



EB 2016/086

Resolución 090/2016, de 19 de julio 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 los Pliegos del contrato de “Explotación del servicio de alimentación, cafeterías y vending en la OSI – Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 20 de junio de 2016 se recibió 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 contra los Pliegos del contrato “Explotación del servicio de alimentación, cafeterías y vending en la OSI – Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: El 22 de junio 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 OARC / KEAO los días 22 y 23 de junio, respectivamente.

TERCERO: No figuran 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 quien 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 incluido en la categoría 17 (servicios de hostelería y restaurante), y cuyo valor estimado, según el apartado 21 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP), asciende a 14.650.862 euros.

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

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en el plazo legal. Por lo que se refiere a la forma, el poder adjudicador estima que el escrito debe inadmitirse porque su contenido no es el propio de un recurso, ya que no se pretende la impugnación de un acto con base en vicios que determinan su invalidez, sino la introducción en el PBT de ciertas modificaciones; se sostiene, en definitiva, que no es aplicable el artículo 110.2 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJ – PAC), que establece que el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no es obstáculo para su tramitación, “siempre que se deduzca su verdadero carácter” porque no hay verdadera intención impugnatoria. Sin embargo, este OARC / KEAO estima que el escrito del recurrente se basa en una interpretación de la normativa sobre las profesiones afectadas contraria a la que inspira el PBT, y que las modificaciones que solicita son, a su juicio, necesarias para que éste se ajuste a Derecho, de tal modo que, de no aceptarse, el documento impugnado quedaría afectado por irregularidades invalidantes. Por ello, y en aras del criterio antiformalista que debe regir en esta cuestión, el recurso debe admitirse a trámite.



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 PBT no marca claramente, en diversos apartados, qué cualificación deben tener los expertos en dietética y nutrición a los que se refiere, tanto los que debe aportar la empresa adjudicataria como los que supervisaran el contrato por parte del poder adjudicador. El recurrente entiende que dicho personal debe ser diplomado o graduado universitario en nutrición humana y dietética.

b) El recurrente solicita que los turnos de trabajo garanticen la presencia de dietistas - nutricionistas diplomados o graduados universitarios en nutrición humana y dietética en turnos de mañana y tarde para garantizar la salud de los pacientes, que se modifique la prescripción sobre carros y emplatado para garantizar su supervisión por profesionales cualificados, que se garantice la formación continua del personal dietista – nutricionista y que los menús de la unidad de trastornos de la alimentación y del autoservicio destinado al personal cumplan los estándares de una alimentación saludable y equilibrada.

c) En concreto, las modificaciones solicitadas son, literalmente, las siguientes:

– La modificación del apartado 1.2.2.1 del Pliego de Bases Técnicas, 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 (Diplomado Universitario o Graduado Universitario en Nutrición Humana y Dietética)."

– La modificación del apartado 1.2.2.1, párrafo 3, punto 2 del Pliego de Bases Técnicas, de manera que quede redactado como sigue: "Los menús



confeccionados deberán ser entregados a la Unidad de Nutrición para su autorización, por parte de un dietista-nutricionista."

– La modificación del apartado 1.2.2.2.1.D, párrafo último, del Pliego de Bases Técnicas, de manera que quede redactado como sigue: "Estos menús se presentarán con antelación la Unidad de Nutrición de la OSI BILBAO-BASURTO para su autorización, por parte de un dietista-nutricionista."

– La inclusión en el Pliego de Bases Técnicas, en el apartado que se considere más oportuno, del siguiente requisito: "El personal encargado de la tarea de la recogida de comandas en planta deberá ser dietista-nutricionista (Diplomado Universitario o Graduado Universitario en Nutrición Humana y Dietética)."

– La modificación del apartado 1.2.2.1 del Pliego de Bases Técnicas, 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 (Diplomado Universitario o Graduado Universitario en Nutrición Humana y Dietética). Este personal ofrecerá sus servicios en turnos rotativos de mañana y tarde."

– La modificación del apartado 1.2.2.1 del Pliego de Bases Técnicas, de manera que quede redactado como sigue: "Cada mes la empresa adjudicataria tomará registros de temperatura de los carros de retermalización de todas las unidades de enfermería. Este registro debe distribuirse de manera equitativa entre los turnos de mañana y tarde y de lunes a domingo."

– La inclusión en el Pliego de Bases Técnicas, en el apartado que se considere más oportuno, del siguiente requisito: "El personal dietista-nutricionista y supervisará a diario el emplatado en una unidad de enfermería, tanto en turno de mañana como de tarde"



– La inclusión en el apartado 4.2 del Pliego de Bases Técnicas, del siguiente requisito: "La empresa adjudicataria garantizará que el personal dietista-nutricionista realice formación continua, en línea a los requisitos establecidos para los Diplomados Sanitarios en el Decreto 3512007, asumiendo el coste de la misma".

– La modificación del apartado 2.2.1, punto tercero del Pliego de Bases Técnicas, de manera que quede redactado como sigue: "Los menús que se sirvan, tanto al personal como a los pacientes de la unidad de "Trastornos de la Alimentación" tendrán una rotación cada 15 días, con su correspondiente rotación estacional. Los menús deberán ser entregados a la Unidad de Nutrición para su autorización, por parte de un dietista-nutricionista."

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

a) Los diplomados o graduados a los que se refiere el recurso no son los únicos profesionales que pueden prestar el servicio que se quiere contratar, como se deduce de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitaria (en adelante, "Ley 44/2003"), que no establece reserva de actividad al respecto, por lo que los pliegos tampoco pueden imponerla.

b) El resto de las pretensiones no se sustentan en argumentos jurídicos o técnicos, y se refieren a cuestiones sobre las que el poder adjudicador puede decidir discrecionalmente, siempre que no se traspasen los límites marcados por el artículo 25.1 TRLCSP, cuya infracción no se alega.

OCTAVO: En términos generales, la primera parte de las peticiones del recurso consisten en solicitar que sean exclusivamente Diplomados o Graduados en Nutrición Humana y Dietética los profesionales de los que se valdrá la adjudicataria para ejecutar las tareas que el contrato atribuye a personas adecuadamente formadas en dietética y nutrición.



Como ya ha recordado este OARC / KEAO (ver sus resoluciones 073/2015 y 76/2016), según el art. 36 de la Constitución Española el ejercicio de las profesiones tituladas está sometido a reserva de ley formal. Los aspectos básicos de las profesiones sanitarias tituladas son desarrollados en la Ley 44/2003, 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 44/2003 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 representados por la recurrente para desempeñar las tareas objeto del contrato a la vista del Anexo de la Orden CIN/730/2009, que describe las competencias propias de la profesión; no obstante, no es menos cierto que esta conclusión de idoneidad no implica que exista una reserva de actividad en su favor y que no puedan ser idóneos también profesionales con otras titulaciones, por lo que las menciones genéricas de las cláusulas del PBT son correctas.



Las demás peticiones del recurso, referidas a diversos aspectos de la configuración del servicio objeto del contrato, deben desestimarse, pues 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) y, no constando la vulneración de dichos límites, la pretensión no puede prosperar (ver, por ejemplo, la Resolución 76/2016, del OARC / KEAO).

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: Desestimar el recurso especial interpuesto por el Colegio Oficial de Dietistas – Nutricionistas del País Vasco contra el Pliego de Bases Técnicas del contrato “Explotación del servicio de alimentación, cafeterías y vending en la OSI – Bilbao Basurto”, tramitado por Osakidetza.

SEGUNDO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

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

CUARTO: 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 uztailaren 19a

Vitoria-Gasteiz, 19 de julio de 2016