



EB 2016/065

Resolución 076/2016, de 23 de junio de 2016, del Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por el Colegio Oficial de Dietistas – Nutricionistas del País Vasco contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de “Servicio de restauración hospitalaria y gestión y explotación de la cafetería del Hospital Bidasoa”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 17 de mayo de 2016 se recibió el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el Colegio Oficial de Dietistas – Nutricionistas del País Vasco contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de “Servicio de restauración hospitalaria y gestión y explotación de la cafetería del Hospital Bidasoa”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El 19 de mayo de 2016 se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP). La citada documentación se recibió en este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el 30 de mayo de 2016.

TERCERO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.



II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de Doña M.J. I. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 b) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros. En este caso, se trata de un contrato de la categoría 553220003 (servicios de elaboración de comidas), incluido en la categoría 17 (servicios de hostelería y restaurante), y cuyo valor estimado, según el apartado 20 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), asciende a 2.670.000 euros.

TERCERO: Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, el objeto del recurso es un acto impugnabile, en concreto, el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) El PPT no marca, en sus apartados 2.3.1 y 2.3.4, cuál es la titulación que deben poseer las personas responsables del diseño del menú objeto del contrato, ni las aportadas por la adjudicataria ni por el propio Hospital.
- b) El apartado 6.1.3 del PPT sí menciona que el adjudicatario deberá disponer de personal con el “Grado superior de Dietética y Nutrición o equivalente”, lo



que induce a error, pues parece referirse a la Formación Profesional de Grado Superior regulada por el Real Decreto 536/1995, cuya competencia general, fijada en el Anexo de dicha norma, no le permite trabajar de modo autónomo, sin supervisión facultativa.

c) Se considera relevante que el personal dietista – nutricionista esté colegiado, pues ello garantiza que cumplen los requisitos para el ejercicio de la profesión, permite controlar que se dispone de un seguro de responsabilidad civil y que no hay causa de inhabilitación.

d) La previsión de personal es insuficiente para ofertar el servicio dietético necesario todos los días del año, en tuno de jornada partida o turnos de mañana y tarde.

e) Finalmente, se solicita:

- la modificación del apartado 2.3.1 del PPT añadiendo el siguiente inciso:

“Este personal debe ser un dietista – nutricionista (Diplomado Universitario o Graduado Universitario en Nutrición Humana y Dietética”

- La modificación del apartado 2.3.4 del PPT en el siguiente sentido:

“Los menús serán planificados y diseñados periódicamente por las personas dietistas – nutricionistas designadas por el Hospital y por los dietistas – nutricionistas representantes de la empresa Adjudicataria”

- La modificación del apartado 6.1.3 del PPT en el siguiente sentido:

“La plantilla deberá incluir necesariamente el personal dietista – nutricionista colegiado necesario para el control y supervisión de los menús, disponiendo de la Diplomatura o Grado Universitarios en Nutrición Humana y Dietética”



- Que se incluya que la empresa adjudicataria debe contar con dietistas – nutricionistas suficientes (al menos tres personas) para cubrir el servicio los 365 días del año, en turnos de mañana y tarde.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso argumentando, en síntesis, lo siguiente:

a) El punto 6.1.3 del PPT ya especifica el personal Dietista Nutricionista con el que debe contar el adjudicatario para el control y supervisión de los menús (Grado superior de Dietética y Nutrición o equivalente).

b) El punto 2.3.4 el PPT se refiere a la Comisión de Dietas, compuesta por personal del Hospital y que planifica, diseña y modifica el Manual de Dietas. Por otro lado, la indicación de las dietas es prescrita por el facultativo y el control de las ingestas lo realiza el personal de enfermería.

c) La cualificación de Grado Superior en Dietética y Nutrición, titulación que posee una de las personas a subrogar, es suficiente para garantizar el control y supervisión de los menús.

d) La organización del servicio y los recursos de los que dispone el Hospital hacen innecesario acceder a la inclusión de tres dietistas en plantilla.

OCTAVO: En términos generales, el recurso pretende que sean exclusivamente Diplomados o Graduados en Nutrición Humana y Dietética colegiados los profesionales de los que se valdrá la adjudicataria para planificar, diseñar, confeccionar, controlar y supervisar los menús objeto del contrato.

Como ya ha recordado este OARC / KEAO (ver su Resolución 073/2015), el ejercicio de las profesiones tituladas está sometido a reserva de ley formal, según el art. 36 de la Constitución Española. Los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas son desarrollados en la Ley 44/2003, de 21 de



noviembre, que distingue dos tipos de profesiones sanitarias cuyo ejercicio va a requerir siempre la posesión de las titulaciones oficiales correspondientes: las profesiones sanitarias tituladas, y los profesionales del área sanitaria de Formación Profesional.

Las profesiones sanitarias tituladas (artículo 2 de la Ley 44/2003) son aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes propias de la atención de salud, y que están organizadas en colegios profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos. Pueden ser de nivel de Licenciado y de Diplomado, y los Dietistas – Nutricionistas figuran en el artículo 7.2 g) como diplomados sanitarios. Actualmente, esta diplomatura es un grado universitario regulado por la Orden CIN/730/2009, de 18 de marzo.

El artículo 7.1 establece que «corresponde, en general, a los Diplomados sanitarios, dentro del ámbito de actuación para que les faculta su correspondiente título, la prestación personal de los cuidados o los servicios propios de su competencia profesional en las distintas fases del proceso de atención de salud, sin menoscabo de la competencia, responsabilidad y autonomía propias de los distintos profesionales que intervienen en tal proceso». En el párrafo segundo de este artículo se describen las funciones concretas de cada uno de los profesionales que se hallan en este grupo de titulación, desarrollándose en el 2. g) el de Dietista-Nutricionista en los siguientes términos: «los Diplomados universitarios en Nutrición Humana y Dietética desarrollan actividades orientadas a la alimentación de la persona o de grupos de personas, adecuadas a las necesidades fisiológicas y, en su caso, patológicas de las mismas, y de acuerdo con los principios de prevención y salud pública.»

En cuanto a los profesionales del área sanitaria de formación profesional, el artículo 3 de la Ley señala que tendrán tal consideración «quienes ostentan los títulos de formación profesional de la familia profesional sanidad, o los títulos o certificados equivalentes a los mismos».



Ahora bien, la ley no reserva el ejercicio de una determinada actividad a una titulación concreta ni es ésta su finalidad tal y como se deriva de su Exposición de Motivos al afirmar que «(...) Por ello en esta Ley no se ha pretendido determinar las competencias de unas y otras profesiones de una forma cerrada y concreta sino que establece las bases para que se produzcan estos pactos entre profesiones, y que las praxis cotidianas de los profesionales en organizaciones crecientemente multidisciplinares evolucionen de forma no conflictiva, sino cooperativa y transparente.»

Por su parte, la jurisprudencia pone de manifiesto que «frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de **libertad con idoneidad**, ya que al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas éstas dotan a sus titulados superiores de un fondo igual de conocimientos técnicos que, con independencia de las distintas especialidades, permiten el desempeño de puestos de trabajo en los que no sean necesarios unos determinados conocimientos sino una capacidad técnica común y genérica que no resulta de la situación específica obtenida sino del conjunto de los estudios que se hubieran seguido» (STS de 10 abril 2006. RJ 2006\2057). En este sentido, no puede dudarse de la idoneidad de los dietistas – nutricionistas para desempeñar las tareas objeto del contrato (básicamente, preparar una alimentación adecuada bajo prescripción facultativa, asesorar en dietética al poder adjudicador, colaborar en la planificación de las comidas y controlar y supervisar los menús) a la vista de del Anexo de la Orden CIN/730/2009, que describe las competencias propias de la profesión. No obstante, no es menos cierto que a la misma conclusión de idoneidad se llega analizando el Anexo del Real Decreto 536/1995, de 7 de abril, por el que se establece el título de Técnico superior en Dietética y las correspondientes enseñanzas mínimas, que contiene el perfil profesional correspondiente, y que incluye, entre las ocupaciones y puestos de trabajo – tipo más relevantes algunos tan adecuados al objeto del contrato como los de dietista, técnico en dietética y nutrición, responsable de alimentación en empresas de catering y consultor en alimentación.



La consecuencia de todo ello no puede ser otra que la de considerar que las referencias genéricas de las cláusulas 2.3.1 y 2.3.4 9.3 del PPT al personal de la empresa es correcta e incluye a los Diplomados o graduados en nutrición humana y dietética, pues tanto la Ley 44/2003 como la jurisprudencia mantienen la necesidad de dejar abierta la entrada a todo título facultativo oficial que ampare un nivel de conocimientos técnicos suficiente (en este caso en nutrición humana y dietética), sin que se pueda exigir que la actividad de asesoramiento exigida en el PPT la puedan realizar única y exclusivamente los Diplomados o Graduados en Dietética y Nutrición, y menos que dichos profesionales estén colegiados cuando la pertenencia al Colegio no es preceptiva para el ejercicio de su actividad. Por el contrario, la mención de la cláusula 6.13 del PPT, que establece que el adjudicatario debe contar con personal para el control y supervisión de los menús que disponga del título de Grado Superior de Dietética y Nutrición o equivalente, no es aceptable porque solo acepta una única titulación en lugar de admitir cualquiera de las idóneas (por ejemplo, la de Diplomado o Graduado en Dietética y Nutrición), por lo que el recurso debe aceptarse parcialmente en este punto y la citada estipulación debe anularse.

Por otro lado, la petición de que el contratista cuente con dietistas – nutricionistas suficientes (al menos tres personas) para cubrir el servicio los 365 días del año, en turnos de mañana y tarde debe desestimarse, pues no se sustenta en argumentación alguna, ni técnica ni jurídica. En este sentido, debe señalarse que el órgano de contratación goza de discrecionalidad en el momento de configurar el objeto y alcance del contrato, no teniendo más límites que el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de la buena administración (art. 25.1 TRLCSP) y, no constando la vulneración de dichos límites, la pretensión no puede prosperar.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el Titular del Órgano



Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial interpuesto por el Colegio Oficial de Dietistas – Nutricionistas del País Vasco contra el Pliego de Prescripciones Técnicas del contrato de “Servicio de restauración hospitalaria y gestión y explotación de la cafetería del Hospital Bidasoa”, tramitado por Osakidetza, anulando el inciso “...disponiendo del Grado Superior de Dietética y Nutrición o equivalente” del apartado 6.1.3 del PPT, y cancelando la licitación para la elaboración de un nuevo PPT que, en su caso, rijan un nuevo procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2016ko ekainaren 23a

Vitoria-Gasteiz, 23 de junio de 2016