



Expte.: R-10/2018

ACUERDO 28/2018, de 23, de abril, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se estima parcialmente la reclamación en materia de contratación pública interpuesta por “Roche Farma, S.A.” frente al anuncio de licitación y todos sus anexos, del Acuerdo Marco APRO FARM F7/2018 para el suministro de Rituximab (DOE) con destino a los centros hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 7 de febrero de 2018 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del Acuerdo Marco APRO FARM F7/2018 para el suministro de Rituximab (DOE) con destino a los centros hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (SNS-O).

SEGUNDO.- El día 15 de febrero de 2018 “Roche Farma, S.A.” presentó reclamación frente al anuncio de licitación y todos los anexos del procedimiento citado en el antecedente de hecho Primero.

Funda su reclamación en los siguientes argumentos:

En primer lugar, la reclamante alega que el Acuerdo Marco es nulo porque el establecimiento de un único adjudicatario por lote incumple lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley Foral 6/2006, 9 de junio, de Contratos Públicos, que señala que como regla general, los Acuerdos Marco se celebrarán al menos con tres empresas. Afirma la reclamante que la naturaleza del contrato no justifica la existencia de un único proveedor, excepción prevista por la propia Ley Foral y que tampoco la concurrencia de esta excepción ha sido motivada en el expediente. En favor de su postura cita los

informes de la Sociedad Española de Hematología y Hematoterapia y la sociedad Española de Reumatología, que afirma la no conveniencia de sustituir un producto biológico por su biosimilar y la necesidad de que estos cambios sean prescritos por el médico, caso por caso, de lo que se desprendería, afirman, la necesidad de que se disponga en todos los hospitales tanto del producto original como del biosimilar. Entienden, en definitiva, que se debe proceder a seleccionar a más de un proveedor en cada lote y que lo contrario infringe los principios de concurrencia y transparencia que deben regir las licitaciones públicas.

En el mismo sentido, señala que lo anterior se ve refrendado por el hecho de que su formulación subcutánea se utiliza de forma habitual en la sanidad navarra debido a la comodidad en su administración y a la reducción de recursos que conlleva, por lo que no sería adecuado eliminar esta posibilidad de tratamiento y ha de tenerse en cuenta que para poder realizar el tratamiento con dosis por vía subcutánea es imprescindible realizar la primera administración con el tratamiento intravenoso para controlar la posible aparición de efectos adversos. Esta pauta es ineludible, dice, para que su uso no resulte contrario a lo establecido en la ficha técnica de su producto y dado que, según se ha visto, y es apoyado por las Sociedades médicas ya citadas, no es posible la sustitución de un producto biológico por su biosimilar, la selección de una empresa que no fuera la reclamante, para el suministro de Rituximab, eliminaría la posibilidad de su utilización por vía subcutánea en tratamientos a iniciar o en curso. Entiende la reclamante que el resultado a que puede dar lugar la configuración del Acuerdo Marco es contrario al artículo 22.1 de la Ley Foral de Contratos Públicos, que exige que los contratos tengan por objeto un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí mismas una función económica y técnica.

Añaden además, que los medicamentos biológicos no son intercambiables y por lo tanto no integran una unidad funcional, a pesar de tener el mismo principio activo. De este modo, entiende que licitar unitariamente medicamentos biológicos de manera que se adquiriera solo uno sería una contratación irregular y que lo correcto sería realizar lotes separados para cada biológico, o permitir la adjudicación a más de un proveedor, siempre que cumplan el precio máximo de licitación y las demás condiciones del

acuerdo marco. En apoyo de su postura citan la sentencia del Tribunal Supremo, recurso de casación número 2565/2015, de fecha 29 de enero de 2018 sobre determinación del objeto de los contratos del sector público, en la que se señala que la agrupación de fármacos debe responder a la lógica de fármacos intercambiables y en definitiva entiende que imponer un único adjudicatario para el suministro de un medicamento biológico –y en consecuencia no intercambiable y que no constituye una unidad funcional con su biosimilar- sin permitir que se completen los tratamientos en curso impide cubrir las necesidades del propio Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y de sus pacientes.

Por otra parte, afirma la reclamante que por error o por intentar aplicar un acuerdo marco de un único adjudicatario pensado para otro tipo de productos (sanitarios y no medicamentos), el Pliego de Prescripciones Técnicas sólo permite participar en el acuerdo marco objeto de esta reclamación a productos que llevan incorporados los símbolos o códigos propios de los productos sanitarios. En cambio, el producto de la reclamante lleva de fábrica (y aprobado por la Agencia de Medicamentos y Productos Sanitarios) la simbología propia de los medicamentos, diferente de la de los productos sanitarios. No se trata, según señala, de una cuestión intrascendente por cuanto a este aspecto corresponde el 40% de la puntuación. El mantenimiento de esta exigencia, entiende, implica el establecimiento de barreras técnicas a la libre competencia y por lo tanto resulta ilegal al infringir el principio de libre competencia.

Solicita además la suspensión cautelar del procedimiento en tanto que la continuación del procedimiento puede poner en peligro la continuidad del tratamiento de pacientes que ya están utilizando sus productos e impedir que nuevos pacientes lo inicien y las exigencias de etiquetado establecidas en el pliego, entiende que impiden que se pueda presentar a la licitación.

En definitiva, la reclamante solicita la declaración de nulidad de pleno derecho de la licitación y de sus anexos, en relación con los lotes 1 y 2 de formulaciones del principio activo Rituximab.

TERCERO.- El día 5 de marzo de 2018, el SNS-O aporta el expediente del contrato junto con escrito de alegaciones en el que reconoce la legitimación del reclamante así como la presentación de la reclamación dentro del plazo legalmente establecido. En cuanto a las cuestiones de fondo, su postura se resume en los siguientes puntos:

Afirma la entidad contratante que no se da, tal como pretende el reclamante, una ruptura de la unidad funcional del contrato y que no existen motivos técnicos que obliguen a mantener la selección de varios proveedores. Entiende que el respeto a la unidad funcional supone licitar dentro de un mismo lote los medicamentos que tengan el mismo principio activo y forma farmacéutica y este principio se respeta al establecer dos lotes (Rituximab 500 mg vial de 50 ml y Rituximab 100 mg 2 viales 10 mg). La motivación para la configuración del Acuerdo Marco se basa, y así se motiva, en las necesidades de la Administración que, además, en ningún caso generan infracción de los principios de la contratación ya que no se restringe la competencia, el resultado no es discriminatorio y esta configuración con un único proveedor seleccionado se basa en motivos técnicos, que se justifican a continuación y que tienen como premisa la contraria de la sostenida por la reclamante, a saber, la intercambiabilidad entre los productos biológicos y sus biosimilares. Según el SNS-O los motivos técnicos que justifican la selección de un único proveedor son los siguientes:

-Exclusividad: es práctica habitual de los laboratorios la comercialización de un mismo principio activo en una nueva vía de administración (por ejemplo subcutánea, frente a intravenosa) como forma legal de ampliar la patente de un medicamento cuando ésta está próxima a finalizar, de manera que esta nueva vía vuelve a ser exclusiva del laboratorio titular.

-Necesidad de un primer ciclo con MabThera intravenoso: en España las fichas técnicas de los medicamentos se refieren al nombre comercial y no al principio activo, de manera que la realidad de la afirmación sostenida por la reclamante, según la cual es preciso que un paciente sea tratado con, al menos, un ciclo de MabThera intravenoso antes de recibir el tratamiento subcutáneo, en realidad se refiere al principio activo y no al nombre comercial del mismo. En apoyo de esta afirmación señala que la agencia

regulatoria americana, sólo se refiere al nombre comercial del medicamento cuando es exclusivo, pasando a nombrar el principio activo cuando no lo es.

-Intercambiabilidad y sustitución: de acuerdo con la normativa de aplicación es fundamental para la intercambiabilidad de los medicamentos biotecnológicos y biosimilares que el médico esté informado de qué medicamento va a recibir el paciente. A este respecto, señala el SNS-O que con fecha 21 de septiembre de 2017 se reunieron los miembros de la Comisión Central de Farmacia del SNS-O y en dicha reunión se propuso prescribir siempre el biosimilar de Rituximab tanto en pacientes nuevos como en los que ya estuvieran en tratamiento con el producto de la ahora reclamante. Para la administración subcutánea se recomienda el medicamento original por no existir un biosimilar de administración por esta vía. Estos acuerdos se recogieron en la oportuna instrucción del Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y se notificaron a las partes afectadas.

-Posicionamiento de las distintas Instituciones y Sociedades científicas: afirma el SNS-O que existen pronunciamientos recientes de distintos organismos oficiales sobre la posible intercambiabilidad de medicamentos biológicos y sus biosimilares, por ejemplo la Agencia Europea del Medicamento, la Asociación Europea de los Farmacéuticos de Hospital, la Sociedad Española de Farmacéuticos de Hospital o la Sociedad Española de Reumatología. En general, señala, se apoya el intercambio con conocimiento del médico y no la sustitución masiva.

-Fichas técnicas: se aporta texto literal de las fichas de ambos medicamentos en las que se aprecia su identidad de contenido.

Finalmente, la entidad contratante reconoce que se ha producido un error en el pliego al exigir un etiquetado que no es propio de los productos que se licitan y por lo tanto señala que se va a proceder a su modificación y apertura de un nuevo plazo para presentación de ofertas.

De acuerdo con todo lo anterior, el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea solicita que se estime parcialmente la reclamación interpuesta por “Roche Farma, S.A.”

CUARTO.- El día 5 de marzo, se concedió trámite de audiencia a los demás interesados sin que hayan hecho uso de este derecho dentro del plazo legalmente establecido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La reclamación se presenta contra un acto adoptado en el seno de un procedimiento de adjudicación por parte del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, poder adjudicador de los contemplados en el artículo 2 de la Ley Foral 6/2006, 9 de junio, de Contratos Públicos (LFCP).

La reclamación se presenta contra el anuncio de licitación, y todos sus anexos, de un Acuerdo Marco de suministro. Al tratarse de un posible licitador, se encuentra legitimado conforme a lo dispuesto en el art. 210 LFCP.

La reclamación se fundamenta en los motivos legalmente tasados, en particular en la infracción de las normas de publicidad, transparencia y concurrencia, de acuerdo con los requerimientos del artículo 210.3.c) LFCP.

La reclamación fue presentada el día 15 de febrero de 2018, dentro del plazo de diez días naturales establecido para ello por el 210.2.b de la LFCP.

SEGUNDO.- El examen de los motivos en los que se fundamenta esta reclamación pone de manifiesto que todos ellos se asientan sobre la disconformidad de la empresa reclamante con el objeto de la contratación impugnada.

Así, siendo que este objeto es, conforme al apartado B “Objeto del Contrato”, del cuadro de características del Acuerdo Marco, el “Suministro de Rituximab (DOE) con destino a los centros hospitalarios del SNS-O”, la reclamante considera que el objeto debe ser, sin embargo y como consecuencia de la no intercambiabilidad entre el medicamento original y el biosimilar, el suministro de ambos productos.

Frente a esta consideración de la reclamante, el órgano de contratación afirma la intercambiabilidad de los productos mediante los que se comercializa el principio activo objeto del contrato y motiva esta determinación del objeto del Acuerdo Marco en el logro de una mayor eficiencia en la gestión, así como en el de mejores precios.

Respecto de la delimitación del objeto del contrato, este Tribunal ha manifestado en anteriores acuerdos, por todos, el Acuerdo 68/2017, de 30 de octubre, que *“Debe advertirse, en este sentido, que la competencia para delimitar el objeto de la obra, suministro o asistencia que se desea contratar corresponde al órgano de contratación, que debe justificar su necesidad antes de comenzar el proceso de licitación que corresponda. De hecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 40.3 LFCP ·Todo expediente de contratación se iniciará mediante un informe razonado de la unidad gestora del contrato, exponiendo la necesidad, características y valor estimado de las prestaciones objeto del contrato”*; informe acreditativo de la necesidad e idoneidad del contrato sobre el que la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2011 concluye que no es un simple requisito formal, sino que es un trámite esencial del procedimiento, que actúa como presupuesto habilitante para proceder a la contratación.

(...)

Tal y como razona la Resolución nº 600/2017 del Tribunal Central de Recursos contractuales, de 30 de Junio de 2017, “(...) el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP.

Junto a lo anterior, conviene recordar asimismo en este punto la doctrina de este Tribunal acerca de las amplias facultades de que goza el órgano de contratación a la hora de la determinación y conformación del objeto contractual. Al respecto, en nuestra Resolución nº 991/2015 razonábamos como sigue: "En el análisis de la cuestión controvertida, debe tenerse presente que el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad para determinar los requisitos técnicos de la

prestación que se pretende contratar, a fin de garantizar, como señala el artículo 1 del TRLCSP, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos públicos.

Decíamos en nuestra Resolución 548/2014, de 18 de julio, "que debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: "La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad".

El mismo Tribunal Administrativo en su Resolución 245/2016, de 8 de abril, pone de relieve que "(...) Por lo demás, la anterior consideración no es sino concreción de la doctrina más general acerca de la discrecionalidad que debe reconocerse al órgano de contratación a la hora de establecer las características técnicas del objeto contractual. Así, en la Resolución nº 756/2014, de 15 de octubre, aludíamos a este respecto a "lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP.

Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (...)".

Respecto de este ámbito de la discrecionalidad técnica, es reiterada la jurisprudencia que señala que las decisiones adoptadas conforme a las reglas de la

ciencia o la técnica, no son susceptibles de impugnación salvo en los casos de error patente o irracionalidad en su aplicación.

En definitiva, no se puede sustituir la necesaria discrecionalidad técnica de las entidades adjudicadoras de contratos públicos por la discrecionalidad del órgano administrativo o judicial encargado de velar por la legalidad de la contratación, y menos aún podrá aquella sustituirse por el criterio de una de las partes concurrentes en el procedimiento de licitación.

Por su parte, el SNS-O, ha explicado razonablemente los motivos que le han llevado a determinar que el objeto del contrato sea el principio activo Rituximab. Así, a partir del criterio estrictamente técnico de la intercambiabilidad entre el medicamento original y el biosimilar, ha considerado que esta opción ahorrará costes económicos porque tiene como efecto el incremento de la competencia.

En consecuencia, no puede considerarse contrario a la concurrencia, ni a la transparencia que el objeto de la contratación se ajuste al criterio y a las necesidades del órgano de contratación.

TERCERO.- Sentado que el objeto contractual es el que el órgano de contratación fija en uso de la facultad discrecional que le asiste, el motivo que a continuación se analiza nos sitúa en la configuración del contrato, en concreto en la cuestión sobre el número de licitadores con los que deba celebrarse el Acuerdo Marco (con una o con más empresas) y en la relativa al número de lotes establecidos en el mismo.

Así, la empresa recurrente manifiesta, en primer lugar, que el establecimiento de un adjudicatario único por lote vulnera el artículo 77 de la LFC porque el mismo establece la regla general de que los Acuerdos Marco se celebren con al menos tres empresas, de tal manera que la celebración con una sola empresa requiere justificación de que la naturaleza del objeto del contrato así lo exige, sin que tal justificación conste en el expediente, lo que a su vez no es posible por la propia naturaleza del contrato.

El artículo 77 LFC, establece:

1. Un acuerdo marco es un negocio jurídico celebrado entre una o varias Administraciones y una o varias empresas, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que regirán en determinados contratos de obras, suministro o asistencia que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas. La duración de un acuerdo marco no podrá superar los cuatro años, salvo casos excepcionales debidamente justificados en la documentación del contrato.

*Como regla general el acuerdo marco se celebrará con al menos tres empresas siempre que haya un número suficiente de ofertas admisibles o de empresas que respondan a los criterios de selección. **Podrán celebrarse acuerdos marco con una sola empresa cuando la naturaleza del objeto así lo exija.***

2. Para la selección de las empresas que serán parte del acuerdo marco se abrirá un procedimiento de licitación, de acuerdo con las normas del procedimiento abierto o del restringido, a elección del órgano de contratación, y se aplicarán como criterios de selección los criterios de adjudicación señalados en esta Ley Foral.”

De esta dicción resulta clara la necesidad de motivar la elección de esta modalidad de celebración del Acuerdo Marco, motivación que, contrariamente a lo afirmado por la reclamante, ha sido recogida en el informe sobre la necesidad de la contratación cuyo párrafo segundo, señala:

“Atendiendo a la naturaleza del objeto del Acuerdo Marco, se ha previsto en el pliego, la selección de un único proveedor por lote con el fin de aprovechar la economía de escala que supone agregar la demanda parcial de cada uno de los Centros dependientes del SNS-O, logrando así una mayor eficiencia en la gestión y asegurar el derecho de igualdad de tratamiento con los mismos materiales y procedimientos que tienen los pacientes, independientemente del centro donde tenga lugar su asistencia.”

Por otra parte, como ocurre con la determinación del objeto del contrato, es reiterada la doctrina de los Tribunales de Contratos que establece la discrecionalidad técnica del órgano de contratación en la configuración del contrato.

Tratándose de un contrato público, esta discrecionalidad ha de venir motivada por el juego de las circunstancias concurrentes en las prestaciones a contratar y los principios de la contratación pública, en particular, los de eficiencia y eficacia, junto con los de concurrencia, no discriminación y salvaguarda de la competencia.

Así se recoge en la Resolución 68/2018, de 26 de enero del Tribunal Central de Recursos contractuales:

“Conviene recordar asimismo en este punto la asentada doctrina de este Tribunal acerca de las amplias facultades de que goza el órgano de contratación a la hora de la determinación y conformación del objeto contractual. Al respecto, en nuestra Resolución nº 212/2013 razonábamos como sigue:

Es doctrina de este Tribunal (por todas, Resolución 124/2013, de 27 de marzo), la que sostiene que “el artículo 86 del TRLCSP parte de la regla general de no división del contrato, si bien en su apartado 3, cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, se admite la posibilidad de fraccionar o dividir el objeto del contrato en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”.

*Ahora bien, también ha declarado el Tribunal (Resolución 247/2012, de 7 de noviembre) que la concurrencia de los requisitos establecidos en el artículo 86 del TRLCSP “no determina necesariamente y en todo caso que debe procederse al fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes, y ello en razón de que el artículo 86.3 del TRLCSP configura el fraccionamiento del contrato como una **facultad o derecho potestativo** que asiste al órgano de contratación (‘...podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante la división en lotes...’) y cuyo ejercicio deberá motivarse suficientemente (‘...y así se justifique debidamente en el expediente...’), entrañando un indudable componente de **discrecionalidad técnica** en*

*función de las concretas circunstancias que en cada caso concurran; en rigor, el fraccionamiento del contrato mediante su división en lotes viene a constituir **una excepción a la regla general** que constituye el que puede denominarse sistema integral, esto es, la inclusión de todas las prestaciones en un único contrato sin división de lotes”. Así las cosas, “es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios -eficacia y eficiencia en la contratación pública y, más concretamente, los aspectos (...) de una parte de libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte-, lo que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes”.*

Pues bien, en el supuesto analizado el poder adjudicador no Administración Pública, la mutua colaboradora con la Seguridad Social IBERMUTUAMUR ha decidido licitar en un único contrato el suministro de material de osteosíntesis con la finalidad de racionalizar el gasto y de la obtención de mejores precios unitarios “finalidad que difícilmente puede ser alcanzada mediante el fraccionamiento del objeto del contrato en lotes que impida la generación de las antedichas economías de escala”.

Esta intención de racionalizar y unificar la contratación con vistas a reducir el gasto público en la adquisición de dicho material constituye una finalidad de interés general que justifica suficientemente, a juicio del Tribunal, la decisión discrecional del órgano de contratación de licitar un único contrato el suministro de todos el material relacionado en los Anexos 3 bis y 5 sin acordar en él la división en lotes pues “la integración de todos los productos a suministrar en el contrato tiene también sentido para incrementar su eficacia, la eficiencia en la ejecución de las prestaciones y, a su vez, aprovechar las economías de escala que posibilita dicha integración, en línea con el artículo 1 de la LCSP” (actual TRLCSP), siendo así que “todo ello forma parte de la libre voluntad del órgano de contratación que opta por un sistema integral de contratación” (Resolución 188/2011, de 20 de julio).

Todo ello unido a que la impugnante no alega ni manifiesta una imposibilidad de formular su proposición para participar en dicha licitación, acarrea la desestimación del motivo de revisión centrado en la configuración del objeto contractual.”

Así pues, el órgano de contratación ha motivado la configuración del Acuerdo Marco licitado mediante un lote por tipo de presentación del principio activo Rituximab y un único proveedor por lote; ello con base en criterios técnicos de gestión y en el principio de eficiencia, afirmando que esta configuración permite la agregación de la demanda y la obtención de mejores precios, objetivos ambos claramente vinculados al interés general, con los que consideramos plenamente justificada la modalidad por la que, en uso de la potestad de que dispone, ha optado la entidad contratante.

No se aprecia la aducida vulneración de los principios de concurrencia y transparencia, dado que nada impide a los comercializadores de Rituximab presentar su oferta, ni se observa oscuridad en las condiciones de licitación, en ausencia de alegaciones, más allá de la referida a la vulneración de este principio.

En consecuencia, debemos desestimar este motivo de reclamación.

CUARTO.- En lo que respecta a la alegada infracción del principio de unidad funcional y con ello la del artículo 22 LFC, que establece que: *“Los contratos tendrán por objeto un conjunto de prestaciones destinadas a cumplir por sí mismas una función económica o técnica.”*, interesa traer a colación la delimitación conceptual positiva que de este principio que realiza la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su informe 1/2017 de 1 de febrero, cuyo apartado tercero establece:

“La «unidad funcional», término empleado por el artículo 86.3 TRLCSP, es un concepto jurídico indeterminado que debe ser entendido como aptitud para que el conjunto de prestaciones que integran el objeto de un contrato puedan «...cumplir por sí mismas una función económica o técnica» (artículo 3.4 Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, y en el mismo sentido, art. 1.7 de la Directiva 2014/24/UE y artículo 6.2 TRLCSP, en relación con el contrato de obras).”

Partiendo de este concepto de unidad funcional, en la expresión de este motivo de impugnación se advierte que la entidad reclamante, en línea con su base argumental

desestimada por las razones señaladas en el segundo fundamento, afirma que la prestación que el Acuerdo Marco debe satisfacer es la de proveer al SNS-O del conjunto de todos los productos que contengan el principio activo Rituximab, en la presentación establecida en el cuadro de características del Acuerdo Marco.

Sin embargo, como más atrás se ha razonado, habida cuenta que la facultad de fijar el objeto contractual corresponde al órgano de contratación, en virtud de la discrecionalidad técnica con la que cuenta, por ser quien mejor conoce las necesidades de la administración contratante, el objeto del Acuerdo Marco que se analiza no es el señalado por la reclamante, sino el suministro del principio activo Rituximab, en la presentación establecida en el cuadro de características.

Así, conforme al Pliego de Cláusulas Administrativas del Acuerdo Marco impugnado, El SNS-O ha establecido como necesidad a satisfacer el suministro del principio activo Rituximab, principio que, según se extrae del expediente, sirve a determinadas indicaciones terapéuticas, no habiendo discusión respecto de que para dichas indicaciones terapéuticas, tanto sirve el medicamento original como el biosimilar, por lo que no cabe sino concluir que la adquisición de este principio activo, al licitador que realice la oferta más ventajosa, es perfectamente acorde con el principio de unidad funcional, ya que esta adquisición que constituye la prestación objeto del contrato, cumple por sí misma con la función de tratamiento de las patologías para las que está indicado.

Con el mismo planteamiento sobre la funcionalidad del objeto del Acuerdo Marco y su afirmación de que el cumplimiento de la misma requiere la realización de lotes separados, o la adjudicación a más de un proveedor, la reclamante cita la STS de 29 de enero de 2018, recaída en recurso de casación número 25/65/2015.

Sin embargo, esta sentencia, a juicio de este Tribunal, no avala la posición de la reclamante, ya que, lo que la sentencia establece es que, no es correcta la agregación de productos en los lotes del procedimiento que enjuicia, sino que según el TS, los medicamentos deben agruparse por principio activo en lugar de por indicación

terapéutica. Es decir la sentencia trata sobre el criterio con el que deben agruparse distintos productos en un mismo lote, supuesto muy diferente al que aquí se resuelve, pues no hay agrupación alguna de productos, sino un producto por lote.

Así pues, no se aprecia vulneración alguna del principio de unidad funcional en el objeto del Acuerdo Marco recurrido.

QUINTO.- En lo que se refiere al motivo de ilicitud del Pliego de Prescripciones Técnicas por imponer requerimientos de simbolización irrelevantes e inviables para “Roche Farma, S. A.”, la entidad contratante ha reconocido que se trata de un error producido en el pliego al exigir un etiquetado que no es propio de los productos que se licitan, manifestando su intención de proceder a la corrección del mismo, mediante la modificación del pliego afectado y la apertura de un nuevo plazo para presentación de ofertas. De acuerdo con ello, el SNS-O, solicita la estimación parcial de la reclamación interpuesta por Roche Farma S.A.

Así pues, el SNS-O se allana respecto de este motivo formulado por la reclamante. A falta de regulación de esta figura en las normas de este procedimiento (Contenidas en el Título II del Libro Tercero de la LFCP), así como en las del procedimiento administrativo, este Tribunal ha señalado en acuerdos anteriores (por todos el Acuerdo 25/2018, de 4 de abril), que, *“por su similitud resulta aplicable a estos procedimientos la regulación del allanamiento establecida en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que en su artículo 75 establece que “Los demandados podrán allanarse cumpliendo los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo anterior”, añadiendo en su párrafo segundo que “Producido el allanamiento, el Juez o Tribunal, sin más trámites, dictará sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si ello supusiere infracción manifiesta del ordenamiento jurídico, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírán en el plazo común de diez días dictando luego la sentencia que estime ajustada a derecho”.*

Dado que el allanamiento de la entidad contratante respecto de este motivo no supone ninguna infracción del ordenamiento jurídico, procede sin más trámite la estimación del mismo.

Este allanamiento junto con la manifestación del órgano de contratación de su intención de corregir el error padecido y proceder a una nueva publicación, han hecho innecesaria, por razones evidentes, la necesidad de resolver sobre la medida cautelar de suspensión del procedimiento, instada por la entidad reclamante.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 213.2 de la Ley Foral 6/2006 de 9 de junio, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Estimar parcialmente la reclamación interpuesta por “Roche Farma, S.A.” frente al anuncio de licitación y todos sus anexos, del Acuerdo Marco APRO FARM F7/2018 para el suministro de Rituximab (DOE) con destino a los centros hospitalarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, declarando la nulidad del apartado 2 del Pliego de Prescripciones Técnicas del Acuerdo Marco licitado, por estimación del allanamiento realizado por el SNS-O.

2º. Notificar este acuerdo a “Roche Farma, S.A.”, al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, así como al resto de interesados que figuren en el expediente y acordar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, a 23 de abril de 2018. EL PRESIDENTE, Javier Martínez Eslava. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Marta Pernaut Ojer.