

FUNDACIÓN CEFI

COMPRAS CENTRALIZADAS DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y SELECCIÓN DE PROVEEDORES

La presente ponencia viene referida a las compras centralizadas de las CCAA y selección de proveedores. No obstante, y con independencia del título, hemos de reseñar que la normativa reguladora en esta materia para las compras centralizadas de las CCAA resulta básicamente la misma que la referenciada a la Administración General del Estado, como seguidamente veremos, motivo que hace que nos debamos referir de forma genérica en primer lugar a dicha normativa de aplicación general y, a la par, hacer mención a las especificaciones que en la materia se encuentran establecidas especialmente para las CCAA.

Como es sobradamente conocido, la Administración en estos momentos de crisis está adoptando toda una serie de medidas con el fin de obtener un mayor ahorro reduciendo todo tipo de gastos, y más concretamente en el caso que nos ocupa, el gasto farmacéutico.

Para ello, además de otro tipo de medidas, se fomentó la utilización de sistemas de racionalización técnica en la contratación de suministros de medicamentos y productos sanitarios, previstos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Según ya hemos visto, el objeto de esta ponencia es analizar dos sistemas para la racionalización de la contratación pública, como son las compras centralizadas y los acuerdos marco para la selección de proveedores, si bien centrándonos más específicamente en la aplicación de esta normativa a las diferentes CCAA, normativa que reiteramos es básicamente la misma que para la Administración General del Estado.

Los citados sistemas de contratación se encuentran regulados, con carácter general, dentro del Libro Tercero de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) “Selección del contratista y adjudicación de los contratos”, concretamente en su Título II, denominado “Racionalización técnica de la contratación”.

En este Título II se regulan una serie de sistemas para la racionalización de la contratación pública de las Administraciones Públicas, como son los Acuerdos marco para la selección de proveedores (regulados en el Capítulo II), los Sistemas dinámicos de contratación (Capítulo III) y las Centrales de contratación (regulados en el Capítulo IV).

A este respecto se refiere el artículo 194 del TRLCSP denominado “sistemas para la racionalización de la contratación pública de las Administraciones Públicas”, que establece que *“para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos las Administraciones Públicas podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos, o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados, conforme a las normas de este Título”*.

Asimismo, la Disposición Adicional vigésima octava del citado TRLCSP, denominada *“Adquisición Centralizada de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud*, establece una serie de disposiciones específicas sobre la adquisición centralizada de medicamentos y productos sanitarios con miras al mencionado SNS y sobre los propios Acuerdos marco a esos mismos efectos.

Dicha Disposición fue introducida en la anterior Ley 30/2007, de 30 octubre, de Contratos del Sector Público mediante Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público (posteriormente fue reproducida en el TRLCSP).

Procedemos a continuación a continuación analizar someramente estos dos sistemas de racionalización técnica de la contratación que ahora nos ocupan en la presente ponencia, los

Acuerdos marco para la selección de proveedores y las Centrales de contratación para la adquisición de medicamentos y productos sanitarios.

I.- ACUERDOS MARCO PARA LA SELECCIÓN DE PROVEEDORES Y ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS BASADOS EN EL ACUERDO MARCO.

I.1.- Acuerdos marco.

Tal y como establece el artículo 196 del TRLCSP, los Acuerdos marco tienen por objeto establecer y fijar, con uno o varios empresarios, las condiciones a las que habrán de ajustarse los contratos que se pretendan adjudicar durante un periodo de tiempo, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.

A este respecto y ya referido concretamente a los Acuerdos marco para el suministro de medicamentos y productos sanitarios, la antes citada Disposición Adicional vigésima octava del citado TRLCSP determina específicamente lo siguiente en su apartado segundo:

“Los órganos de contratación de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, podrán concluir de forma conjunta acuerdos marco de los previstos en el artículo 196, con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de suministro de medicamentos y productos sanitarios que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada.”

El Acuerdo marco es, por tanto, una fase previa (una especie de precontrato, si se nos permite la expresión gráfica), que tiene por objeto fijar las condiciones, con uno o varios

empresarios, a las que deberán ajustarse los futuros contratos derivados de dicho Acuerdo marco.

Podríamos resaltar que es un procedimiento que se compone de dos fases: una primera fase que sería la de adjudicación del Acuerdo marco en el que se fijan las condiciones con los empresarios, y una segunda fase que sería la adjudicación del contrato en base al citado Acuerdo marco. Como veremos posteriormente, en esta segunda fase no se pueden introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el inicial Acuerdo marco.

Ya se ha indicado que los Acuerdos marco se pueden suscribir con uno o varios empresarios. Si bien en el caso de que se concluya con un empresario cobra todavía más relevancia la anterior limitación relativa a que no se pueden introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo Marco (art. 198.1 y 3 TRLCSP).

En el caso de que el Acuerdo marco se concluya con varios empresarios, el número de éstos deberá ser, al menos, de tres, siempre que exista un número suficiente de interesados que se ajusten a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación.

La duración de estos Acuerdos marco no podrán exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados.

En el procedimiento para la celebración de los Acuerdos marco se siguen las mismas normas generales que para la preparación y la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas reguladas en la misma norma legal (art. 197 TRLCSP).

Una vez finalizado el procedimiento de adjudicación del Acuerdo marco comenzaría la segunda fase antes referida que sería la de adjudicación de los contratos basados en el previo Acuerdo marco.

I.2.- Adjudicación de los contratos basados en un Acuerdo marco.

La regla esencial respecto de la adjudicación de los contratos basados en un Acuerdo marco es que sólo podrán celebrarse estos contratos basados en un Acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél, ni tampoco se podrán introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el mencionado Acuerdo marco, tal y como establece el artículo 198.1 del TRLCSP:

“Sólo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente partes en aquél. En estos contratos, en particular en el caso previsto en el apartado 3 de este artículo (si el Acuerdo marco se concluye con un único empresario), las partes no podrán, en ningún caso, introducir modificaciones sustanciales respecto de los términos establecidos en el acuerdo marco”.

Respecto a la adjudicación contractual, dependerá del número de empresarios que han celebrado el Acuerdo marco y de si se están todos los términos fijados en el propio Acuerdo marco (art. 198. 2, 3 y 4 TRLCSP):

- Si el Acuerdo Marco se ha celebrado con un único empresario, los contratos basados en aquél se adjudicarán con arreglo a los términos en él establecidos. Los órganos de contratación podrán consultar por escrito al empresario, pidiéndole, si fuere necesario, que complete su oferta.
- Si el Acuerdo marco se ha celebrado con varios empresarios, la adjudicación de los contratos en él basados se efectuará aplicando los términos fijados en el propio Acuerdo marco, sin necesidad de convocar a las partes a una nueva licitación.

- No obstante, en este último supuesto de que el Acuerdo marco se haya concluido con varios empresarios, cuando no todos los términos estén establecidos en dicho Acuerdo marco, la adjudicación de los contratos se realizará de alguna de las siguientes maneras:
 - A través de una subasta electrónica de las reguladas con carácter general en el artículo 148 TRLCSP.
 - A través de una nueva convocatoria de licitación, en la que se tomarán como base los mismos términos, formulándose de manera más precisa si fuera necesario, y, si ha lugar, otros a los que se refieran las especificaciones de dicho Acuerdo marco, con arreglo al siguiente procedimiento:

Consulta a todos los empresarios capaces de realizar el objeto del contrato:

Se requiere consulta por escrito para cada contrato que vaya a adjudicarse, a todas las empresas capaces de realizar el objeto del contrato.

Excepcionalmente, el órgano de contratación podrá decidir no consultar a todos los empresarios que hayan sido parte del Acuerdo marco, cuando los contratos a adjudicar no estén sujetos a procedimiento armonizado por razón de su objeto y cuantía, y siempre que lo justifique debidamente en el expediente y que, como mínimo, solicite ofertas a tres de los licitadores.

Presentación de las ofertas:

Ha de concederse un plazo suficiente para presentar las ofertas relativas a cada contrato específico, teniendo en cuenta factores tales como la complejidad del objeto del contrato y el tiempo necesario para el envío de la oferta.

Las ofertas se presentarán por escrito y su contenido será confidencial hasta el momento fijado para su apertura.

Adjudicación:

El contrato se adjudicará lógicamente al licitador que haya presentado la mejor oferta, valorada según los criterios detallados en el Acuerdo marco.

En tales adjudicaciones de contratos basados en Acuerdos marco, la formalización del contrato podrá efectuarse sin necesidad de observar el plazo de espera de 15 días desde la remisión de la adjudicación a los licitadores, previsto en el artículo 156.3 TRLCSP para los supuestos en que el contrato sea susceptible de recurso especial en materia de contratación.

II.- CENTRALES DE CONTRATACIÓN.

Determina el artículo 203 del TRLCSP que las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados.

Estas Centrales de contratación podrán actuar adquiriendo suministros y servicios para otros órganos de contratación, o adjudicando contratos o celebrando Acuerdos marco para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos, sujetándose en todo caso a las disposiciones del TRLCSP y su normativa de desarrollo.

Por tanto, y como es de sobra conocido, estas Centrales de contratación o Centrales de compras se configuran como un instrumento que permite la tramitación y adjudicación de prestaciones de otros poderes adjudicadores. Se trata de un ejemplo de simplificación administrativa y de especialización que tiene por objeto facilitar las adquisiciones y beneficiarse de economías de escala, y consiste propiamente en admitir que los sujetos contratantes adquieran obras, suministros y/o servicios por medio de una central de compras creada para tal fin, teniendo ésta en todo caso la condición de sujeto contratante.

En el ámbito estatal el Ministro de Economía es quien puede declarar de contratación centralizada los suministros, obras y servicios que se contrate de forma general y con características esencialmente homogéneas por los diferentes órganos y organismos. Siendo la Dirección General de Patrimonio del Estado quien operaría como Central de contratación única.

No obstante, más en particular a lo que se refiere a las Centrales de contratación de suministros de medicamentos y productos sanitarios, la antes citada Disposición Adicional 28ª establece (con efectos 1 de enero de 2013) tras su modificación por Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de PGE para el 2013, que el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad podrá, a través de la Secretaría General de Sanidad y Consumo, encomendar al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria la materialización y conclusión de los procedimientos de adquisición centralizada, con miras al Sistema Nacional de Salud, para todos o algunos de los medicamentos y productos sanitarios.

En concreto prevé dicha Disposición Adicional vigésima octava que mediante Orden del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, previo informe favorable de la Dirección General del Patrimonio del Estado, se podrá declarar de adquisición centralizada los suministros de medicamentos y productos sanitarios que se contraten en el ámbito estatal por los diferentes órganos y organismos, siendo el citado Ministerio Sanidad, Política Social e Igualdad el órgano competente para realizar la adquisición centralizada. La financiación de los correspondientes contratos correrá a cargo del organismo o entidad peticionarios.

Es de destacar que una vez obtenida tal informe favorable, en relación a las Centrales de contratación de suministro de medicamentos y productos sanitarios, el Ministerio de Sanidad recaba ya las competencias que para los restantes tipos de contratos retiene en el ámbito estatal el Ministerio de Economía y la Dirección General de Patrimonio.

Por tanto, para poder realizar una adquisición centralizada de medicamentos es necesario que con carácter previo el Ministerio de Sanidad dicte una Orden que declare de adquisición centralizada los suministros de medicamentos y productos sanitarios.

A mayor abundamiento sobre la “centralización” del suministro de medicamentos y productos sanitarios, y más en concreto en relación con las CCAA, la citada Disposición Adicional 28ª (y de manera similar pero para ámbitos más generales el propio artículo 205 TRLCSP), prevé igualmente la posibilidad de que las Comunidades Autónomas y las entidades locales, así como las entidades y organismos dependientes de ellas e integradas en el Sistema Nacional de Salud, se adhieran al sistema de adquisición centralizada estatal de medicamentos y productos sanitarios, para la totalidad de los suministros incluidos en el mismo o sólo para determinadas categorías de ellos.

Esa adhesión requiere la conclusión del correspondiente acuerdo con el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

Es decir, a la adquisición centralizada de medicamentos de la Administración General del Estado podría adherirse el resto de las Administraciones Públicas (Comunidades Autónomas y entes locales) así como a las entidades y organismos dependientes de ellos e integradas en el SNS, lo que supondría una absoluta centralización de la adquisición de medicamentos y productos sanitarios.

En este sentido podemos mencionar la convocatoria de febrero de 2013 para la licitación del Acuerdo marco para la selección de suministradores de medicamentos (epoetinas y anticuerpos monoclonales anti TNF) para varias Comunidades Autónomas y Organismos de la Administración General del Estado.

Dicha convocatoria fue realizada por el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) y en ella estaban adheridos, además del Ministerio de Defensa y del Ministerio del Interior, catorce Comunidades Autónomas.

No obstante, en fecha 30 de abril de 2013 se produjo el desistimiento de la celebración del mencionado Acuerdo marco a tenor de los diferentes recursos interpuestos contra los pliegos de dicha licitación y de la estimación parcial de algunos de tales recursos por parte del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

También se produjo otra convocatoria en paralelo para la selección de suministradores de productos sanitarios, igualmente recurrida y que igualmente fue objeto de desistimiento por parte del INGESA por idénticos motivos, dado que a tenor de la estimación de dichos recursos interpuestos, conllevaba retrotraer el expediente de contratación a un punto que imposibilitaba su subsanación, por lo que optaron por el desistimiento.

El pasado abril igualmente se convocó este sistema de compra centralizada para la adquisición de vacunas de la gripe estacional para la campaña 2013-2014, participando junto al INGESA, trece CCAA.

Posteriormente también se ha vuelto a utilizar este sistema por parte del Ministerio y de 10 CCAA, en septiembre de este mismo año, básicamente para la compra del factor VIII de coagulación de origen recombinante, para el tratamiento de la hemofilia.

Y más recientemente, en octubre de este mismo año 2013, para la adquisición de inmunosupresores, participando nuevamente el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA) junto con el Ministerio de Defensa y del Ministerio del Interior, así como diez Comunidades Autónomas. Y también otro para la adquisición de epoetinas, con el INGESA, el Ministerio de Defensa y cinco CCAA.

Lógicamente se prevé por parte del Ministerio y de las CCAA seguir utilizándolo cada vez de forma más abundante, por el ahorro que supone. A su vez viene entendiendo el Ministerio que otros beneficios de este sistema de compra centralizada serían que *“favorece la homogeneización de productos y medicamentos utilizados en el Sistema Nacional de Salud”* y que *“contribuye al establecimiento de estándares de calidad comunes en todo el SNS”*.

De igual manera aduce para propiciar este sistema e invitar e incentivar a los licitadores al mismo que *“supone una garantía para las empresas suministradoras, al propiciar la estabilidad del mercado mediante un escenario de contratación común”*, y muy en particular, según el Ministerio, *“en relación a los tiempos de pago”*. No obstante, no parece que todavía se den plenamente estas buenas condiciones para garantizar plenamente dicho cumplimiento de tales tiempos de pago, si bien de forma general sí puede ser un importante aliciente dado que las CCAA tardan mucho más en pagar las facturas, comprometiéndose el gobierno a pagar antes, al salir directamente el dinero del Ministerio de Hacienda y luego descontarlo de las CCAA.

Otro incentivo que viene aduciendo el Ministerio para que en estas compras centralizadas las empresas oferten precios más baratos que los habituales es que con tales licitaciones las empresas podrían garantizarse la venta para gran parte de España y no únicamente para una CCAA, lográndose así mejores precios para pedidos mayores, esto es, aprovechando las ventajas de las economías de escala.

No obstante esta participación conjunta habitual de la Administración Central y de las diversas CCAA, los artículos 204 y 205 TRLCSP también prevén la opción de que las diversas CCAA y entidades locales procedan a la creación de Centrales de contratación propias o incluso su adhesión a las de otras CCAA o entidades locales.

Así la creación de centrales de contratación por las propias Comunidades Autónomas, y la determinación del tipo de contratos y el ámbito subjetivo a que se extienden, se efectuará en la forma que prevean las normas de desarrollo de esta Ley que aquéllas dicten en ejercicio de sus competencias.

En el ámbito de la Administración local, las Diputaciones Provinciales serán quienes puedan crear centrales de contratación por acuerdo del Pleno.

Por su parte, respecto a la adhesión a sistemas externos de contratación centralizada, y sin perjuicio de que como ya hemos indicado, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales, así como los Organismos autónomos y entes públicos dependientes de ellas, puedan adherirse mediante acuerdos al sistema de contratación centralizada estatal, igualmente, y también mediante los correspondientes acuerdos, las Comunidades Autónomas y las Entidades locales podrán adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras Comunidades Autónomas o Entidades locales.

A su vez, las sociedades y fundaciones y los restantes entes, organismos y entidades del sector público podrán adherirse a los sistemas de contratación centralizada establecidos por las Administraciones Públicas en la forma prevista en los apartados anteriores.

En cuanto a la tramitación, únicamente resaltar que, tal y como establece el artículo 206.3 del TRLCSP, la contratación podrá realizarse a través de los siguientes procedimientos:

- a) Mediante la conclusión del correspondiente contrato, que se adjudicará con arreglo a las normas generales de adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas.
- b) A través del procedimiento especial de adopción de tipo.

Este procedimiento se desarrollará en dos fases, la primera tiene por objeto la adopción de los tipos contratables para cada clase de bienes, obras o servicios mediante la conclusión de un Acuerdo marco o la apertura de un sistema dinámico.

La segunda fase tiene por finalidad la contratación específica, conforme a las normas aplicables a cada uno de dichos sistemas contractuales, de los bienes, servicios u obras de los tipos así adoptados que precisen los diferentes órganos y organismos.

Ya para finalizar únicamente resaltar que en la DA 28ª TRLCSP se ha introducido un nuevo apartado 4, por la Disposición Final vigésima octava de la Ley 10/2013, de 24 de julio, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

En este nuevo apartado 4 de la DA 28ª TRLCSP se indica que *“no serán de aplicación las medidas establecidas en los artículos 9 y 10, párrafo tercero, del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, a los contratos derivados de adquisición de medicamentos promovidos al amparo de lo previsto en esta disposición adicional siempre que los ahorros que resulten de la compra centralizada sean superiores a las deducciones fijadas en dichos artículos del Real Decreto-ley 8/2010, de 29 de mayo.”*

Tales medidas establecidas en los artículos 9 y 10, párrafo tercero, del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, son las siguientes:

Artículo 9. Deducciones sobre las compras de los medicamentos realizadas por los servicios sanitarios del Sistema Nacional de Salud.

En las compras de medicamentos de uso humano fabricados industrialmente formalizadas con cargo a fondos públicos del Sistema Nacional de Salud a través de los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria, se aplicará una deducción del 7,5 % sobre el precio de compra.

Artículo 10, párrafo tercero. Excepciones a la aplicación de las deducciones (introducido este párrafo tercero a su vez por el artículo 4 del RD-Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011):

(...) Por otra parte en el caso de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, respecto de los que no exista genérico o biosimilar autorizado en España, incluidos los de uso hospitalario, para los que hayan transcurrido diez años desde la fecha en que se hubiese adoptado la decisión de financiar con fondos públicos, u once en el caso de haber sido autorizada una nueva indicación, las deducciones contempladas en los artículos 8 y 9, serán del 15 por ciento, salvo en los medicamentos que cuenten con protección de patente de producto en todos los Estados miembros de la Unión Europea que, sin estar sujetos a regímenes excepcionales o transitorios en materia de propiedad industrial, hubiesen incorporado a su ordenamiento jurídico la legislación comunitaria correspondiente, y siempre que esta circunstancia se acredite por el titular de la autorización de comercialización».

Esto es, lo que se ha pretendido con este nuevo apartado 4 de la DA 28ª TRLCSP es que no resulten de aplicación dichas medidas que acabamos de reseñar (y que se adoptaron en el marco de las medidas extraordinarias para la reducción del déficit público), a los contratos derivados de adquisición de medicamentos promovidos al amparo de la adquisición centralizada (precisamente porque ya se supone que con esta compra centralizada se han reducido los precios).

Y por ello mismo se indica que no serán de aplicación estas medidas, siempre que los ahorros que resulten de dicha compra centralizada sean superiores a las deducciones fijadas en tales medidas indicadas.

En conclusión, estos sistemas de racionalización técnica en la contratación de suministros de medicamentos, como los que aquí han sido tratados, serán cada vez más utilizados, y ello básicamente por el ahorro que se entiende se produciría con su utilización. Y buena prueba es la mayor proliferación que en los últimos meses hemos ido observando de estos sistemas, lo que destaca más en el caso de la centralización de compras, dado que hasta ahora había sido menos utilizado en el ámbito sanitario.

Madrid, a 12 de noviembre de 2013

Germán Alonso-Alegre Fdez. de Valderrama
Socio Derecho Público, Administrativo y Regulatorio
MAZARS