



ASUNTO: EL SERVEI DE SALUT DE LES ILLES BALEARS CONFIGURA LA ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS AL MARGEN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

I.- INTRODUCCIÓN.

El día 15 de mayo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial de las Illes Balears el [Decreto ley 8/2020, de 13 de mayo de medidas urgentes y extraordinarias para el impulso de la actividad económica y la simplificación administrativa en el ámbito de las administraciones públicas de las Illes Balears para paliar los efectos de la crisis ocasionada por la COVID-19](#) el cual regula, entre otras cosas, que la adquisición de medicamentos por parte del Servei de Salut de les Illes Balears se llevará a cabo al margen de la **Ley de Contratos del Sector Público**.

II.- LA ADQUISICIÓN DE MEDICAMENTOS AL MARGEN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPRA PÚBLICA.

A fin de abordar adecuadamente la reglamentación contenida en el Decreto ley 8/2020 indicado respecto de la adquisición de medicamentos extractaremos, en primer término, la disposición contenida en su **artículo 16**, que concreta:

“Artículo 16. Adquisición de medicamentos con precio fijado

*Los medicamentos con precios de venta de laboratorio fijados administrativamente para el Sistema Nacional de Salud o con precios de referencia, dado que ya ha habido negociación con una instancia pública y fijación administrativa del precio, pueden ser adquiridos por el sistema hospitalario público de las Illes Balears **al margen de los procedimientos de contratación pública.**”*

Como puede observarse de la literalidad del precepto, se establece que la adquisición de medicamentos se realizará al margen de la Ley de Contratos del Sector Público, siendo así que ello comporta, podemos apuntarlo ya, una importante merma respecto de la aplicación de los principios rectores en materia de contratación y, elementalmente, respecto del espíritu que conforma



los mismos. Si atendemos a las dicciones de los principios de publicidad y de transparencia en compra pública, pronto advertiremos que tras estos principios se alojan aspectos asociados a la fiscalización de las adquisiciones, a la salvaguarda del adecuado uso de los fondos públicos, a la premisa de albergar adquisiciones eficientes y a la posibilidad de dar practicidad a otros principios rectores como el de acceso a las licitaciones públicas en el marco de la búsqueda de la máxima concurrencia y el de mantener un sistema de compra público íntegro, responsable y estratégico.

En el mismo sentido, el **artículo 17** del Decreto ley 8/2020 especifica:

“Artículo 17. Adquisición hospitalaria de medicamentos con protección de patente.

*1. Los medicamentos con protección de patente, determinado el precio público por la Comisión Interministerial de Precios, pueden ser adquiridos **directamente** por el Servicio de Salud de Illes Balears, tomando como referencia el precio determinado por el Ministerio de Sanidad.*

*2. **El acuerdo de adquisición tiene naturaleza privada** y la tramitación exige:*

a) Justificación de la necesidad y de la existencia de crédito.

b) Solicitud formal a la empresa cuya aceptación implica el compromiso de cumplimiento de los plazos de entrega [...].”

De igual forma, extractaremos a continuación el contenido del **artículo 18** del Decreto ley 8/2020, que indica:

“Artículo 18. Adquisición hospitalaria de medicamentos genéricos

1. En las adquisiciones hospitalarias de medicamentos genéricos, los servicios de farmacia pueden elegir entre los distintos productos genéricos, atendiendo criterios de eficacia terapéutica, entre los ofertados por los proveedores que asuman las condiciones que previamente haya establecido el órgano competente para adquirirlos, que son de cumplimiento obligado. En todo caso,



se permite la incorporación posterior de nuevos proveedores que asuman las condiciones establecidas [...].

2. Si se considera más conveniente contar con un único proveedor o un único medicamento genérico, se puede seleccionar uno entre aquellos como destinatario de los pedidos. En este caso el plazo del contrato será anual.

Para la selección de un proveedor o medicamento genérico único se llevará a cabo un procedimiento por invitación a cada uno de los proveedores, incluyendo en todo caso en la convocatoria la determinación de penalidades contractuales por incumplimientos de plazos o en la calidad del producto y el sistema de pago, por volumen o por resultados.

La invitación contendrá los criterios de selección cualitativos que se tienen que tener en cuenta para la resolución, como también la ponderación. Se otorgará un plazo no inferior a diez días para que presenten las ofertas, y la unidad responsable, de forma motivada, notificará y publicará en la página web especificada el resultado del procedimiento.

3. El acuerdo de adquisición de medicamentos genéricos, en cualquiera de sus modalidades, tiene naturaleza privada y la tramitación exige:

a) Justificación de la necesidad y de la existencia de crédito.

b) Solicitud formal a la empresa cuya aceptación implica el compromiso de cumplimiento de los plazos de entrega [...].

Vistas estas estipulaciones, se comprueba que se establece un sistema de adquisición de medicamentos al margen de los parámetros y principios de la Ley de Contratos del Sector Público, en el que el juego de las invitaciones advierte un sistema de selección ajeno a las capacidades reales de los operadores económicos, ajeno a la integración de operadores económicos emergentes y ajeno a la selección de la oferta que represente la mejor relación-calidad precio.

Respecto del sistema de adquisiciones estipulado, asimismo, pueden esgrimirse toda una serie de *dudas* si atendemos al ámbito objetivo y subjetivo de la Ley de Contratos del Sector Público.



En el sentido antedicho, es procedente evocar que el **artículo 2** de la Ley de Contratos del Sector expone que los contratos onerosos llevados a cabo por el Sector Público estarán sometidos a la normativa en materia de contratación pública, especificándose que se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta.

Asimismo, el **artículo 3** del mismo cuerpo legal especifica que dentro del ámbito subjetivo de la norma se alojan las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

Estas disquisiciones, no resultan novedosas. Parece de entera actualidad la [Sentencia de Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 3 de mayo de 1994](#), en el Asunto C-328/92, que ya apreció el incumplimiento del Reino de España de la entonces Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro, esgrimiendo, precisamente, que **“basta con subrayar que, en la sentencia de 17 de noviembre de 1993, Comisión/España (C-71/92, Rec. 1993, p. 1-5923), apartado 10, el Tribunal de Justicia recordó que las únicas excepciones permitidas a la aplicación de la Directiva 77/62 son las mencionadas taxativa y expresamente en la misma”** y que **“el apartado 2 del artículo 2 y el artículo 3 de la Directiva 77/62, que enumeran los contratos públicos de suministro a los que ésta no es aplicable, no incluyen los relativos a los productos y especialidades farmacéuticas. Por otra parte, como declaró el Tribunal de Justicia en esa misma sentencia (apartado 11), ninguna de las excepciones autorizadas por la Directiva ha sido definida por referencia al tipo o al régimen jurídico del producto de que se trata”**.

Del mismo modo y en correlación con tal asunto, el [Informe 10/95, de 8 de junio de 1995, sobre “Adquisiciones directas de los laboratorios de las especialidades farmacéuticas por los centros e instituciones hospitalarias del Sistema Nacional de Salud”](#), de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado indicaba que un llamado “Acuerdo Marco” en el que no se aplicaran las reglas establecidas por la entonces Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se ajustaba a la misma, indicándose que **“puede afirmarse que el sistema de adquisiciones directas previsto en el proyecto de Acuerdo Marco está en contradicción con los principios y reglas**



concretas de la utilización del procedimiento negociado que se recogen en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Y, finalmente, por qué no recordar el [Informe 17/08, de 28 de julio de 2008, de la misma Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre la “Posibilidad de licitar un contrato de suministros de medicamentos con descuentos ofrecidos por pronto pago o por volumen de compras”](#) que señalaba, respecto de las adquisiciones de ciertas categorías de medicamentos, que ***“tanto si el medicamento puede sustituirse por decisión del farmacéutico (siendo indiferente si está a cargo de una oficina de farmacia o del servicio farmacéutico de un centro hospitalario), como si se requiere para ello la autorización del facultativo, es evidente que a la hora de determinar si la adquisición y suministro del mismo debe someterse a licitación pública debe estarse a lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público para los procedimientos de licitación en general y para el contrato de suministro en particular.”***

En la Exposición de Motivos del Decreto ley 8/2020 se indica que ***“se regula un sistema de provisión de medicamentos en el que no se licita”*** con el ***“fin de preservar la mejor relación entre eficiencia y la adecuada gestión sanitaria”***, justificándose tal interacción en la existencia de un precio determinado mediante un procedimiento administrativo, negociado entre la Administración y el laboratorio farmacéutico. No podemos, al respecto, dejar de preguntarnos si tal justificación es pertinente, bastante y ajustada a la legalidad.

III.- CONCLUSIONES.

La medida adoptada por el Govern Balear genera toda una serie de planteamientos no exentos de interrogantes que quedan ahora abiertos a la aclaración y es que es la propia **Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears**, la que recoge en su **artículo 19** que ***“los órganos de contratación de las entidades comprendidas en el ámbito de aplicación de esta ley tienen que dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y tienen que actuar con transparencia y con vigilancia estricta del cumplimiento de la normativa básica estatal en materia de contratos del sector público y de la normativa autonómica correspondiente”***.