



EB 2021/222

Resolución 028/2022, de 9 de febrero, 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 de los contratos de “Elaboración, transporte y entrega de comidas preparadas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de gestión directa en diversos centros públicos dependientes del Departamento de Educación situados en el Territorio Histórico de Bizkaia, Gipuzkoa y Alava” (C02/7/2021, C02/11/2021 y C02/17/2021) tramitados por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 13 de diciembre de 2021 el Colegio Oficial de Dietistas-Nutricionistas del País Vasco interpuso, 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) un recurso especial en materia de contratación contra los pliegos de los contratos de “Elaboración, transporte y entrega de comidas preparadas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de gestión directa en diversos centros públicos dependientes del Departamento de Educación situados en el Territorio Histórico de Bizkaia, Gipuzkoa y Alava” tramitados por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El mismo día 13 de diciembre se solicitaron al poder adjudicador el expediente y 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



Nahi izanez gero, J0D0Z-T3EF7-G41H bilagailua erabiltza, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektronikoa honetan: <https://euskadi.eus/lokalizatzailea>

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T3EF7-G41H en la sede electrónica <https://euskadi.eus/localizador>



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), que fue recibida el día 16 de diciembre.

TERCERO: Con fecha 21 de diciembre, la Titular del OARC / KEAO dictó la Resolución B-BN 043/2021, por la que se acordó la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

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 artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicio cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

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, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

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

a) En relación con los profesionales responsables de la confección de menús, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 7.2 g) de la Ley 44/2003, de Ordenación de Profesiones Sanitarias, así como las SSTS número 5274/2011 y 3457/2011, solicita la modificación de la cláusula 8.2 del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) de manera que quede redactado de la siguiente manera: «Los menús elaborados por la contratista deberán ser confeccionados por su departamento de calidad y nutrición... se asumirá la responsabilidad de aportar el asesoramiento dietético adecuado... Este personal debe ser profesional sanitario Diplomado o Graduado en Nutrición Humana y Dietética o Graduado en Medicina (con especialidad en Endocrinología y Nutrición) dedicado íntegramente a este objeto.»

b) Se solicita la modificación del ANEXO II.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) de manera que quede redactado de la siguiente forma: «Un profesional sanitario/a con formación acreditada y específica en nutrición humana y dietética (Ley 44/2003 de 21 de noviembre, de ordenación de profesiones sanitarias, art. 7.2.g o art. 6.2.a [especialidad en endocrinología y nutrición]).»

c) Se declare la nulidad del PPT y del PCAP.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone al recurso alegando que el Colegio de Dietistas Nutricionistas del País Vasco impugna contenidos de los pliegos que presentan



coincidencias con el contenido de los pliegos del expediente de contratación C02/010/2015 del contrato de servicios de elaboración de comidas preparadas, entrega de materias primas, transporte de las mismas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de gestión directa en los centros públicos dependientes del Departamento de Educación, Política Lingüística y Cultura, y que fueron objeto de recurso especial presentado por la ahora recurrente. Dicho recurso fue resuelto por la Resolución 073/2015 del OARC/KEAO, en la que se estableció que la referencia genérica realizada en el PPT a los profesional sanitario con formación acreditada y específica en nutrición humana y dietética era correcta, dejando abierta la entrada a todo título facultativo oficial que amparase un nivel de conocimientos técnicos suficiente (en este caso en nutrición humana y dietética), sin que el colegio pudiese exigir que la actividad de asesoramiento requerida en el PPT la pudiesen realizar única y exclusivamente los Diplomados en Dietética y Nutrición. Asimismo, indicó que el contenido del compromiso de adscripción de medios no puede ser interpretado como un límite o impedimento a la participación en la ejecución del contrato de los Diplomados o Graduados en Dietética y Nutrición.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En términos generales el recurso tiene por pretensión la modificación del punto 8.2 de los PPT de los tres procedimientos de adjudicación al objeto de que los Diplomados o Graduados en Nutrición Humana y Dietética sean los que confeccionen los menús elaborados por el contratista y, en segundo lugar, la modificación de los documentos Anexo II.2 al objeto de que la referencia que en los mismos se realiza a los artículos 2 y 6 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de profesiones sanitarias se efectúe a su art. 7.2 g) o 6.2.a) “Dietistas-Nutricionistas”, así como la nulidad de los PPT y PCAP, cuestiones que, como señala el poder adjudicador, este OARC/KEAO ya se pronunció en su Resolución 073/2015 y que procede traer a colación del presente recurso.



a) Sobre la modificación del apartado 8.2 del PPT.

Para el análisis del primero de los motivos, se debe acudir a la redacción de la cláusula 8.2 del PPT cuya modificación propugna el Colegio:

«8.2 PROGRAMACIÓN DE MENÚS:

Los menús programados por la contratista deberán ser confeccionados por su departamento de calidad y nutrición (nunca pueden ser subcontratados), de esta manera se asumirá la responsabilidad de aportar el asesoramiento dietético adecuado a los requisitos establecidos en este Pliego por medio de personal debidamente capacitado. Este personal debe ser profesional sanitario con formación acreditada y específica en Nutrición Humana y Dietética dedicado íntegramente a este objeto.»

El ejercicio de las profesiones tituladas se halla sometida a una 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 (art. 2) 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 (entre los que se encuentra los Dietistas-nutricionistas). La Ley procede, posteriormente, a la atribución de funciones sanitarias según la titulación de Licenciado o de Diplomado.

Así, el artículo 6.1 señala que «corresponde, en general, a los Licenciados sanitarios, dentro del ámbito de actuación para el que les faculta su correspondiente título, la prestación personal directa que sea necesaria en las diferentes fases del proceso de atención integral de salud y, en su caso, la dirección y evaluación del desarrollo global de dicho proceso, sin



menoscabo de la competencia, responsabilidad y autonomía propias de los distintos profesionales que intervienen en el mismo». A continuación, la Ley indica las funciones específicas de cada una de las profesiones sanitarias concretas (art. 6.2).

Por su parte, el art. 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» (SSTS de 10 abril 2006, de 22 de abril de 2009 y de 23 de diciembre de 2021).

La consecuencia de ello no puede ser otra que la de considerar que la referencia genérica que se realiza en la cláusula 8.2 del PPT a que el personal de la empresa que asesore la elaboración de los menús sea efectuada por profesional sanitario con formación acreditada y específica en nutrición humana y dietética es correcta, la cual 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 el Colegio 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.

b) Sobre la modificación del Anexo II.2 del PCAP.

La recurrente solicita la modificación del Anexo II.2 de los PCAP de “compromiso de adscripción de medios”, en lo concerniente a la sustitución de la referencia que en el mismo se hace al art. 6 “Licenciados sanitarios” de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de profesiones sanitarias, por la del art. 7 “Diplomados sanitarios”, párrafo 2 letra g referida a “Dietistas-nutricionistas”.

En lo concerniente a este punto, se tienen que tener en cuenta las siguientes circunstancias: (i) se propone la modificación de un documento que figura como documento Anexo II.2 al PCAP y que el licitador, a modo de formulario, debe cumplimentarlo, datarlo y suscribirlo (ii) en todo caso, los medios a aportar a la ejecución del contrato se han de ajustar a las prescripciones del PCAP y PPT que, en lo que al aspecto recurrido concierne, únicamente se refieren a “profesionales sanitarios”, sin especificación de titulación alguna (iii) el propio modelo de compromiso además de la remisión al art. 6 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, contiene, asimismo, otra remisión al art. 2 que señala que las



profesiones sanitarias tituladas pueden ser de nivel de Licenciado o de Diplomado.

De todo ello cabe concluir que la remisión que contiene el Anexo II.2 del PCAP al art. 6 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, no puede ser interpretada como un límite o impedimento a la participación en la ejecución del contrato de los Diplomados o Graduados en Dietética y Nutrición sino como una remisión incompleta a los correspondientes artículos de la Ley 43/2003, pues los profesionales sanitarios ofertados deben cumplir, en todo caso, con la prescripción contenida en la cláusula 8.2 del PPT, por lo que no puede prosperar esta pretensión.

c) Conclusiones

Por todo lo indicado anteriormente, el recurso debe ser desestimado, sin que quepa atender la pretensión de modificación de los pliegos; consecuentemente, no cabe tampoco acceder a solicitud de declaración de nulidad puesto que dichos documentos contractuales no tienen tacha de legalidad alguna.

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 de “Elaboración, transporte y entrega de comidas



preparadas y prestaciones complementarias para el funcionamiento de los comedores de gestión directa en diversos centros públicos dependientes del Departamento de Educación situados en el Territorio Histórico de Bizkaia, Gipuzkoa y Alava” tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

Vitoria-Gasteiz, 2022ko otsailaren 9a

Vitoria-Gasteiz, 9 de febrero de 2022