un 10% más ventajosas que las previstas en el acuerdo marco. Según INGESA esta modificación podía establecerse porque en este caso se producía una situación sobrevenida imprevisible.

Las recurrentes alegaron que esta posibilidad de modificar los precios del contrato únicamente se contempla en la normativa y ha sido avalada por la doctrina del TACRC en el caso de la adquisición centralizada de bienes, mientras que en este caso se trataba de algo distinto, un acuerdo marco. El Tribunal sostiene que el acuerdo marco es una modalidad de adquisición centralizada de bienes, que se configura como una técnica de racionalización de la contratación, por lo que las normas aplicables a la adquisición centralizada pueden aplicarse a los acuerdos marco.

El Tribunal también rechaza que esta cláusula infrinja la prohibición general del artículo 204 de la LCSP de establecer cláusulas de modificación de un contrato que fijen nuevos precios unitarios. El artículo 222.1 de la LCSP, que regula la modificación de los acuerdos marco, permite modificar los precios unitarios del contrato siempre que los precios resultantes no superen en un 20% a los anteriores ni tampoco a los precios ofrecidos en el mercado por las mismas empresas. Entiende el tribunal que este precepto constituiría la norma especial que desplazaría a la general.

Asimismo, alegaban las recurrentes que esta modificación del contrato por reducción de

precios supondría alterar el orden de prioridad a la hora de adjudicar los contratos derivados, de modo que el adjudicatario situado, por ejemplo, en tercer lugar, podría pasar al primero ofertando precios nuevos, en detrimento del resto de adjudicatarios.

En cuanto a este punto, el Tribunal señala que esta modificación del contrato no supone necesariamente alterar el orden de prioridad. El Tribunal se apoya, en este sentido, en la idea de que el orden de prioridad se basa no sólo en el precio, sino también en características técnicas de los suministros y que, en cualquier caso, este cambio en las condiciones ofertadas se comunicaría a los demás adjudicatarios para que pudieran decidir modificar su oferta en el mismo sentido. Según el tribunal, lo relevante es otorgar publicidad a esta modificación de las condiciones *“para fomentar la concurrencia en el contrato”*, teniendo en cuenta que los acuerdos marco son medidas para racionalizar la contratación y obtener mejores condiciones.

La posición del TACRC, por tanto, avala que exista cierta competencia a la hora de adjudicar los contratos derivados, incluso cuando no fuese precisa una segunda licitación. De este modo se produce, de facto, un efecto parecido al de una nueva licitación mediante ofertas a la baja.

El Tribunal termina por estimar parcialmente algunos de los recursos por considerar improcedente como causa de resolución del contrato el incumplimiento de la obligación de remitir un agrupador de los identificadores únicos de los medicamentos suministrados. El TACRC considera que es posible establecer dicha obligación, pero no que su inclusión en cada contrato derivado dependa de la decisión que adopte cada órgano de contratación, por considerar que, al hacerlo así, la causa de resolución es excesivamente indeterminada.