



EB 2023/011

Resolución 077/2023, de 26 de abril, de la 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 en materia de contratación interpuesto por el Colegio Oficial de Dietistas - Nutricionistas del País Vasco contra los pliegos del contrato “Servicio de alimentación y explotación de cafeterías y vending para la OSI Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 18 de enero de 2023 se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el Colegio Oficial de Dietistas - Nutricionistas del País Vasco (en adelante, CODINE) contra los pliegos del contrato “Servicio de alimentación y explotación de cafeterías y vending para la OSI Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El día 19 de enero este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de 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). Dicha documentación se recibió el día 23 de enero de 2023.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 24 de enero, no se han recibido alegaciones.





II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de M.J.I.R., que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El contrato se define en los pliegos como “contrato mixto” (artículo 18.1 de la LCSP). Sin embargo, no especifica a qué clases de contratos se corresponden las prestaciones que constituyen su objeto (suministro, servicios, concesión...), ni tampoco se señala cuál de ellos es el que determina el régimen jurídico de la preparación y adjudicación del contrato de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 18 de la LCSP. No obstante, se observa que el valor estimado del contrato asciende a 15.017.252,04 euros, importe superior a los umbrales que dan acceso al recurso especial en todos los contratos, según el artículo 44.1 de la LCSP, por lo que, en todo caso, el contrato está forzosamente comprendido en el ámbito objetivo de dicho recurso.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP, el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.



QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Osakidetza tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

- a) La redacción de los pliegos es incompleta y confusa porque da a entender que la dietista – nutricionista de la empresa solo supervisará los menús especiales la época navideña, quedando los menús del resto del año sin supervisión.
- b) En el Anexo 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se recoge que el protocolo de dietas consta de 47 dietas diferentes; además, desde Enfermería se pueden hacer diversas observaciones que requieren la revisión del menú del paciente en sus cuatro tomas diarias (desayuno, comida, merienda y cena).
- c) Para llevar a cabo las tareas citadas en los apartados a) y b) anteriores, es necesario contar con dietistas – nutricionistas, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, que establece en su artículo 7.2.g) establece que los “Dietistas-nutricionistas: 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.” Esta profesión titulada y regulada es la única que cumple el requisito de libertad con idoneidad y que tiene potestad legal para la elaboración de estos menús hospitalarios basales y terapéuticos. En este sentido, el recurrente alega extensamente, con citas legales y jurisprudenciales, las razones de la idoneidad de los dietistas - nutricionistas y los motivos por los que se entienden insuficientes otras titulaciones.



d) Para el acceso a la profesión es necesario estar en posesión de alguno de los siguientes títulos universitarios:

- Grado en Nutrición Humana y Dietética (Orden CIN/730/2009).
- Diplomatura en Nutrición Humana y Dietética (Real Decreto 433/1998)

Sin embargo, la referencia al “personal con formación adecuada en dietética y nutrición” es confusa, pues no se detalla qué se entiende como “formación adecuada”, dejándolo a criterio de la adjudicataria, lo que puede suponer un riesgo para la salud de los pacientes.

e) En el apartado 1.2.2.1 del PPT se establece que “Se elaborará el protocolo completo de dietas, siguiendo los criterios establecidos por la OMS, y las recomendaciones de la SENC (Sociedad Española de Nutrición Comunitaria) en vigor para cada una de ellas, y asumiendo la tarea de analizar las observaciones que a cada dieta se realicen desde las Unidades de enfermería.” El Anexo 3 señala el personal a subrogar, incluyendo 5 personas (2 de ellas en excedencia) con la categoría dietista. Esta categoría profesional está recogida en el Acuerdo Estatal Laboral de Hostelería, donde no se menciona la titulación que debe ostentar la persona contratada, por lo que no se puede garantizar que este personal a subrogar sea dietista-nutricionista. Actualmente estas 3 personas trabajan a turnos de 8:30 a 15:30, no habiendo dietistas-nutricionistas para analizar las observaciones a la dieta realizadas en turno de tarde. A partir de las 15:30 no se revisa ninguna nueva observación a la dieta (personas que ingresan durante la tarde) ni cambio de dieta (paciente ya ingresado, que tiene una observación a la dieta, y al que se le cambia la dieta). Esto implica que no son revisadas las meriendas, cenas ni desayunos del día siguiente (a las 8:30 el personal de planta ya los ha preparado), con el consiguiente riesgo para la salud de los pacientes ingresados, especialmente elevado en los casos de alergias e intolerancias alimentarias.

f) El punto 2.2.1 del PPT, referente al comedor de personal empleado en el centro u otro autorizado, establece que:



- “El adjudicatario se responsabilizará, de la elaboración de los menús del self-service para las comidas del personal de la OSI Bilbao-Basurto...”
- ... Deberán presentarse al centro con antelación para su aprobación.”

Entre las personas autorizadas se encuentran las pacientes de la Unidad de Trastornos de la alimentación. Es necesario ser especialmente cuidadosos con la alimentación de este tipo de pacientes, por lo que el menú debe ser supervisado adecuadamente para garantizar que sea saludable y adecuado para personas que se encuentran en tratamiento por una patología en la que la alimentación juega un papel clave. Este menú forma parte del tratamiento. Por otra parte, el menú servido al personal que acude al self-service debe cumplir los estándares de una alimentación saludable y equilibrada.

g) El PPT establece las condiciones del contrato en lo referente a la formación en su punto 4.2 de la siguiente forma:

“La empresa adjudicataria presentará un programa de formación, de tal forma que todo el personal esté capacitado para las diferentes tareas a realizar. Aquel personal cuya labor lo exija, deberá disponer tanto del Carnet de Manipulador de Alimentos como de aquellos que exija la legislación vigente, que podrán ser solicitados por la OSI Bilbao-Basurto en cualquier momento. Asimismo, el personal que el concesionario tenga a su cargo deberá recibir formación suficiente en Materia de Seguridad Alimentaria y Prevención de Riesgos Laborales y Gestión de Residuos.”

El carnet de manipulador de alimentos se regula mediante el Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero, por el que se establecen las normas relativas a los manipuladores de alimentos, normativa que fue derogada, por lo que no procede que se exija como requisito. El Reglamento (CE) nº 852/2004 establece que el personal debe estar formado en higiene alimentaria de acuerdo con su actividad laboral, así como recibir una formación adecuada en lo tocante a la aplicación de los principios del APPCC. El personal dietista-nutricionista diseña menús y dietas adaptados a las diferentes patologías de los pacientes ingresados, formando estos menús parte del tratamiento integral. Ejerce una profesión sanitaria regulada por la Ley 44/2003, realizadas en un contexto hospitalario, requieren de una actualización permanente de los conocimientos, por lo que sería



aconsejable establecer algún requisito que garantice la realización de actividades de formación continuada, en línea con lo que el Decreto 35/2007, de 27 de febrero establece para el personal propio de Osakidetza.

h) Finalmente, se solicita lo siguiente:

- La modificación del apartado 1.2.2.1 del PPT, de manera que quede redactado como sigue: “La empresa adjudicataria, deberá hacerse cargo de la sección de dietética, para lo que dispondrá todos los días del año de dietistas-nutricionistas (artículo 7.2.g de la Ley 44/2003).”
- La modificación del apartado 1.2.2.1, apartado 3, punto 2 del PPT, de manera que quede redactado como sigue: Los menús confeccionados por la dietista-nutricionista de la empresa adjudicataria deberán ser entregados a la Unidad de Nutrición para su aprobación, por parte de un dietista-nutricionista.”
- La modificación del apartado 1.2.2.1. apartado 3, sección “Tipos de menú”, punto C, del PPT, de manera que quede redactado como sigue: “Los menús confeccionados por la dietista-nutricionista de la empresa adjudicataria deberán ser entregados con antelación a la Unidad de Nutrición para su aprobación, por parte de un dietista-nutricionista.”
- La modificación del apartado 1.2.2.1 del PPT, de manera que quede redactado como sigue: “La empresa adjudicataria, deberá hacerse cargo de la sección de dietética, para lo que dispondrá todos los días del año de dietistas-nutricionistas (artículo 7.2.g de la Ley 44/2003). Este personal ofrecerá sus servicios en turnos rotativos de mañana y tarde.”
- La inclusión en el apartado 2.2.1 del PPT de un punto segundo bis: “Los menús que se sirvan a las pacientes de la Unidad de Trastornos de la alimentación tendrán una rotación cada 5 semanas, con su correspondiente rotación estacional. Deberán ser elaborados por la dietista-nutricionista de la empresa adjudicataria y presentarse a la Unidad de Nutrición con antelación para su aprobación por parte de un dietista-nutricionista.”
- La modificación del apartado 4.2 del PPT, eliminando la referencia al carnet de manipulador de alimentos e incluyendo referencias a la formación del personal sanitario de la empresa adjudicataria: “La empresa adjudicataria presentará un programa de formación, de tal forma que todo



el personal esté capacitado para las diferentes tareas a realizar. El personal que el concesionario tenga a su cargo deberá recibir formación suficiente en Materia de Manipulación de Alimentos y Seguridad Alimentaria, Prevención de Riesgos Laborales y Gestión de Residuos, conforme a la normativa vigente. La empresa adjudicataria garantizará que el personal dietista-nutricionista realice formación continua, aplicando los requisitos establecidos para los Diplomados Sanitarios en el Decreto 35/2007. La OSI Bilbao-Basurto podrá solicitar en cualquier momento la documentación acreditativa de la impartición de estas formaciones.”

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

Osakidetza se opone a la estimación del recurso por los siguientes motivos, apoyados en cita de resoluciones anteriores de este OARC / KEAO:

a) La exigencia de limitar la titulación del personal que forme parte de la sección de dietética de la adjudicataria a los dietistas nutricionistas no es aceptable. Se alega que no hay una norma con rango de ley que reserve el ejercicio de la actividad a la titulación reivindicada en el recurso y que el principio de “libertad con idoneidad” determina que la referencia genérica del PPT a personal que disponga de formación acreditada y específica en nutrición humana y dietética es correcta, sin que la recurrente pueda exigir la exclusividad de los diplomados o graduados en Dietética y Nutrición ni la modificación de los pliegos en el sentido solicitado en el recurso.

b) Con respecto a las diversas solicitudes de modificación de los pliegos, se afirma que el órgano de contratación goza de una amplia discrecionalidad para configurar el objeto del contrato, sin más límites que el interés público, el ordenamiento jurídico y los principios de buena administración, límites cuya vulneración no consta. En particular, se alega lo siguiente:

- En cuanto a la ampliación de los turnos de trabajo de la sección de dietética, se alega que el turno de tarde solicitado es innecesario por el servicio en línea fría que se ofrece en el Hospital, siendo suficiente el funcionamiento en turno de mañana de la sección de dietista.



- No se considera necesario que los menús ya elaborados por una dietista nutricionista deban ser de nuevo aprobados por otra dietista de la unidad de nutrición de la OSI, de igual capacitación.
- Los menús de la Unidad de trastornos de la Alimentación no requieren, *a priori*, ningún tipo de modificación terapéutica.
- Respecto a la formación exigida, el apartado 4.2 del PPT ya se remite a toda la formación exigida por la legislación vigente, por lo que no procede la anulación de los pliegos porque se alude en ellos al carnet de manipulador, establecido en una norma derogada; además, se alega que “carnet de manipulador” es un término usado habitualmente en el sector para aludir a la certificación que sustituye actualmente a dicho carnet, y cuyo contenido es similar a éste.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, la recurrente pretende que:

- (i) los pliegos determinen que la sección de dietética, de la que debe hacerse cargo la adjudicataria del contrato, esté a cargo de dietistas – nutricionistas graduados o diplomados universitarios de los descritos en el artículo 7.2 de la Ley 44/2003, única titulación idónea para las funciones que deben desempeñarse, excluyéndose cualquier otra.
- (ii) los pliegos recojan el clausulado que CODINE estima necesario en materia de horarios del personal dietista – nutricionista, menús de la unidad de “trastornos de la alimentación” y formación del personal de la adjudicataria en materia alimentaria y formación continuada del personal dietista – nutricionista.

A la vista de lo anterior, de la documentación que consta en el expediente y de las alegaciones de los interesados, a continuación, se exponen las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso:



a) Sobre la idoneidad de los dietistas – nutricionistas graduados o diplomados universitarios

CODINE reclama que los pliegos exijan que la sección de dietética disponga de dietistas nutricionistas graduados o diplomados universitarios por considerar que es la única titulación idónea para la elaboración de dietas para colectivos sanos o con patologías y para la revisión de las observaciones de Enfermería. A juicio de este Órgano, esta pretensión debe desestimarse por los siguientes motivos, sustancialmente coincidentes con los que fundamentaron la Resolución 90/2016 del OARC / KEAO, cuyo objeto era prácticamente idéntico al del contrato que ahora se analiza:

- 1) Por lo que se refiere a la exigencia en los pliegos de titulaciones concretas para las personas que vayan a ejecutar la prestación contractual, este OARC / KEAO ha venido siguiendo el criterio que se resume en el principio de “libertad con idoneidad” (ver, por todas, sus Resoluciones 159/2020 y 171/2021), que parte de que el artículo 36 de la Constitución Española establece que la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional de 21 de enero de 1998 establece, sobre la reserva legal para el ejercicio de profesiones tituladas, que se debe (...) determinar si una norma con rango de ley contempla una profesión titulada, es decir una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos. Por ello, en el caso de no existir tal reserva, debe prevalecer el citado principio, ya que (...) al existir una base de enseñanzas comunes entre algunas ramas de enseñanzas técnicas, estas 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" (ver la STS de 19/10/2015, recurso nº 1482/2013, ECLI: ES:TS:2015:4314, recogiendo la del mismo Tribunal de 22/4/2009, y todas las que cita, así como las sentencias del TSJPV de 23/3/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:970 y de 28/9/2021, ECLI:ES:TSJPV:2021:2493).



2) En este caso no consta que exista una norma con rango de ley que reserve las funciones descritas en los pliegos a alguna titulación concreta. De hecho, el propio recurso señala (página 11) que “Como se ha acreditado, la profesión de dietista-nutricionista es idónea para el desarrollo de las funciones establecidas en los pliegos. Sin embargo, no cuenta con una reserva de exclusividad reconocida por ley.” Consecuentemente, no cabe aceptar que los pliegos establezcan una exclusividad que el Ordenamiento no reconoce por la vía de la “idoneidad única” reivindicada por CODINE. Aunque no puede dudarse de la idoneidad de los dietistas – nutricionistas representados por la recurrente para desempeñar las tareas objeto del contrato a la vista de la Orden CIN/730/2009, que describe las competencias propias de la profesión, ello no implica que otras titulaciones no puedan también ser idóneas para el desempeño de todas o algunas de dichas tareas (el propio CODINE reconoce expresamente, en las páginas 15 y 16 del recurso, contradictoriamente con su argumentación y su pretensión, la idoneidad de los especialistas en endocrinología y nutrición). En su caso, dicho desempeño podría darse con la colaboración o supervisión de los dietistas – nutricionistas o de otros profesionales capacitados (como señala el propio recurso en la página 11, ése es, por ejemplo, el caso de los Técnicos Superiores en Dietética). Por ello, este Órgano considera que las menciones genéricas del PPT imponiendo al adjudicatario la obligación de contar con “personal con formación adecuada en dietética y nutrición” (apartado 1.2.2.1) son conformes con el principio de libertad con idoneidad, así como con los principios de salvaguarda de la libre competencia, libertad de acceso a las licitaciones e igualdad de trato y no discriminación (artículo 1.1 de la LCSP).

b) Sobre las modificaciones que la recurrente solicita introducir en los pliegos

CODINE requiere la modificación de ciertas cláusulas de los pliegos para que recojan la redacción alternativa que propone en varios aspectos de la configuración y el alcance de la prestación contractual (horarios, gestión de menús, formación del personal dietista – nutricionista, etc.). Estos requerimientos son muy similares (en algunos casos, prácticamente idénticos) a los que la



recurrente formuló con ocasión del recurso que dio origen a la ya mencionada Resolución 90/2016 del OARC. Como en aquel caso, este Órgano debe desestimarlos, y por los mismos motivos, que se exponen a continuación:

- 1) Se trata de peticiones que no se sustentan en argumentación jurídica alguna. 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). En este caso no consta la vulneración de dichos límites, la pretensión no puede prosperar (ver, por ejemplo, la Resolución 76/2016, del OARC / KEAO).
- 2) Es verdad que el apartado 4.2 del PPT exige el carnet de manipulador de alimentos, que se regulaba mediante el Real Decreto 202/2000, de 11 de febrero, norma derogada. Sin embargo, como bien alega el poder adjudicador, no es menos cierto que la misma cláusula se remite a los requisitos establecidos en “la legislación vigente”. Por ello, la citada mención es una mera imprecisión en la documentación contractual, producido posiblemente, como indica el poder adjudicador, por el uso habitual en el sector del término “carnet manipulador de alimentos” a pesar de la citada derogación para referirse a los requisitos equivalentes en la actual normativa a los que en su día acreditaba dicho documento. Téngase en cuenta que en este caso el PPT se limita a reproducir requisitos legales del correcto desempeño de la actividad que son obligatorios debido a la legislación sectorial que los establece con independencia del contenido de los pliegos (ver, por ejemplo, la Resolución 97/2015 del OARC / KEAO).

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) anteriores, el recurso debe desestimarse íntegramente.



Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP 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, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el Colegio Oficial de Dietistas - Nutricionistas del País Vasco contra los pliegos del contrato “Servicio de alimentación y explotación de cafeterías y vending para la OSI Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza

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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2023ko apirilaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de abril de 2023