

**Informe 17/08, de 28 de julio de 2008. «Posibilidad de licitar un contrato de suministros de medicamentos con descuentos ofrecidos por pronto pago o por volumen de compras».**

Clasificaciones de los informes: 5.2. Cuestiones relativas al precio de los contratos. Precio del contrato. 18. Otras cuestiones de carácter general.

**ANTECEDENTES.**

Por el Presidente de Farmaindustria, Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica, se formula la siguiente consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

*«ANTONI ESTEVE CRUELLA, Presidente de FARMAINDUSTRIA, Asociación Nacional Empresarial de la Industria Farmacéutica, con domicilio a efectos de notificaciones en Madrid, en la c/ Serrano, 11.6 - 28006 Madrid,*

*EXPONE*

*Primero.- Que el 26 de julio de 2006 se aprobó la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios, (BOE de 27.07.2006), que regula los aspectos más importantes del régimen jurídico de los medicamentos, entre otros, la fijación de su precio que se establece en su artículo 90.*

*Asimismo, se han aprobado recientemente algunas normas de desarrollo de dicha Ley, entre otras la ORDEN SCO/2874/2007, de 28 de septiembre, por la que se establecen los medicamentos que constituyen excepción a la posible sustitución por el farmacéutico con arreglo al artículo 86.4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, que establece la relación de medicamentos que no pueden sustituirse por el farmacéutico sin la expresa autorización del médico prescriptor.*

*Segundo.- Que recientemente se ha aprobado la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que entrará en vigor el próximo 1 de mayo, en la que se abordan, en lo relativo a la regulación del contrato de suministros, diversas cuestiones que afectan a los contratos de suministros hospitalarios de medicamentos, de gran importancia para las empresas del sector farmacéutico.*

*Tercero.-, Que existe una situación de incertidumbre en el sector farmacéutico como consecuencia de la necesidad de interpretar conjuntamente ambas leyes (Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios y la Ley de Contratos del Sector Público) en el ámbito de los concursos de suministros de medicamentos convocados por los hospitales o Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, según se analiza en la nota que se adjunta al presente escrito.*

*Cuarto.- Como Presidente de Farmaindustria y en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, de régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que establece que, "La Junta emitirá sus informes a petición de los Subsecretarios y Directores Generales de los Departamentos ministeriales, Presidentes y Directores Generales de Organismos autónomos y Entes públicos, Interventor general de la Administración del Estado y los Presidentes de las organizaciones empresariales representativas de los distintos sectores afectados por la contratación administrativa",*

*SOLICITA*

*Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa acerca de las cuestiones planteadas en la nota adjunta.*

*Acompaña a su escrito nota con el siguiente texto:*

*Nota sobre la interpretación conjunta de la Ley de Contratos del Sector Público y la Ley de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios.*

*Tras la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público se plantean una serie de dudas relacionadas con la aplicación de la misma a los contratos de suministros hospitalarios de medicamentos.*

*Existe la tendencia por parte de los hospitales y Consejerías de Sanidad de las Comunidades Autónomas (CCAA) de centralizar la contratación a través de las denominadas centrales de suministros, celebrando acuerdos marco para el suministro de medicamentos destinados a los hospitales de la Comunidad Autónoma. Para la contratación de medicamentos, estas Entidades u Organismos aplican las figuras contractuales previstas en la ley para el suministro periódico y en función de las necesidades del órgano administrativo de productos de consumo cotidiano, tales como papelería (bolígrafos), mobiliario de oficina, y otros similares.*

*Sin embargo, los medicamentos presentan unas características distintas de los referidos productos. En primer lugar, sólo pueden ponerse en el mercado cuando la administración sanitaria (nacional o comunitaria según el tipo de medicamento) comprueba, tras la tramitación de un procedimiento específico, la calidad, seguridad y eficacia de los mismos, asignándoles un número de registro y un código nacional.*

*En segundo lugar, cualquier pequeño cambio en el producto autorizado (en un excipiente, una nueva indicación, incluso un pequeño cambio en el color de la caja, por ejemplo), ha de ser objeto de un procedimiento de autorización administrativa.*

*Por otro lado, tanto en los casos en que sean financiados totalmente por el SNVS (pacientes hospitalizados o determinados colectivos), como en aquellos otros en que el Sistema Público colabore en el pago de su precio, el precio de venta se fija por el Estado, por lo que resulta paradójico también que, a la hora de contratar esos medicamentos mediante concurso, se exijan descuentos sobre ese precio, como se expone más adelante.*

*En definitiva se plantean unas cuestiones en relación con la normativa aplicable a la compra de estos productos que tienen sus especialidades y que necesitarían aclaración/interpretación. Destacamos tres de ellas:*

#### **1. MEDICAMENTOS NO SUSTITUIBLES.**

*Recientemente se publicó la Orden SCO 2874/2007, de 28 de septiembre, por la que se establece la relación de medicamentos que no pueden sustituirse por el farmacéutico sin la expresa autorización del médico prescriptor (deroga la Orden de 28 de mayo de 1986, actualizando la lista de productos). La exposición de motivos de la misma señala claramente que el objetivo de esta limitación a la sustitución por el farmacéutico es asegurar la protección de la salud de los pacientes, dadas las características farmacológicas o terapéuticas de los productos que incluye.*

*Con independencia de que la norma se haya dictado en desarrollo del artículo 86.4, del Capítulo IV sobre el "uso racional de medicamentos en las oficinas de farmacia", de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante Ley de Garantías), la no sustitución que establece la Orden debería aplicarse no sólo cuando el producto se dispensa a través de oficinas de farmacia, sino también por los servicios de farmacia hospitalaria, pues la limitación a la sustitución debe ser independiente del nivel asistencial donde se prescriba y dispense el producto. Además, para confirmar esto la Orden enumera como medicamentos no sustituibles tanto medicamentos de uso y de diagnóstico hospitalario, dispensables en los servicios de farmacia hospitalarios, como medicamentos de prescripción mediante receta médica, dispensables en oficinas de farmacia.*

*Por lo tanto, debe reiterarse que el principio de no sustitución para estos productos no puede ni debe vincularse al nivel asistencial en el que se prescriban o dispensen. En este sentido, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios en el informe emitido durante la tramitación de esta norma, señaló que la calificación como no sustituibles de los medicamentos incluidos en la Orden no impide los concursos públicos u otras herramientas de gestión para la adquisición de uno de estos medicamentos en concreto y que sea éste el "que se utilice en los pacientes de ese hospital o área que inician tratamiento o que según criterio médico pueden cambiar de tratamiento". Es decir, será el criterio del médico responsable del paciente el que establecerá, en cada caso, el medicamento (si es uno de los enumerados en la Orden) que debe facilitarse al paciente, no siendo posible que su prescripción se sustituya ni por el servicio de farmacia del hospital ni en la oficina de farmacia, salvo que el médico prescriptor autorice expresamente esta sustitución. Ello se debe a que, en palabras de la propia Agencia "se trata de evitar riesgos y situaciones indeseables causadas por los cambios de producto en un mismo paciente"*

*Esta afirmación plantea unas cuestiones., ¿cómo se han de convocar los suministros hospitalarios de estos medicamentos?;*

*¿deberán celebrarse acuerdos marco con los proveedores de todos aquellos productos no sustituibles que se administran a los pacientes de esa institución/CC.AA.?*

*O, una vez seleccionado uno de estos productos no sustituibles (probablemente el más barato de los ofertados) que se administrará a los pacientes que inicien tratamiento, ¿se deberá consultar a los especialistas de ese centro para que expresamente autoricen, en su caso, si sus pacientes pueden pasar a ser tratados con ese otro producto? Y de considerarse que dicha sustitución no es posible, el hospital ¿debería disponer de todos los productos no sustituibles que se administran a los pacientes de esa institución?*

## **2. PRECIO DEL MEDICAMENTO EN LOS CONCURSOS.**

*Existe la duda acerca de si en los concursos de medicamentos se puede ofertar un precio distinto del fijado por la Administración.*

*A modo de antecedente cabe recordar que, de conformidad con el art. 90 de la Ley de Garantías, (antiguo art.100 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre del Medicamento) y con el Real Decreto 271/1990, de 23 de febrero, de reorganización de la intervención de los precios de las especialidades farmacéuticas de uso humano, (B.O.E. de 2 de marzo de 1990), la Administración fija el Precio de Venta de Laboratorio (PVL) de las especialidades farmacéuticas financiadas con cargo a fondos públicos afectos a la Sanidad. Es decir, tras la autorización del medicamento, la Administración decide si lo incluye en la prestación farmacéutica del SNS, y de incluirlo, fija su precio.*

*Además, tras la entrada en vigor de la ley de Garantías, el Ministerio de Sanidad y Consumo, mediante escrito de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios de 29 de agosto de 2006, ha aclarado a todo el sector farmacéutico que también "el precio de los medicamentos de uso hospitalario sigue estando sometido a intervención por la autoridad administrativa competente...":*

*Estos medicamentos de uso hospitalario son los que se administran a los pacientes diagnosticados, tratados y cuyo seguimiento se lleva a cabo en centros hospitalarios y que se adquieren para los hospitales públicos, mediante las fórmulas contractuales de la Ley de Contratos del Sector Público.*

*Por otro lado, el art. 3.6 de la Ley de Garantías, prohíbe ".....el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de la prescripción, dispensación y administración de medicamentos..... Se exceptúa de la anterior prohibición los descuentos por pronto pago o por volumen de compras, que realicen los distribuidores a las oficinas de farmacia, siempre que queden reflejados en la correspondiente factura" (el subrayado es nuestro). Asimismo, la disposición adicional octava, prevé que en el caso de los medicamentos denominados publicitarios (que se dispensan sin receta, de precio libre y que pueden, por tanto, ser objeto de publicidad dirigida al público) "reglamentariamente se establecerá el descuento máximo aplicable por las oficinas de farmacia".*

*En consecuencia, únicamente están previstos en la legislación vigente determinados descuentos de medicamentos; por un lado, el que se fije reglamentariamente para medicamentos publicitarios y en los demás: los descuentos por pronto pago y por volumen de ventas que realicen los distribuidores a las oficinas de farmacia. Siendo, por tanto, inadmisibles legalmente cualquier variación mediante descuento del precio de los medicamentos.*

*La Abogacía General del Estado emitió un dictamen el 23 de noviembre 2005 (Dictamen A.G.: AEAT 6/04 en que dejó claro que no era posible realizar descuentos en los medicamentos).*

*Este criterio es aplicable tanto a los medicamentos dispensados en Oficinas de Farmacia como a los hospitalarios. Es por ello que se entiende que tampoco sería admisible la práctica de descuentos a la hora de concurrir a contratos de suministros de medicamentos convocados por los hospitales o Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.*

*Al ser el precio de los medicamentos fijado por la Administración en estos casos, éste habrá de ser el precio que rija en los contratos administrativos que tengan por objeto estos productos, sin que sean de*

aplicación los criterios fijados en la Ley 30/2007 para otro tipo de productos objeto de contratación administrativa, en que el precio lo fija libremente el licitador y, por tanto, puede ofrecer descuentos o rebajas en el mismo.

Por otra parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 28/95, de 24 de octubre de 1995, en las consideraciones jurídicas, expuso "...que el órgano de contratación puede no hacer figurar necesariamente el precio en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación por concurso de contratos.... "y" que la posibilidad que tiene el órgano de contratación de excluir el precio como criterio para la adjudicación de contratos por concurso debe considerarse excepcional y consignarse en el expediente las razones que en cada caso concreto justifiquen tal exclusión.... "

Las cuestiones que se plantean son: En los suministros hospitalarios ¿Se ha de contratar y por tanto concurrir al precio fijado para los medicamentos en cuestión por la Administración? ¿Se aplica también a los productos que se contratan dentro del ámbito de aplicación de la Ley 30/2007 la prohibición de descuentos de la Ley de Garantías?;

¿Se permitirían los descuentos por pronto pago o por volumen de ventas que el distribuidor (en caso de suministros hospitalarios: el titular de la autorización de comercialización del medicamento o su representante que lo lleva directamente al hospital) pueda ofrecer a la oficina de farmacia punto donde se dispensa el medicamento y que, en el caso de los de uso hospitalario, sólo podría ser el servicio de farmacia del hospital?.

De admitirse esto último, ¿se podrá admitir sólo un descuento "normal" dentro del tráfico mercantil y que debería constar en la factura emitida tras la recepción de los medicamentos?.

En otras palabras, ¿el precio de licitación del medicamento sería, en este último caso, el fijado por la Administración con la posibilidad de ofrecer, a posteriori, un descuento por pronto pago, o por volumen de compras, que constaría en la factura en el momento de emitir la misma y conocerse efectivamente "el volumen" de la compra?

3. DEVOLUCIONES. Caducidad de los medicamentos debidamente, entrenados a la Administración contratante.

En los últimos años muchos de los pliegos de cláusulas administrativas imponían la obligación al laboratorio adjudicatario de reponer los medicamentos que caducaban en poder de la Administración contratante incluso cuando hubieran sido entregados correctamente y con los plazos mínimos de validez establecidos en el Real Decreto 726/1982. Estas cláusulas trasladaban al laboratorio las posibles insuficiencias en la gestión interna por parte de la Administración de los medicamentos, insuficiencias que se traducían en no utilizar primero los medicamentos con fecha de caducidad más cercana. Ahora en el artículo 268.4 de la ley 30/2007 se indica expresamente que "una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será esta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos en los mismos". Entendemos que este nuevo artículo supone para la contratación de productos farmacéuticos por la Administración que ésta es la responsable de la gestión de los medicamentos recibidos y, en su caso, de su perecimiento. Es decir, sitúa en la Administración contratante la responsabilidad de una puntual gestión de los inventarios de los medicamentos sin que pueda trasladar una ineficaz llevanza de los mismos al laboratorio contratista, pudiendo negarse los laboratorios a aceptar devoluciones de productos caducados.

¿Es correcta esta interpretación?

¿Cabría que, al imponer al proveedor la obligación de aceptar devoluciones, el pliego de cláusulas administrativas de un determinado Concurso dejara sin efecto esta responsabilidad de recogida en el art. 268.4 de la Ley para la Administración contratante?;

¿Sería una cláusula contraria al ordenamiento jurídico al amparo del art. 25 de la Ley 30/2007, al establecer otra cosa en el art. 268.4 de la misma ley?»

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1. La consulta formulada por Farmaindustria plantea tres cuestiones. La primera de ellas se refiere a la procedencia o no de convocar licitaciones públicas para el suministro a los centros hospitalarios de carácter público de los medicamentos considerados insustituibles a tenor de lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley 29/2006, de 26 julio de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

La mencionada cuestión se plantea en base a la facultad que la Ley reconoce a las oficinas de farmacia con carácter general para sustituir los medicamentos prescritos por un facultativo por otro "con carácter excepcional, cuando por causa de desabastecimiento no se disponga en la oficina de farmacia del medicamento prescrito o concurran razones de urgente necesidad en su dispensación". En tales casos, y cumpliendo el resto de los requisitos que se establecen en el mismo artículo, puede dispensarse el medicamento equivalente de menor precio.

Sin embargo, el apartado 4 de dicho artículo dispone que "quedarán exceptuados de esta posibilidad de sustitución aquellos medicamentos que, por razón de sus características de biodisponibilidad y estrecho rango terapéutico, determine el Ministerio de Sanidad y Consumo". En base a ello, la Orden Ministerial SCO 2874/2007, de 28 de septiembre enumera los medicamentos cuya sustitución requiere la previa conformidad del facultativo que lo hubiese prescrito.

La primera cuestión que se plantea sobre esta materia se refiere a si dado el hecho de que la regulación de la sustitución de medicamentos se regula de modo expreso y exclusivo en el Capítulo IV del Título VI de la Ley antes citada que trata "del uso racional de medicamentos en las oficinas de farmacia" y no se menciona en el Capítulo III del mismo Título que se refiere al uso racional de los medicamentos en la atención hospitalaria y especializada, la facultad de sustitución de medicamentos es aplicable también al ámbito hospitalario. Sin embargo, esta sería cuestión que excedería de la competencia que por razón de la materia tiene atribuida esta Junta, por lo que no puede ser tratado en el ámbito del presente informe.

Por otra parte, sea cual fuere la conclusión que se adopte con respecto de la cuestión a que nos acabamos de referir, es evidente que en nada afectaría a los preceptos que deben considerarse de aplicación a la adquisición de estos medicamentos por los centros hospitalarios integrantes de las redes públicas.

En efecto, 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 estar 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.

De conformidad con ello, deberá convocarse licitación para la adquisición del medicamento de que se trate siempre que pueda ser suministrado por más de una empresa, lo cual expresamente autoriza la Ley 29/2006 antes citada al disponer con carácter general en su artículo 68.1 que "la distribución de los medicamentos autorizados se realizará a través de almacenes mayoristas o directamente por el laboratorio titular de la autorización de comercialización de los mismos". De este precepto puede y debe concluirse que no cabe descartar en principio la posibilidad de someter a licitación pública la adquisición de cualquier medicamento. En aquellos casos en que concurran circunstancias que determinen la necesidad de adquirir el medicamento de un único distribuidor, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 154 d) de la Ley de Contratos del Sector Público, de conformidad con el cual la adquisición podrá efectuarse por el procedimiento negociado sin publicidad.

Trasladando estas consideraciones al ámbito de actuación de los acuerdos marco, tal como lo establecen los artículos 180 a 182, ambos inclusive, de la Ley, debe entenderse que no existe

obstáculo legal o fáctico que impida instrumentar la adquisición de los medicamentos indicados a través de la celebración de un acuerdo marco.

2. Somete en segundo lugar al criterio de la Junta Consultiva, la Asociación consultante la cuestión de si en las licitaciones que se convoquen para el suministro de los medicamentos en los centros hospitalarios de la red pública podrá establecerse como uno de los criterios de valoración a tener en cuenta a efectos de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa el de el precio más bajo. Se plantean dudas respecto de ello, por cuanto de conformidad con el artículo 3°.6 "se prohíbe el ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, bonificaciones, descuentos, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos".

Sin embargo, para ser entendido correctamente dicho precepto debe tenerse en consideración el comienzo del párrafo transcrito, de conformidad con el cual la prohibición se establece "a efectos de garantizar la independencia de las decisiones relacionadas con la prescripción, dispensación, y administración de medicamentos respecto de intereses comerciales", razón por la cual debe entenderse que tiene como destinatarios directos "a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración de medicamentos o a sus parientes y personas de su convivencia".

Sentado lo anterior, debe traerse a colación lo previsto en el mismo artículo y párrafo, "in fine" a cuyo tenor "se exceptúa de la anterior prohibición los descuentos por pronto pago o por volumen de compras, que realicen los distribuidores a las oficinas de farmacia, siempre que no se incentive la compra de un producto frente al de sus competidores y queden reflejados en la correspondiente factura".

Del precepto anterior se deduce, en primer lugar, que la Ley admite la posibilidad de ofrecer descuentos a las oficinas de farmacia, dentro de las cuales debe considerarse incluidos los servicios farmacéuticos hospitalarios, siempre que éstos reúnan los siguientes tres requisitos:

- a) Que sean descuentos ofrecidos por pronto pago o por volumen de compras.
- b) Que no se ofrezcan con carácter competitivo, puesto que no deben tener como finalidad incentivar la compra de un medicamento en lugar de otro.
- c) Que el descuento se refleje en la factura.

Ello quiere decir que en las licitaciones a celebrar en relación con la adquisición de medicamentos por los servicios de farmacia de los centros hospitalarios de la red pública, no puede establecerse como criterio de valoración de las ofertas el relativo al precio más bajo, toda vez que la Ley 39/2006 excluye expresamente la posibilidad de que los únicos descuentos en ella permitidos sean ofrecidos para incentivar la compra de un producto frente a otro. Este requisito, evidentemente, es incompatible con la posibilidad de utilizar el precio más bajo como un criterio para establecer la preferencia de unas ofertas respecto de otras.

Ello no obstante, esta circunstancia no excluye la posibilidad de celebrar licitaciones públicas a través de los procedimientos abierto o restringido, cuando se den las restantes circunstancias establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público, pues nada impide que para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se utilicen otros criterios de valoración distintos del precio más bajo.

Pero, además, nada impide que el precio aparezca como una de las condiciones del contrato de tal forma que las ofertas deban ajustarse a los precios establecidos en los pliegos, siendo posible incluso el establecimiento de descuentos fijos e iguales para todos los licitadores en función

del plazo de pago o de la cuantía de los suministros efectivamente realizados durante el tiempo de vigencia de los acuerdos marco.

3. Por último se consulta acerca de si sería admisible establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la obligación por parte de los suministradores de los medicamentos de sustituir gratuitamente los que hubiesen alcanzado fecha de caducidad antes de su efectiva utilización en el centro hospitalario.

Se plantea esta cuestión, por cuanto según la entidad que formula la consulta ha venido siendo práctica habitual imponer esta obligación a los laboratorios farmacéuticos.

A tal respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que debe tenerse en consideración lo dispuesto en el artículo 268.4 a cuyo tenor "una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos".

El precepto transcrito nos lleva a la conclusión de que fuera de los supuestos en que el producto suministrado resultase afectado por defectos o vicios ocultos, la responsabilidad respecto de su mantenimiento o de su utilización antes de la fecha de caducidad del medicamento, recae sobre la Administración contratante. Ello significa que de no establecerse otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento contractual, los suministradores de los medicamentos (laboratorios o distribuidores) no estarán obligados a sustituir gratuitamente los medicamentos caducados en poder de la Administración.

La cuestión fundamental, sin embargo, se refiere a si puede establecer en los pliegos o en el documento contractual una cláusula que disponga lo contrario. En definitiva se trata de determinar si el órgano de contratación puede establecer condiciones contractuales que contradigan lo establecido en la Ley de Contratos del Sector Público. La respuesta, en ocasiones, no será difícil porque la propia dicción de la Ley da a entender que el órgano de contratación puede decidir discrecionalmente acerca de si se somete o no a determinados preceptos de la Ley. Así, cuando establece los plazos máximos de duración de los contratos o cuando admite la posibilidad de presentar variantes y tantos supuestos en la propia Ley deja la facultad de elegir al órgano de contratación.

Sin embargo, en ocasiones como la examinada, la Ley no contiene expresión alguna acerca de la posibilidad de excluir el mandato legal. Bien es cierto que con carácter general el artículo 25 establece el principio de libertad de pactos, pero ese principio está matizado por la exigencia de que las cláusulas establecidas sean acordes con el ordenamiento jurídico: "En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración".

Pues bien, puesto que el artículo 268.4 no deja duda acerca de su carácter taxativo ("una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será ésta responsable...") debe entenderse que ello implica la exclusión de la posibilidad de establecer cláusulas que contradigan lo dispuesto en este precepto y, por tanto, no será válida la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas ni en los documentos contractuales que se formalicen de condiciones que impongan al suministrador de los medicamentos la obligación de sustituirlos sin cargo adicional.

Naturalmente esta prohibición debe ser considerada compatible con la posibilidad de exigir en los pliegos que el medicamento tenga un plazo de utilización antes de su caducidad que no sea inferior al tiempo especificado en ellos.

## **CONCLUSIONES.**

1. Los medicamentos no sustituibles sin autorización del médico que los hubiese prescrito son susceptibles de licitación pública en los términos previstos en la Ley de Contratos del Sector Público.

2. El precio de los medicamentos no puede ser utilizado como criterio de valoración de las ofertas relativas a la adquisición de los mismos.

3. No es válido desde el punto de vista legal imponer al suministrador la obligación de sustituir gratuitamente los medicamentos suministrados a la Administración que caducasen en posesión de ésta, una vez recibidos de conformidad.