

**Recurso 425/2023**  
**Resolución 491/2023**  
**Sección Primera**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 4 de octubre de 2023.

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS DE FLUIDOTERAPIA Y NUTRICIÓN PARENTERAL HOSPITALARIA (FARMAFLUID, en adelante)**, contra los pliegos que rigen el “Acuerdo marco con una única empresa para el suministro de sustitutivos de la sangre y soluciones para perfusión (fluidoterapia, sueros) por precios unitarios al amparo del artículo 16.3 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con destino a los centros que integran la Central Provincial de Compras de Almería, mediante procedimiento abierto y presentación electrónica de ofertas” (Expte. 849/2023, CONTR 2023 0000765185), convocado por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 18 de agosto de 2023, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento. Ese mismo día, los pliegos que rigen la contratación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en el perfil de contratante, siendo el valor estimado del contrato 7.964.473,33 euros.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

**SEGUNDO.** El 8 de septiembre de 2023, FARMAFLUID presentó en el registro electrónico estatal recurso especial en materia de contratación contra los pliegos que rigen el acuerdo marco. El mismo día se recibió el recurso en el registro electrónico de la Consejería de Economía, Hacienda y Fondos Europeos, con destino a este Tribunal.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 12 de septiembre de 2023, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió la documentación necesaria para su tramitación y resolución que ha tenido posteriormente entrada en este Tribunal.



El 15 de septiembre de 2023, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación, con suspensión igualmente del plazo de presentación de ofertas. Ese mismo día presentó proposición una entidad licitadora y el órgano de contratación publicó en el perfil un plazo de ampliación de ofertas.

Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal, se ha dado cumplimiento al trámite de alegaciones al recurso, no constando que se haya presentado ninguna a la fecha de aprobación de la presente resolución.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

### SEGUNDO. Legitimación.

Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede abordar la legitimación de la asociación empresarial recurrente para la interposición del presente recurso especial.

Al respecto, el artículo 48 de la LCSP establece que *«Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso. Estarán también legitimadas para interponer este recurso (...). En todo caso se entenderá legitimada la organización empresarial sectorial representativa de los intereses afectados»*.

Sobre la legitimación activa de las asociaciones, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en numerosas ocasiones, valga por todas la Resolución 143/2016, de 17 de junio, la 214/2017, de 23 de octubre, la 233/2018, de 2 de agosto y la 93/2023, de 15 de febrero, en las que se pone de relieve la abundante doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo existente al respecto y que debe entenderse igualmente aplicable en el ámbito del procedimiento del recurso especial en materia de contratación, pues la clave común en todos los casos está en el concepto de interés legítimo.

A priori, se ha de indicar que el estudio de la legitimación pasa por analizar el acto impugnado y su incidencia sobre los intereses colectivos defendidos por la asociación recurrente. Ello obliga a conocer cuáles son los motivos que sustentan el recurso interpuesto.

Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el escrito de recurso se interpone contra los pliegos por entender que estos vulneran las reglas sobre la configuración del objeto del contrato, presupuesto base de licitación y valor estimado del contrato.

Al respecto, conforme al artículo 1 de sus estatutos, la asociación recurrente es una organización profesional de ámbito nacional que desarrolla la coordinación, representación, gestión, fomento y defensa de los intereses generales y comunes de las empresas que voluntariamente se integren en ella. Asimismo, el artículo 7 de dichos estatutos dispone que uno de los fines de la asociación es representar y defender los intereses generales y comunes de sus miembros en los campos económico, profesional, social, tecnológico y comercial frente a personas físicas o jurídicas, entidades y organismos públicos o privados y Administraciones Públicas.



Por lo expuesto, queda justificado el interés legítimo que ostenta la asociación recurrente en el ejercicio de la representación y defensa de sus asociados, debiendo reconocerse legitimación a la misma al amparo de lo previsto en el artículo 48 de la LCSP.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

El recurso se interpone contra los pliegos que rigen un acuerdo marco de suministro cuyo valor estimado es superior a cien mil euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 b) y 2 a) de la LCSP.

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

### **QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes.**

#### I. Alegaciones de la recurrente.

Solicita la anulación de los pliegos impugnados y funda su pretensión en los siguientes argumentos:

1. El recurso no se interpone contra la exigencia de prestación del servicio logístico de entrega de los productos en la planta hospitalaria. En tal sentido, manifiesta que el motivo de los recursos resueltos mediante las Resoluciones de este Tribunal 114/2014 y 273/2017 era que la exigencia a los laboratorios farmacéuticos de entregar los medicamentos a profesionales sanitarios distintos de los responsables de la oficina o del servicio de farmacia -y en dependencias distintas de la unidad o servicio de farmacia hospitalaria- infringía la normativa sectorial que regula los medicamentos. En cambio, el presente recurso solo combate que dicho servicio logístico de entrega en planta sea una prestación de servicios no retribuida.

Los hechos cuestionados no han sido denunciados de forma reiterada ni tampoco desestimados reiteradamente por este Tribunal. Y añade que, a raíz de varias resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) y del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid (TACPM), se llega al convencimiento de la necesidad de incluir en la valoración económica del contrato este tipo de servicios logísticos de entrega de medicamentos en las unidades asistenciales del hospital.

2. Los pliegos encubren una prestación de servicio logístico adicional al suministro. Se trata de un contrato mixto que realmente tiene dos prestaciones de naturaleza distinta. Cita el apartado 17 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) y los apartados 3 y 4 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), e indica que el Anexo III del PPT incorpora un listado de 14 puntos de distribución en el Hospital Universitario de Poniente. De esta forma, concluye que los medicamentos se entregarán, a criterio del ordenante del pedido, en cualquiera de las distintas dependencias de los hospitales donde serán administrados.

Alega que se trata del servicio logístico conocido como “entrega en planta” que implica los siguientes procesos:

- Gestión y preparación del pedido por centro de consumo.
- Transporte de arrastre a la dependencia del centro de consumo
- Recepción del pedido por centro de consumo en punto operativo de “cross-docking”.
- Desconsolidación del pedido y preparación del pedido por almacén de consumo en jaulas
- Identificación de jaulas por almacén de consumo



- Preparación documentación por almacén de consumo
- Distribución a centro de consumo
- Reparto por almacén de consumo
- Gestión del “proof of delivery” (prueba de entrega) con el personal del almacén de consumo
- Transporte de jaulas a punto operativo de “cross-docking”.

A juicio de la recurrente, esta prestación logística es compleja, está dotada de sustantividad propia y no se encuentra incluida en el cálculo del valor estimado ni en el precio de licitación. Asimismo, el gran volumen de los sueros (hasta un litro de capacidad) es un elemento diferenciador respecto de otros medicamentos hospitalarios y ello determina que su comercialización conlleve elevados costes de almacenamiento, logística y transporte.

3. Corresponde al servicio de farmacia hospitalaria, según los artículos 83 y 84 del texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (TRLGURMPS), *“Garantizar y asumir la responsabilidad técnica de la adquisición, calidad, correcta conservación, cobertura de las necesidades, custodia, preparación de fórmulas magistrales o preparados oficinales y dispensación de los medicamentos para ser aplicados dentro de los centros”*; y *“Establecer un sistema eficaz y seguro de distribución de medicamentos y productos sanitarios en los centros y estructuras a su cargo”*.

En el supuesto previsto en los pliegos, la entrega directa en las unidades asistenciales de cada hospital supone externalizar gran parte de las funciones que corresponden al servicio de farmacia hospitalaria y encargar su realización al adjudicatario del contrato. Es decir, mediante lo que aparentemente es una simple condición de entrega, están encargando al adjudicatario la ejecución de funciones propias de la propia Administración.

4. Según resulta del Informe razonado sobre presupuesto base de licitación y resumen de costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para la determinación del precio unitario (Anexo III del cuadro resumen) y de la memoria justificativa, el precio del contrato se ha determinado pues atendiendo exclusivamente al precio de fabricación del producto a suministrar, así como a ciertos costes indirectos (personal, estructura y margen) ligados a su suministro. Se excluyen de toda valoración en el precio y de cualquier posibilidad de remuneración las demás prestaciones ajenas al mero suministro del producto y que comprenden el objeto del contrato como los servicios logísticos y de gestión del aprovisionamiento ligados a la entrega en las diferentes unidades asistenciales.

Añade que, conforme al artículo 102 de la LCSP, el precio puede determinarse con referencia a parte de las prestaciones, aunque -según la doctrina del TACRC (v.g. Resolución 169/2020)- debe reflejar el valor del resto de prestaciones que integran el objeto y el expediente de contratación ha de justificar los importes parciales del resto de prestaciones que se imputan al precio.

Concluye que, en el supuesto analizado, solo se considera el precio por el suministro ordinario de los productos, sin determinar un valor por los servicios y operaciones logísticas que implica la entrega en planta. Además, considera, a mayor abundamiento, que el precio de un medicamento no puede en sí mismo reflejar el valor de un complejo conjunto de servicios logísticos de entrega y cita en apoyo de esta afirmación la Resolución 199/2022 del TACPM en cuanto declara *que <<no existe ningún atisbo de que en el cálculo se haya considerado el resto de prestaciones objeto del contrato por lo que se concluye que no se ha calculado correctamente el precio de licitación>>*.

Con base en lo anterior, alega que procede seguir el criterio del TACRC y del TACPM, y anular los pliegos por infringir el principio de onerosidad del contrato (artículo 2 de la LCSP), el principio de equilibrio económico entre las prestaciones y el artículo 102 apartados 2 y 3 de la LCSP, al no contar parte del objeto del contrato con un



precio cierto por haberse fijado el presupuesto de licitación únicamente en relación al precio unitario de los productos a suministrar.

## II. Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los argumentos del recurso en los términos que, en síntesis, se exponen a continuación:

-Pese a la insistencia de la recurrente en que no reproduce motivos ya alegados que fueron desestimados por este Tribunal (Resoluciones 114/2014 y 273/2017), en el caso ahora analizado se está alegando exactamente lo mismo. Así, en primer lugar, denuncia que existe una prestación de servicio logístico (entrega en planta) que no se ha valorado como prestación accesoria en el precio unitario. No obstante, el órgano de contratación aduce que, según la doctrina de este Tribunal, el servicio logístico de entrega en planta no constituye una prestación autónoma y diferenciada del suministro, por lo que no puede fundamentar la calificación del contrato como mixto, y ni siquiera cabe considerar que sea una prestación accesoria con reflejo en el desglose del precio. Así queda constatado también en la Sentencia de 24 de septiembre de 2015 de la Sala en Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA)

Menciona también la reciente Resolución 171/2023 de este Tribunal que vuelve a desestimar otro recurso especial y en la que viene a abordarse nuevamente la cuestión relativa a la prestación logística o entrega en planta del suministro.

-Respecto a la demandada configuración como mixto del contrato, el órgano de contratación aduce que ya se pronunció este Tribunal en sentido desestimatorio en su Resolución 273/2017 y que, asimismo, el objeto de la presente impugnación es idéntico al del recurso resuelto en nuestra reciente Resolución 171/2023.

En definitiva, alega que no se trata de un contrato mixto de suministro y servicios, pues la entrega en planta no es susceptible de considerarse un servicio autónomo. El modo, tiempo y forma de entrega forman parte intrínseca del contrato de suministro conforme al artículo 300 de la LCSP. Y cita de nuevo la Sentencia de 24 de septiembre de 2015 del TSJA para apoyar esta afirmación.

-En cuanto a la denuncia realizada por FARMAFLUID sobre el valor del contrato, determinación del precio e infracción de los principios de onerosidad y equilibrio económico del contrato, el órgano de contratación opone el argumento contenido en nuestra reciente Resolución 171/2023. Asimismo, aduce que, con carácter previo a la licitación, se realizó una consulta preliminar de mercado que tenía como objeto la adecuada determinación del precio, adecuándolo a las condiciones económicas del momento; y que a la consulta respondieron cuatro importantes empresas del sector, ninguna de las cuales se refirió a la necesidad de incluir prestaciones accesorias a la hora de definir el precio del suministro, ni a la consideración del contrato como mixto. Por tanto, concluye que no parece que las cuestiones planteadas por FARMAFLUID sean objeto de preocupación en el sector empresarial que suministra estos bienes.

-Por último, solicita la imposición de multa a FARMAFLUID, en cuantía de 30.000 euros, por apreciar mala fe en la interposición de recurso, manifestada en la reiteración de argumentos ante este Tribunal haciendo caso omiso de nuestros pronunciamientos desestimatorios.

## **SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.**

Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Como punto de partida, hemos de señalar que las cuestiones suscitadas en el recurso ya han sido objeto de análisis en varias resoluciones desestimatorias dictadas



por parte de este Tribunal (v.g. Resoluciones 75/2014, 114/2014, 124/2014, 273/2017 y 171/2023), habiéndose confirmado nuestro criterio por el TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla) en alguna de las impugnaciones judiciales realizadas por la federación recurrente.

Tras la lectura del recurso, no aprecia este Tribunal ninguna cuestión nueva; si acaso una exposición más detallada de algunas de ellas, a la vista de resoluciones de otros tribunales administrativos de recursos contractuales.

Pues bien, en las Resoluciones de este Tribunal 75, 114 y 124 -de 2014 todas ellas-, la cuestión litigiosa versaba sobre la legalidad de una cláusula del PPT y de unos criterios de adjudicación relativos a la distribución logística del objeto del contrato en los almacenes de consumo de los centros hospitalarios y de atención primaria. A juicio de la ahora recurrente, tales previsiones de los pliegos infringían preceptos de la entonces Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, motivo que fue desestimado por este Tribunal con el argumento de que la cláusula del PPT y criterios de adjudicación discutidos se refieren a la distribución logística de los bienes en los almacenes de consumo de los centros hospitalarios y de atención primaria y no a su dispensación. Indicábamos en dichas resoluciones que *<<Según el diccionario de la Real Academia Española, distribuir significa <<entregar una mercancía a los vendedores y consumidores>>. Se trata, pues, de un concepto común aplicable a cualquier mercancía que no es específico de la legislación farmacéutica, ni cobra un significado especial cuando se aplica a los medicamentos.*

(...)

*En este sentido, la distribución logística en los almacenes de consumo no sería más que la materialización de la obligación prevista en el artículo 292.1 del TRLCSP para el contrato de suministro: “El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto del suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.”*

*Por el contrario, el término “dispensar” sí tiene un significado específico en el marco de la legislación farmacéutica y su propia definición, según el Diccionario de la Real Academia Española, lo conecta con el término “medicamento”. En este sentido, dispensar es expender o despachar un medicamento y desde esta óptica, se ha de dar la razón al recurrente cuando indica que solo los servicios de farmacia pueden dispensar medicamentos a los profesionales sanitarios encargados de administrarlos a los pacientes. Ahora bien, esta dispensación no tiene nada que ver con la propuesta de distribución logística del medicamento, ni con la entrega en los puntos de distribución a que se refiere la cláusula 3 del PPT, pues esta distribución y entrega solo hacen referencia a una de las obligaciones, quizás la principal, derivada de todo contrato de suministro, con independencia de cuál sea su objeto.*

*Por consiguiente, acudiendo a la propia literalidad del término, la distribución del medicamento, entendida como entrega física y recepción del mismo en el almacén, es un paso previo y totalmente distinto a la dispensación que, en el ámbito sanitario, corresponde exclusivamente al servicio de farmacia o se realiza bajo su responsabilidad técnica (artículos 2.6 y 82.2 a) de la Ley 29/2006, de 26 de julio)>>.*

Interesa destacar, asimismo, que la **Resolución 114/2014** de este Tribunal fue impugnada por FARMAFLUID ante el TSJA (Sala de lo Contencioso-Administrativo en Sevilla) que confirmó el criterio de la resolución recurrida y desestimó el recurso en su Sentencia de 24 de septiembre de 2015 (Recurso 467/14) -que ya ha adquirido firmeza- donde señaló que *<<Así las cosas, objeta la actora que el apartado 13 del cuadro resumen dispone que la empresa adjudicataria deberá llevar a cabo la distribución logística del objeto del contrato a los distintos almacenes de consumo de centros hospitalarios, así como la dotación de medios humanos y técnicos para la realización de estas tareas y, además, deberá asumir la distribución de los artículos objeto del contrato entre los*



*servicios y almacenes de los centros de consumo de los hospitales de la provincia de Sevilla y correrán por cuenta del adjudicatario los gastos derivados de la aplicación de los criterios de logística, distribución y entrega de los productos.*

*Estima el actor que ello supone unas exigencias legales que exceden del contrato de suministro. Estas prestaciones accesorias e independientes impiden cumplir la determinación del contrato prevista en el artículo 86.1 del TR de contratos.*

*No hay tal exceso ni imposición de obligaciones ajenas al contrato de suministro.*

*Y es que, como bien dice la resolución impugnada, distribuir significa entregar una mercancía. En el caso, la entrega de medicamentos en concretos lugares: los almacenes de consumo. Entrega en el tiempo y lugar fijados en el contrato o los pliegos (art. 292.1 del texto refundido de contratos). Ninguna objeción legal hay pues que hacer a esa disposición. Y es que lo que está reservado al medicamento es el término dispensación que no se ve afectado por las exigencias de distribución impuesta en el contrato y sus pliegos.*

*(...)*

*CUARTO.- Detalla la demandante las condiciones de entrega y criterios de adjudicación que, a su juicio, son contrarios a normas legales. No hay tal infracción. Las obligaciones se establecen para todos por igual y están comprendidas dentro de lo que comporta un contrato de suministro. En definitiva, lo que cuestiona la actora es la obligación de entregar los medicamentos en un concreto lugar del centro hospitalario. Y esto, ya lo hemos dicho, entra en el concepto de distribución, no de dispensación; no se ve afectada ninguna norma que afecte a las obligaciones de los profesionales sanitarios sobre la dispensación.*

*En concreto, no se imponen obligaciones ajenas al contrato de suministro, como se desprende del precepto legal antes citado que ampara la fijación del tiempo y lugar de la entrega de la mercancía suministrada.*

*QUINTO.- Tampoco se observa infracción de la normativa sectorial. No se infringe la directiva 2001/83/CE pues existe control de la cadena de distribución del medicamento desde el primer momento hasta el último. Que tras la entrega pueda existir ausencia de control, no es algo que haya quedado demostrado, ni se desprende del contrato ni del pliego. Y si sucediera eventualmente, daría lugar a exigencia de responsabilidad. Pero eso sería consecuencia de una ejecución defectuosa del contrato. No de las bases que lo regulan que, repetimos, no comportan infracción normativa alguna.*

*Es ociosa la cita de preceptos como el artículo 2.6 de la ley 29/2006 sobre custodia, conservación y dispensación de medicamentos. No hay infracción de lo dispuesto en esa norma.*

*Insistimos, no hay una obligación distinta a la de suministro, por lo que la doctrina del tribunal central de recursos contractuales, citada (resolución de diecinueve de mayo de 2014) no es aplicable al caso. >>.*

Asimismo, en nuestra **Resolución 273/2017**, a raíz de un nuevo recurso interpuesto por FARMAFLUID, abordamos específicamente si la entrega de los bienes objeto del suministro desbordaba la esencia de dicho contrato y si este debiera haberse configurado como un contrato mixto de suministro y servicios, por entender que la entrega de los bienes -en los términos en que se había estipulado en los pliegos- constituía un servicio logístico de reparto independiente del suministro. Al respecto, señalamos lo siguiente:

*<< En definitiva, pues, pese a la complejidad que pueda conllevar la distribución de los sueros en los distintos lugares fijados en el contrato, ello se traduce en una obligación legal derivada del contrato de suministro que no puede alcanzar entidad autónoma como prestación propia de un contrato de servicios, máxime cuando ni siquiera se refleja en el recurso el coste aproximado que tal obligación pudiera suponer para el adjudicatario, siendo así que tal dato no debiera ser desconocido para la recurrente, pues la obligación cuestionada no se introduce ex novo en estos pliegos y debe existir experiencia en el sector sobre el gasto derivado de su cumplimiento.*



(...)

Así pues, la clave para determinar si estamos ante un contrato mixto en el que se fusionan prestaciones de diferentes contratos (artículo 25.1 del TRLCSP) o ante un único contrato del que derivan obligaciones que ha de asumir el contratista, exige atender a la autonomía y entidad de las obligaciones impuestas al contratista. En el supuesto examinado, la entrega de los bienes en los lugares de destino no solo es que sea una obligación legal derivada del contrato de suministro (artículo 292.1 del TRLCSP), sino que la misma carecería de autonomía como prestación de servicios al estar implícita en el suministro y no poder desligarse del mismo, pues no se entiende en el marco normativo contractual la compra de un bien sin su entrega y puesta a disposición de la entidad contratante. Asimismo, por lo que se refiere a la formación del personal en caso de ser necesaria, su propia configuración en los pliegos impugnados impide apreciar su autonomía y entidad como prestación independiente, pues la misma no subsistiría sin la existencia del suministro objeto del contrato, ni la ejecución del suministro supone necesariamente que la formación vaya a llevarse a cabo.

FARMAFLUID fundamenta sus alegatos en la Resolución 326/2016, de 29 de abril, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que declaró la naturaleza mixta de un contrato calificado en los pliegos como suministro de reactivos y materiales necesarios para la realización de unas concretas determinaciones analíticas. No obstante, las prestaciones recogidas en los pliegos del contrato analizado en aquella resolución excedían de las previstas en los pliegos aquí examinados, toda vez que, además de las prestaciones propias del suministro de reactivos, calibradores, controles, consumibles y material fungible, se preveían prestaciones tales como la cesión de equipos, su instalación y puesta en marcha, el mantenimiento y actualización de los mismos, así como las obras necesarias para la adecuación del espacio físico de laboratorio y su automatización, prestaciones todas ellas claramente incardinadas en otras tipologías contractuales.

Así pues, hemos de concluir que los motivos de FARMAFLUID acerca de que las obligaciones del PPT cuestionadas en el recurso constituyen prestaciones de servicios determinantes de la calificación del contrato como mixto no pueden prosperar, siendo este el criterio que, asimismo, sostiene el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 814/2016, de 14 de octubre, cuando manifiesta que “La recurrente se muestra disconforme con el contenido de los pliegos. En el primer fundamento del recurso alega incorrecta calificación del contrato e indeterminación del objeto.

(...) En concreto considera que en el contrato se exigen prestaciones tales como el reposicionamiento, transporte y gestión logística de los productos suministrados y dicha gestión incluye la instalación de una solución de control logística compuesta por herramientas hardware y software que debe contar con determinadas características. Además, el adjudicatario ha de formar al personal del hospital que se trate y debe asegurar durante cuatro semanas, la presencia en quirófano de personal propio y experiencia contrastada para la asistencia y formación del personal. Según su criterio, estas prestaciones tienen tal entidad por sí mismas que deberían haberse licitado por separado y, si se considera que han de licitarse de forma conjunta, el contrato debería ser calificado como mixto”, concluyendo el citado Tribunal, tras el análisis de la cuestión suscitada, que “De la descripción de las tareas que se piden al eventual adjudicatario para una correcta asistencia postventa no se desprende que tengan entidad suficiente como para considerarse prestaciones de un contrato distinto, ni se aprecia a primera vista que la instalación de herramientas hardware y software y la formación sobre las mismas a los empleados sea de tal entidad como para considerar que no puede determinar qué pesa más en el contrato, si el suministro de prendas o la citada instalación y formación. Es más, estas últimas actividades forman parte de las obligaciones del adjudicatario tras la entrega del material y no retribuyen separadamente, pues en el pliego se especifican únicamente los precios máximos de las prendas a suministrar. No puede considerarse que estemos ante un contrato mixto.

Cuestión distinta es si el órgano de contratación ha diseñado mal el pliego, estableciendo unas obligaciones postventa tan onerosas que hagan imposible la oferta por parte de las empresas. Eso determinaría la declaración



*de desierta de la licitación, pero no suponen una incorrecta calificación del objeto del contrato que vicie de nulidad el pliego”.*

*En definitiva, pues, con base en las consideraciones realizadas y doctrina invocada, no cabe estimar que las obligaciones descritas en el PPT a las que hace referencia la recurrente en su escrito de interposición desvirtúen la naturaleza del contrato de suministro objeto de los pliegos impugnados, por lo que procede la desestimación del recurso.>>.*

Si se observa el contenido de las citadas resoluciones y los motivos del presente recurso relativos a la naturaleza mixta del contrato y a la externalización de funciones que corresponden al servicio de farmacia hospitalaria mediante su encargo a la entidad adjudicataria del suministro, dichos motivos no dejan de ser reiteración de los ya resueltos, no aportándose ningún argumento adicional que permita a este Tribunal variar su criterio. Es más, recientemente hemos dictado la Resolución 171/2023 desestimando un recurso casi idéntico interpuesto por FARMAFLUID contra los pliegos rectores de un acuerdo marco de suministro con el mismo objeto promovido por otro centro hospitalario de Andalucía.

Por último, FARMAFLUID aduce que, según resulta de la documentación obrante en el expediente, el precio del contrato se ha determinado atendiendo exclusivamente al precio de fabricación del producto a suministrar y a ciertos costes indirectos (personal, estructura y margen) ligados a su suministro, excluyéndose de valoración y posible remuneración los servicios logísticos y de gestión del aprovisionamiento ligados a la entrega en las diferentes unidades asistenciales. Estima, pues, que los pliegos infringen el principio de onerosidad del contrato, el equilibrio económico entre las prestaciones y el artículo 102 al no contar parte del objeto del contrato con un precio cierto por haberse fijado el presupuesto de licitación únicamente en relación al precio unitario de los productos a suministrar.

Al respecto, como ya indicamos en nuestra Resolución 171/2023 ante idéntico motivo formulado por FARMAFLUID,

*<<Los argumentos esgrimidos por la recurrente que se analizan en el presente fundamento de derecho parten de la base que el contrato que se licita es un contrato mixto de suministro y servicios, que como tal debe presupuestarse tanto la parte de suministro como la de servicios. Sin embargo, la desestimación del motivo de recurso anterior y la confirmación de que estamos en presencia de un contrato de suministro, y no mixto, en el que la entrega de los bienes en el sentido analizado anteriormente está implícita en el propio contrato de suministro, supone que solo hayan de presupuestarse las obligaciones derivadas de la prestación del suministro, incluido los costes relacionados con la entrega del mismo, sin que la asociación recurrente haya acreditado que dichos gastos no estén subsumidos en el precio del suministro, dado que lo que se pretende en el recurso es que se valore la entrega de los bienes como un servicio, cuestión que como se ha expuesto ha sido desestimada>>.*

Con base en las consideraciones realizadas, el recurso debe ser desestimado.

#### **SÉPTIMO. Sobre la imposición de multa solicitada por el órgano de contratación.**

En el informe al recurso, el órgano de contratación solicita la imposición de multa por importe de 30.000 euros, por apreciar mala fe en la interposición de recurso, manifestada en la reiteración de argumentos ante este Tribunal haciendo caso omiso de nuestros pronunciamientos desestimatorios

Sobre el particular, el artículo 58.2 de la LCSP establece: *«En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma».*



En este sentido, la Sentencia de 5 de febrero de 2020, de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, señala:

*“Es criterio de esta Sala que «La finalidad de esta potestad sancionadora no es otra que la de evitar que ese derecho al recurso especial no se utilice de manera abusiva con el fin de dilatar el procedimiento de contratación, teniendo en cuenta que la mera interposición del recurso contra el acto de adjudicación suspende la tramitación del expediente de contratación hasta su resolución» (sentencias, Sección Cuarta, de 14 de julio de 2013 (recurso 3595/12) y 14 de mayo de 2014 (recurso 278/13). En relación con el origen de esta norma, el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de abril de 2010 a la Ley indicaba que parecía oportuno articular «algún mecanismo que permita contrarrestar un eventual ejercicio abusivo del recurso especial»; en esta línea se apuntaba al establecimiento de un mecanismo de inadmisión en supuestos tasados legalmente o en la atribución de la «facultad de sancionar al recurrente en casos de temeridad y mala fe», pues «en la contratación pública también está presente el interés general, igualmente digno de tutela y que podría verse perjudicado ante la falta de previsión de alguna medida como las apuntadas» (sentencia, Sección Cuarta, de 4 de marzo de 2015 (recurso 26/2014). Interpretando esta potestad sancionadora se ha considerado ajustado a derecho la sanción cuando se reiteraban argumentos que ya habían sido desestimados, calificando la conducta de abusiva y con la única finalidad de suspender el procedimiento de adjudicación, con perjuicio cierto y efectivo para los adjudicatarios, para la entidad contratante y el propio interés público por llevar aparejada una suspensión automática (sentencia, Sección Tercera, de 6 de febrero de 2014 (recurso 456/12). Se trata de garantizar lo que podríamos denominar seriedad en el recurso, evitando abusivas e injustificadas maniobras dilatorias que, bajo el paraguas del legítimo derecho a la impugnación de la adjudicación de los concursos en el sector público, pongan de manifiesto la mala fe y o temeridad en su ejercicio (sentencia, Sección Cuarta, de 7 de octubre de 2015 (recurso 226/2014))”.*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\318327), delimita los conceptos temeridad y mala fe, señalando que *«El primero (mala fe) tiene una proyección eminentemente subjetiva, porque es una creencia, mientras que el segundo [temeridad] tiene un aspecto objetivo por cuanto equivale a una conducta procesal, de forma que la mala fe es aplicable al que es consciente de su falta de razón procesal, mientras que la temeridad supone la conducta procesal objetiva carente de fundamento defendible en derecho».*

Asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1ª) de 22 julio de 2014 (JUR 2014\275442): indica *«La mala fe es un concepto claramente diferenciado de la temeridad por pertenecer esta última al ámbito de la actuación procesal y la primera al campo de las relaciones sustantivas que precisamente son las que dan lugar a la litis de tal modo que se actúa con temeridad cuando se sostiene una pretensión o una oposición en juicio sin mínima base, argumento o expectativa razonable, en tanto que ha de apreciarse mala fe cuando el demandado ha venido eludiendo de modo claro, mantenido y consciente el cumplimiento de las obligaciones o cuando el demandante ha venido buscando materialmente sin razón alguna el cumplimiento de un débito de contrario, posturas que terminan llevando a la iniciación de un pleito con las consiguientes molestias, gastos y costas cuya asunción por la parte perjudicada es lógica en estos supuestos y, concretamente, los supuestos de mala fe por parte del obligado quedan de ordinario patentes a través de los previos requerimientos infructuosos que se le hayan podido dirigir o mediante otros datos que evidencien su posición remisa y obstaculizadora al normal cumplimiento».*

En este supuesto, la pretensión ejercitada se basa en cuestionar -como anteriormente se ha analizado- determinados extremos de los pliegos que de forma reiterada se vienen denunciado ante este Tribunal desde el año 2014, y ello a pesar de que en todos los casos las pretensiones de la recurrente han sido desestimadas; incluso como se ha indicado en el fundamento de derecho sexto, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha



confirmado el criterio de este Tribunal (Resolución 114/2024), desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por FARMAFLUID, habiendo adquirido firmeza el citado pronunciamiento judicial.

Ello supone un ejemplo de ejercicio abusivo del recurso especial en materia de contratación por mucho que la recurrente intente fundamentar que se trata de pretensiones distintas. A lo anterior se une que el recurso ha dado origen a un procedimiento en sede de este Tribunal que ha obligado legalmente a realizar ciertos trámites y actuaciones para su resolución, incrementando de modo abusivo la carga adicional de asuntos que ya soporta el Órgano. Asimismo, la interposición del recurso con solicitud de medida cautelar acarreó la suspensión del procedimiento de licitación que surtió sus efectos desde su dictado hasta la presente resolución en la que se procede a su levantamiento.

Pues bien, este Tribunal considera que deben ser sancionadas las actuaciones de aquellas recurrentes que usan esta vía de impugnación actuando con temeridad, si bien, no podemos presumir la mala fe en este caso, pues no puede serle atribuida una finalidad torticera en el recurso, a pesar de que, de antemano, la diligencia media de una licitadora razonablemente informada y normalmente diligente, le debió hacer conocedora de que su escrito sería desestimado.

Sobre lo anterior, la Jurisprudencia viene considerando temeraria la interposición de recursos cuando, de forma reiterada, se dan pronunciamientos sobre la misma cuestión. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 abril 1990 se declaró que *«La contumacia del Ayuntamiento en interponer y mantener recursos como el que resolvemos en contra del criterio tan repetidamente sentado por este Tribunal, demuestra una temeridad por su parte que le hace acreedor de las costas de la apelación»*.

En cuanto al importe de la multa, el citado artículo 58.2 de la LCSP dispone que *«(...) será de entre 1.000 y 30.000 euros, determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores, así como del cálculo de los beneficios obtenidos»*.

El Tribunal carece de datos y elementos objetivos para cuantificar el perjuicio originado con la interposición del recurso al órgano de contratación y a las potenciales entidades licitadoras en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP, pero las circunstancias expuestas de temeridad agravada determinan que la multa a imponer deba ser superior en cuantía al mínimo legal.

Por ello, y sobre la base de los anteriores fundamentos de esta resolución, se impone multa en la cuantía máxima de 5.000 euros –cuantía encuadrable en un hipotético tramo inferior dentro de la horquilla legal expresada en el citado artículo 58.2 LCSP- dada la temeridad agravada ante las reiteradas impugnaciones pese a conocer el sentido desestimatorio de los pronunciamientos de este Tribunal frente a la controversia suscitada.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

## ACUERDA

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la **ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE LABORATORIOS FARMACÉUTICOS DE FLUIDOTERAPIA Y NUTRICIÓN PARENTERAL HOSPITALARIA (FARMAFLUID**, en adelante), contra los pliegos que rigen el “Acuerdo marco con una única empresa para el suministro de substitutivos de la sangre y soluciones para perfusión (fluidoterapia, sueros) por precios unitarios al amparo del artículo 16.3 a) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con destino a los centros que integran la Central Provincial de Compras de Almería, mediante



procedimiento abierto y presentación electrónica de ofertas”, (Expte. 849/2023, CONTR 2023 0000765185), convocado por el Hospital Universitario Torrecárdenas de Almería, adscrito al Servicio Andaluz de Salud.

**SEGUNDO.** Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante la Resolución de 15 de septiembre de 2023.

**TERCERO.** Imponer a la recurrente una multa en cuantía máxima de 5.000 euros, en atención a la temeridad apreciada en la interposición del recurso de conformidad con lo estipulado en el artículo 58.2 de la LCSP.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

