



**INFORME RELATIVO AL CONVENIO DE COLABORACIÓN ENTRE OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD Y EL DEPARTAMENTO FORAL DE ACCIÓN SOCIAL DE LA DIPUTACIÓN FORAL DE BIZKAIA POR EL QUE SE DETERMINAN LAS CONDICIONES PARA LA PROVISIÓN, POR EL ENTE PÚBLICO OSAKIDETZA-SERVICIO VASCO DE SALUD, DE MATERIAL NECESARIO EN RELACIÓN CON LOS POSIBLES BROTES EPIDEMIOLÓGICOS Y CON DESTINO A LAS ENTIDADES Y ORGANISMOS DEPENDIENTES DE DICHO DEPARTAMENTO FORAL DE ACCIÓN SOCIAL.**

**REF.: 55/2020 DDLCN-IL**

## **I.- ANTECEDENTES Y DOCUMENTACIÓN REMITIDA**

El Departamento de Salud solicita el 20 de julio de 2020 el preceptivo informe de legalidad de esta Dirección de Desarrollo Legislativo y Control Normativo, en relación con el convenio citado en el encabezamiento, si bien el último documento se incorpora al expediente el 30 de julio de 2020.

Además del borrador del texto de convenio (se adjuntan dos textos provisionales sólo en castellano), se acompañan un conjunto de documentos del proceso seguido en la elaboración y tramitación de la iniciativa proyectada, tales como (1) memoria justificativa del Director de Régimen Jurídico, Económico y Servicios Generales del Departamento de Salud; (2) memoria económica suscrita por el Director de Régimen Jurídico, Económico y Servicios Generales del Departamento de Salud; (3) informe jurídico de la Asesoría Jurídica del Departamento de Salud; (4) como antecedente un Convenio de colaboración entre Osakidetza-Servicio Vasco de Salud y el Departamento de Seguridad para la distribución de mascarillas sanitarias; (5) con fecha 29 de julio de 2020 se aporta certificado del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de julio de 2020, por el que se faculta al Ente Público Osakidetza-Servicio Vasco de Salud para la provisión de



material necesario con el que hacer frente a brotes epidemiológicos; y (6) con fecha 30 de julio de 2020 se aporta argumentario de Osakidetza relativo a la atribución a Osakidetza de la facultad para comprar centralizadamente los materiales COVID 19 con destino a las entidades del sector público vasco definido en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 21 de julio de 2020.

Con carácter previo a cualquier tipo de análisis, entendemos necesario realizar ciertos comentarios o consideraciones generales sobre el requerimiento recibido, la obligación de emitir el informe y, en su caso, las características a las que debería responder el mismo:

1.- Uno de los firmantes del convenio de colaboración es Osakidetza-Servicio Vasco de Salud (en adelante Osakidetza), que de conformidad con la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, se constituye en un Ente Público de derecho privado adscrito al Departamento de Salud, encargado de prestar servicios sanitarios en la Comunidad Autónoma Vasca, y que tiene su actividad orientada a la promoción de la salud, prevención de las enfermedades, curación y rehabilitación, todo ello conforme a las previsiones de la citada Ley.

Los entes públicos de derecho privado son aquellos entes institucionales de la Comunidad Autónoma de Euskadi, de naturaleza pública, cuyo objeto es la realización, en régimen de descentralización, de actividades pertenecientes a la competencia de la misma, y que se rigen fundamentalmente por el derecho privado.

El artículo 4 del Decreto 255/1997, de 11 de noviembre, por el que se establecen los Estatutos Sociales del Ente Público Osakidetza-Servicio vasco de salud, en su apartado primero señala que *“De conformidad con lo dispuesto en la Ley de Ordenación sanitaria de Euskadi, el Ente Público Osakidetza- Servicio vasco de salud dispone de personalidad jurídica pública diferenciada y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de su objeto y fines. Asimismo, se sujetará a la tutela que determine el ordenamiento jurídico en función de su adscripción al Departamento de Sanidad en la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi”*.

Y el artículo 5 intitulado “normas sobre régimen jurídico” dispone que *“En base a las propias peculiaridades organizativas del Ente Público Osakidetza-Servicio vasco de salud, en cuanto al régimen jurídico específico de su actividad de provisión de servicios sanitarios y a la dispersión territorial y cualificación de sus recursos, la representación y defensa en juicio de sus actuaciones se realizará en los términos de la Ley 7/1986, de 26 de junio, de Representación y Defensa en juicio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, correspondiendo la misma a los letrados adscritos a los servicios jurídicos”*

Así, en base a sus propias peculiaridades organizativas, cuenta con un servicio jurídico propio y letrados adscritos a él que podrán tener destino en cualquiera de sus organizaciones y que deben encontrarse habilitados expresa y legalmente para las actuaciones que correspondan.

El informe jurídico manifiesta que es necesaria la emisión de informe de legalidad del Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco, de conformidad con el artículo 13.1 b) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, ya que se trata de un convenio entre un ente institucional y una administración pública. Sin embargo, este Decreto delimita la prestación de la asistencia jurídica pública a unos ámbitos muy concretos, y así su artículo 3 b) especifica que la prestación de la asistencia jurídica pública (función consultiva y función contenciosa) se realiza en el ámbito de la administración institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, CAE), en relación con todos aquellos organismos autónomos y entes públicos de derecho privado que no tengan reservada total o parcialmente la decisión sobre provisión de las funciones que comprende la asistencia jurídica.

En este sentido, la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, en su artículo 2.3, señala que el Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco prestará asistencia jurídica a su administración institucional y a aquellos entes públicos que así lo dispongan en su ley de creación, pero se exceptúan aquellas instituciones en las que la función de asistencia jurídica

se realiza por sus propios servicios jurídicos, de acuerdo con lo previsto en su norma reguladora.

Esta excepción es acorde con la finalidad de la norma recogida en su exposición de motivos, y que se refiere a la necesidad de que las administraciones públicas dispongan de servicios jurídicos adecuados para garantizar el sometimiento pleno de su actuación a la ley y al derecho.

Como ya hemos indicado, Osakidetza pertenece a la administración institucional de la CAE y cuenta con un servicio jurídico propio al que reserva la provisión de las funciones que comprende la asistencia jurídica. El hecho de que sus Estatutos se refieran a la Ley 7/1986, de 26 de junio, de Representación y Defensa en juicio de la Comunidad Autónoma del País, no supone un impedimento para concluir que el informe de legalidad corresponde a los letrados adscritos a los servicios de Osakidetza, ya que estos Estatutos son del año 1997 y la Ley a que se refieren fue derogada por la Ley 7/2016, que introduce un concepto más amplio de asistencia jurídica (función consultiva y función contenciosa). Además, como hemos indicado, el artículo 3 b) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, se refiere a reserva total o parcial de las funciones que comprende la asistencia jurídica.

A mayor abundamiento, cabe citar la Instrucción 2/2017, de la Dirección General Osakidetza, sobre los convenios de colaboración del ente público, que establece los trámites y pasos a seguir para firmar un Convenio. En concreto, al referirse al informe de legalidad se especifica que debe ser emitido por la Subdirección de Asesoría Jurídica. Si bien es cierto que quedan fuera de la Instrucción aquellos otros Convenios que se pretendan firmar por el Presidente del Consejo de Administración de Osakidetza, como es el caso, la instrucción señala que será *“sin perjuicio de que para los mismos se recaben cuantos informes de legalidad u oportunidad pudieran ser convenientes”*, por lo que el informe sobre la legalidad del texto sólo puede recaer en el servicio competente para ello; esto es, la Subdirección de Asesoría Jurídica, que cuenta con letrados de alta cualificación técnica en la materia y que tiene como una de sus funciones principales la de emitir ese informe.

Coherentemente con lo manifestado, la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, que atribuye al Servicio Jurídico Central del Gobierno Vasco, dependiente de la Viceconsejería de Régimen Jurídico, la condición de centro directivo superior al que corresponde el ejercicio de las funciones de asistencia jurídica previstas en la Ley, no recoge entre sus funciones el asesoramiento jurídico a entes institucionales que cuentan con servicios jurídicos propios para su función de asistencia jurídica.

Ni siquiera se contempla esa posibilidad de asesoramiento mediante la suscripción de los instrumentos de colaboración oportunos, previsión que sí existe con respecto a otras Administraciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco, así como de las sociedades mercantiles, fundaciones públicas y demás entidades con participación del Gobierno Vasco (artículo 2.4), lo cual es lógico, si tenemos en cuenta que Osakidetza es una institución que cuenta con sus propios servicios jurídicos.

Pese a entender que no existe obligación de emitir el informe de legalidad solicitado, se ha decidido emitir un informe a la mayor celeridad posible, en aras a prestar colaboración con la entidad solicitante, pero aunque se está actuando, como se ha puesto de manifiesto, al margen de lo previsto en la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, por aplicación analógica de lo establecido en el artículo 6 del citado texto legal, el informe será únicamente de carácter jurídico y fundamentado en derecho, excluyendo de él valoraciones de oportunidad no fundadas en derecho.

**2.-** Osakidetza, firmante del Convenio, dispone de personalidad jurídica pública diferenciada y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de su objeto y fines, aunque se sujete a la tutela que determine el ordenamiento jurídico en función de su adscripción al Departamento de Salud en la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi (art. 4.1 del Decreto 255/1997, de 11 de noviembre). Sin embargo, la tramitación del expediente se ha llevado a cabo por el Departamento de Salud.

Con el ánimo colaborador que impulsa este informe, entendemos conveniente que se aporte al expediente un texto definitivo de la iniciativa (hay dos provisionales) y que se complete la memoria justificativa con el sustento competencial de los firmantes, y la información sobre las consultas que hayan podido realizarse o sobre las reuniones que hayan podido mantenerse entre los mismos. Asimismo, es necesario que se aporte al expediente todo aquello que permita tener certeza sobre la concreta actuación que se pretende en el ejercicio de las competencias de los entes participantes.

En cuanto a la memoria económica, manifestar que para el ejercicio 2020 el Departamento de Salud sustenta la iniciativa en la dotación de créditos presupuestarios para los contratos programa con Osakidetza. Para el ejercicio 2021 declara que será recogido en los presupuestos de dicho ejercicio, en las partidas correspondientes dentro del contrato programa.

Los contratos-programa son convenios de carácter especial suscritos entre el Departamento de Sanidad y las Organizaciones de Servicios de Osakidetza en los que se regula la actividad y la financiación de estas organizaciones; de hecho, constituyen la principal fuente de financiación de Osakidetza. En ellos se concretan, entre otros aspectos, la estimación del volumen global de actividad en los diferentes servicios sanitarios que las organizaciones ofrecen junto con el nivel de calidad exigible, así como la correspondiente contraprestación económica. Por lo tanto, el objeto del convenio deberá estar incluido en el firmado en el año 2020 o de lo contrario, deberá modificarse a través de la correspondiente Adenda, siempre que existan recursos económicos suficientes y la compra esté en el ámbito que fija para los mismos la Ley de Ordenación Sanitaria de Euskadi.

No obstante, dado el alto coste de la compra y que la colaboración se vislumbra como cauce para financiar interinstitucionalmente la misma, convendría justificar el coste de partida previsto (material y gastos de gestión de materiales – almacenamiento, manipulación, transporte y tramitación) que aparece sin un

mínimo desglose de estimación necesario para evaluar la razonabilidad de la previsión y las obligaciones que se impone a ambas partes.

## II.- OBJETO DEL CONVENIO Y TRAMITACIÓN

Señala la memoria justificativa que, ante un posible rebrote epidemiológico, las administraciones públicas vascas deben dotarse de medios y estrategias eficientes, por lo que se considera necesario que la gestión de la tarea de compra de material sea realizada por un único actor, en este caso Osakidetza. En este sentido, la memoria considera conveniente y necesaria la colaboración institucional que se pretende articular mediante un convenio de colaboración interadministrativo.

Así, con la forma del convenio, el Departamento Foral de Acción Social busca proveerse del material sanitario necesario para hacer frente a posibles necesidades derivadas de una emergencia sanitaria y garantizar el abastecimiento del citado material a la totalidad del sector sociosanitario que se encuentre en el ámbito de las competencias del citado Departamento.

El convenio, en su parte expositiva, sustenta la iniciativa en el Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 21 de julio de 2020, que en su apartado cuarto, establece que las relaciones entre Osakidetza y las entidades que describe en su apartado quinto se regularán mediante la suscripción de los oportunos convenios de colaboración que deberán contener un determinado contenido mínimo que fija. Entre las entidades que describe el Acuerdo figuran las Diputaciones Forales, pero no entidades ni organismos dependientes de ellas, tal y como cita el convenio.

Igualmente, cabe advertir que el expediente no justifica porqué el material es sólo para el sector sociosanitario cuando el Acuerdo del Consejo de Gobierno, de 21 de julio de 2020, en el que se sustenta, se refiere a las Diputaciones Forales, aunque con especial indicación del sector sociosanitario que se encuentre en el ámbito de sus competencias.

Asimismo, resulta digno de mención el hecho de que si bien el convenio se firma con el Departamento Foral de Acción Social, el material se entregará y facturará a las entidades y organismos dependientes de dicho Departamento y a aquellas que se adhieran al convenio, dejando completamente abierta la adhesión, por lo que debería clarificarse a quien va destinado el material.

El Acuerdo, en su punto octavo, dispone que los procedimientos que se tramiten al amparo del mismo se compatibilizarán con el inicio de procedimientos ordinarios de contratación que desde la Dirección General (no se especifica cuál, aunque entendemos que será de Osakidetza), como desde las organizaciones sanitarias pudieran iniciarse para la adquisición ordinaria de los materiales y productos indicados en su anexo I. Finalmente, en el punto noveno se prevé una vigencia temporal del mismo que se extiende cautelarmente hasta el 31 de marzo de 2021 “sin perjuicio de que la superación de la crisis sanitaria y la vuelta a la normalidad del mercado permita dejar sin efecto este Acuerdo y la extinción de los convenios de colaboración con anterioridad a esa fecha”.

En el convenio analizado se dispone que Osakidetza actúa como central de compras en relación con los materiales relacionados en el anexo 2 del Acuerdo del Consejo de Gobierno de 21 de julio de 2020, cuando en realidad debería referirse al “anexo I del citado Acuerdo”. Sin embargo, el argumentario de Osakidetza, tras señalar que la adquisición de forma centralizada del citado material y equipamiento contribuye a racionalizar y ordenar la contratación y compra de los mismos, matiza que el Acuerdo del Consejo de Gobierno no crea una central de compras, tal y como está regulada en los artículos 227 y 228 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), sino que faculta a Osakidetza para adquirir de forma centralizada el citado material con destino a las entidades que cita el acuerdo, de forma voluntaria (no están obligadas a sumarse a la compra de Osakidetza) y vigencia temporal hasta el 31 de marzo de 2020.



Ante esta afirmación, no podemos obviar que Osakidetza tienen el control efectivo de la gestión y ejecución del contrato, paga al adjudicatario y factura a otros entes por el precio del material incrementado en un porcentaje calculado para cubrir gastos de almacenamiento, manipulación, transporte, tramitación y si lo requiere de un nuevo embalaje (no se explica qué tipo de porcentaje será), por lo que podría entenderse que, en este aspecto, actúa con vocación de operador económico con dudoso encaje en sus competencias.

En suma, el convenio no podría englobarse dentro de la categoría de convenios interadministrativos destinada a acordar los términos de la cofinanciación de un contrato administrativo, donde se abordan los extremos relevantes de la gestión económica de un contrato en el que se coordinan las competencias de dos o más administraciones participantes (artículo 116.5 LCSP).

Finalmente, tampoco se desprende con claridad del expediente que estemos ante un supuesto de compra conjunta de la Directiva 2014/24/UE y de LCSP (artículo 31) ya que la cooperación horizontal exige que todas las partes definan en común los objetivos, lo que no sucede cuando en un convenio una parte presta el servicio y otra abona la contraprestación, aunque sea para cubrir los costes.

En conclusión, ni las memorias ni el resto de documentos que conforman el expediente exponen adecuadamente y de forma detallada -o al menos suficiente- los aspectos que ayudan a entender la concreta herramienta de racionalización de la contratación que se quiere utilizar para alcanzar los objetivos propuestos y, en definitiva, su factibilidad o viabilidad para el fin propuesto y su encaje en alguno de los sistemas de racionalización de la contratación.

Por este motivo, consideramos conveniente, por razones de seguridad jurídica y para evitar interpretaciones divergentes, clarificar y unificar los términos del sistema de actuación que se pretende, máxime si tenemos en cuenta que el expediente no aporta explicación alguna al respecto.

Respecto a su tramitación, no compete al Gobierno Vasco su aprobación dado que de conformidad con el artículo 55.1 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, compete al Gobierno Vasco aprobar los convenios entre la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi con sus organismos autónomos, de éstos últimos entre sí o cualquiera de los anteriores con cualquiera de los siguientes: órganos constitucionales del Estado; entes territoriales estatales de las Administraciones Públicas y de las entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de tales sujetos; Universidades Públicas; organismos públicos o autoridades independientes, tales como el Tribunal Vasco de Cuentas Públicas, la Agencia Vasca de Protección de Datos y cualesquiera otros de similar naturaleza en su personificación.

En cuanto a los firmantes del convenio, manifestar que no se cita la norma que habilita al Diputado Foral de Acción Social para firmarlo. Respecto a Osakidetza, tampoco se explica por qué lo firma la Presidenta Consejo de Administración y no el Director General, tal y como aparece en el convenio que se aporta al expediente como antecedente.

### **III. NATURALEZA JURÍDICA Y MARCO NORMATIVO DEL CONVENIO**

Aunque ya ha perdido vigencia el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que cita el convenio y así debería reflejarse, dada la situación actual de la pandemia y las fechas en las que nos encontramos, con el ánimo colaborador al que hemos hecho referencia, analizaremos el texto sometido a informe bajo el prisma normativo de los sistemas de racionalización de la contratación, por si pudiera ayudar al promotor de la iniciativa.

Debemos comenzar señalado que tanto la memoria como el informe jurídico sitúan al convenio que se informa en el ámbito de los convenios definidos en el artículo 47 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) y del artículo 54.1 del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco (*Son convenios los acuerdos con*

*efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común).*

Así, a criterio del departamento consultante, nos hallaríamos en el marco de las relaciones interadministrativas a las que se refiere el artículo 140 de la LRJSP, Ley ésta que en su artículo 143 establece, asimismo, que la formalización de relaciones de cooperación entre Administraciones Públicas requerirá la aceptación expresa de las partes, formulada en acuerdos de órganos de cooperación o en convenios.

De este modo, el artículo 48.3 de la LRJSP, como requisito para la validez de los convenios indica que la *“suscripción de convenios deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera”*.

Por ello, la peculiaridad de los convenios estriba en la colaboración de las partes en la realización de una actividad de interés público común y en que todas están en condiciones iguales. En suma, no podrá ser calificado de convenio administrativo el acuerdo de voluntades que, atendiendo a su naturaleza, tenga la consideración de contrato sujeto a la LCSP.

El artículo 49 de la LRJSP regula su contenido en estos términos:

*“Los convenios a los que se refiere el apartado 1 del artículo anterior deberán incluir, al menos, las siguientes materias:*

- a) Sujetos que suscriben el convenio y la capacidad jurídica con que actúa cada una de las partes.*
- b) La competencia en la que se fundamenta la actuación de la Administración Pública, de los organismos públicos y las entidades de*

*derecho público vinculados o dependientes de ella o de las Universidades públicas.*

*c) Objeto del convenio y actuaciones a realizar por cada sujeto para su cumplimiento, indicando, en su caso, la titularidad de los resultados obtenidos.*

*d) Obligaciones y compromisos económicos asumidos por cada una de las partes, si los hubiera, indicando su distribución temporal por anualidades y su imputación concreta al presupuesto correspondiente de acuerdo con lo previsto en la legislación presupuestaria.*

*e) Consecuencias aplicables en caso de incumplimiento de las obligaciones y compromisos asumidos por cada una de las partes y, en su caso, los criterios para determinar la posible indemnización por el incumplimiento.*

*f) Mecanismos de seguimiento, vigilancia y control de la ejecución del convenio y de los compromisos adquiridos por los firmantes. Este mecanismo resolverá los problemas de interpretación y cumplimiento que puedan plantearse respecto de los convenios.*

*g) El régimen de modificación del convenio. A falta de regulación expresa la modificación del contenido del convenio requerirá acuerdo unánime de los firmantes.*

*h) Plazo de vigencia del convenio teniendo en cuenta las siguientes reglas:*

*1.º Los convenios deberán tener una duración determinada, que no podrá ser superior a cuatro años, salvo que normativamente se prevea un plazo superior.*

*2.º En cualquier momento antes de la finalización del plazo previsto en el apartado anterior, los firmantes del convenio podrán acordar unánimemente su prórroga por un periodo de hasta cuatro años adicionales o su extinción.”*

Y el artículo 50 enumera los trámites preceptivos para la suscripción de convenios y sus efectos, indicando que:

*“1. Sin perjuicio de las especialidades que la legislación autonómica pueda prever, será necesario que el convenio se acompañe de una memoria justificativa donde se analice su necesidad y oportunidad, su impacto económico, el carácter no contractual de la actividad en cuestión, así como el cumplimiento de lo previsto en esta Ley”.*

Ya hemos indicado que la memoria justificativa carece de este análisis que resulta, a todas luces, relevante e imprescindible, como ya hemos visto y veremos a continuación.

Expuesto el régimen jurídico aplicable al Convenio, vamos a examinar el contenido del mismo, comenzando por indicar que el tercer párrafo del artículo 47.1 de la citada Ley dispone que los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. Por lo tanto, el acuerdo adoptado debe revestir el carácter de una cooperación real, elemento que permite diferenciarlo de un contrato público, donde una de las partes realiza una cierta tarea a cambio de una retribución. Además, tratándose de convenios lo que existiría es una cobertura de costes y no de pago de precio (artículos 48.6 y 52.2 de la LRJSP).

Por su parte, el artículo 6 de LCSP “Convenios y encomiendas de gestión”, señala que:

*1. Quedan excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios, cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales celebrados entre sí por la Administración General del Estado, las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, las Entidades locales, las entidades con personalidad jurídico pública de ellas dependientes y las entidades con personalidad jurídico privada, siempre que, en este último caso, tengan la condición de poder adjudicador.*

*Su exclusión queda condicionada al cumplimiento de las siguientes condiciones:*

*a) Las entidades intervinientes no han de tener vocación de mercado, la cual se presumirá cuando realicen en el mercado abierto un porcentaje igual o superior al 20 por ciento de las actividades objeto de colaboración. Para el cálculo de dicho porcentaje se tomará en consideración el promedio del volumen de negocios total u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos soportados considerados en relación con la prestación que constituya el objeto del convenio en los tres ejercicios anteriores a la adjudicación del contrato. Cuando, debido a la fecha de creación o de inicio de actividad o a la reorganización de las actividades, el volumen de negocios u otro indicador alternativo de actividad apropiado, como los gastos, no estuvieran disponibles respecto de los tres ejercicios anteriores o hubieran perdido su vigencia, será suficiente con demostrar que el cálculo del nivel de actividad se corresponde con la realidad, en especial, mediante proyecciones de negocio.*

*b) Que el convenio establezca o desarrolle una cooperación entre las entidades participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común.*

*c) Que el desarrollo de la cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público.*

*2. Estarán también excluidos del ámbito de la presente Ley los convenios que celebren las entidades del sector público con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.*

*3. Asimismo, quedan excluidas del ámbito de la presente Ley las encomiendas de gestión reguladas en la legislación vigente en materia de régimen jurídico del sector público.”*

La normativa expuesta acerca el convenio a un acuerdo entre poderes adjudicadores y obliga a examinar si el texto sometido a informe está fuera de la legislación sobre contratación pública o tiene encaje en la misma, sobre todo en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y en la LCSP, que, como a continuación exponemos, prevén un amplio sistema de herramientas y procedimientos para racionalizar la contratación.

En concreto, el artículo 12 de la Directiva contempla dos supuestos de cooperación entre poderes públicos que conllevan la no aplicación de las Directivas de contratación.

Por un lado, está la cooperación vertical o lo que se conoce como “encargos a medios propios”, y que también se contempla en el artículo 86 de la LRJSP, con una mención al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que hay que entender ahora referido a la LCSP.

Por otro, la cooperación horizontal que, en principio, se podría aplicar a nuestro caso dado que Osakidetza no es medio propio de la Diputación Foral y estamos ante un convenio entre poderes adjudicadores, aunque con los límites que a continuación mencionamos.

El considerando 33 del preámbulo contiene un concepto amplio de cooperación horizontal siempre que esté basada en un concepto cooperador y señala que “los contratos para la prestación conjunta de servicios públicos no han de estar sujetos a la aplicación de las normas establecidas en la presente Directiva, siempre que se hayan celebrado exclusivamente entre poderes adjudicadores, que la aplicación de dicha cooperación esté guiada únicamente por consideraciones de

*interés público y que ninguna empresa de servicios privada se encuentre en una situación ventajosa frente a sus competidores”.*

*Además, añade que “Mientras se hayan contraído compromisos de contribuir a la ejecución cooperativa del servicio público de que se trate, no es necesario que todos los poderes participantes asuman la ejecución de las principales obligaciones contractuales. Además, la ejecución de la cooperación, incluidas todas las transferencias financieras entre los poderes adjudicadores participantes, debe únicamente regirse por consideraciones de interés público.”*

Por lo tanto, la Directiva, frente al concepto más restrictivo de la LRJSP parece admitir un convenio en el que una de las partes realiza una prestación y otra realiza una transferencia financiera, aunque como veremos esto ha sido matizado por el TJUE.

Esta cooperación se encuentra regulada en el apartado cuarto del artículo 12 que señala:

*“Un contrato celebrado exclusivamente entre dos o más poderes adjudicadores quedará fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva, cuando se cumplan todas y cada una de las condiciones siguientes:*

- a) que el contrato establezca o desarrolle una cooperación entre los poderes adjudicadores participantes con la finalidad de garantizar que los servicios públicos que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común;*
- b) que el desarrollo de dicha cooperación se guíe únicamente por consideraciones relacionadas con el interés público, y*
- c) que los poderes adjudicadores participantes realicen en el mercado abierto menos del 20 % de las actividades objeto de la cooperación.”*

En relación con esta cooperación administrativa, el artículo 31 de la LCSP contempla la potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública



vertical y horizontal entre las entidades pertenecientes al sector público, sin que el resultado de esa cooperación pueda calificarse de contractual.

Este artículo debe interpretarse a partir de la jurisprudencia del TJUE, de la que la Sentencia de 28 de mayo de 2020, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung, C-796/18 (ISE), destaca que:

1º. Que el artículo 12, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que autoriza indistintamente a los poderes adjudicadores participantes a realizar, bien sea conjuntamente o bien individualmente cada uno de ellos, una misión de servicio público, siempre que su cooperación permita alcanzar los objetivos que tienen en común.

2º. Que la cooperación entre entidades públicas puede abarcar una actividad de apoyo a un servicio público, siempre que esa actividad de apoyo contribuya a la realización efectiva de la misión de servicio público objeto de la cooperación entre los poderes adjudicadores participantes.

Por consiguiente, concluye que:

*“el artículo 12, apartado 4, de la Directiva 2014/24 debe interpretarse en el sentido de que una cooperación entre poderes adjudicadores puede quedar excluida del ámbito de aplicación de las normas de contratación pública previstas en esta Directiva cuando tal cooperación recaiga sobre actividades de apoyo a los servicios públicos que han de prestar, incluso de forma individual, cada uno de los socios de esa cooperación, siempre y cuando tales actividades de apoyo contribuyan a la realización efectiva de los referidos servicios públicos”.*

Igualmente, es de destacar la reciente Sentencia del TJUE (Sala Novena), de 4 de junio de 2020 (asunto C 429/19) Remondis GmbH, que analiza la

delimitación de figuras para determinar cuando un convenio de cooperación cumple las exigencias para ser un negocio excluido del artículo 12 de la Directiva 2014/24/UE, y que tiene relevancia para entender el artículo 6 de la LCSP que excluye del ámbito de aplicación de dicha Ley a ciertos convenios, al declarar que:

*“El artículo 12, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que no cabe considerar que exista una cooperación entre poderes adjudicadores cuando un poder adjudicador, responsable en su territorio de una misión de interés público, no lleva a cabo íntegramente él mismo tal misión que le incumbe en exclusiva en virtud del Derecho nacional y que requiere la realización de varias operaciones, sino que encarga a otro poder adjudicador, que no depende de él y que es también responsable de esa misión de interés público en su propio territorio, que efectúe alguna de las operaciones requeridas a cambio de una retribución”.*

Por tanto, como ya hemos avanzado, no existe cooperación si hay un mero intercambio; esto es, si la participación de una de las partes se limita al reembolso de gastos. Así, si el poder adjudicador se limita a convocar una licitación en la que las especificaciones y necesidades son las que él mismo ha adoptado, nos encontramos en el marco de la adjudicación de un contrato público ordinario.

En nuestro caso, no se aporta al expediente un programa colaborativo previo donde todas las partes participan y en el que se definen en común sus necesidades y se insertan las prestaciones de todas ellas. Lo que se aporta es un Acuerdo del Consejo de Gobierno, de cuyo contenido junto al del convenio a informar, parece desprenderse que la evaluación y definición de necesidades es unilateral, ya que el poder adjudicador Osakidetza convocará una licitación en la que se mencionarán las especificaciones que él mismo ha adoptado (párrafo 33 de la sentencia). Por lo tanto, de ser así, estaríamos en el marco de la adjudicación de un contrato público ordinario.

En este sentido, para situar el convenio en alguno de los instrumentos de colaboración existentes en nuestro ordenamiento, y a pesar de que el argumentario de Osakidetza niegue que estemos en un supuesto de central de compras, creemos necesarios continuar con el análisis de la Directiva y mencionar, en primer lugar, el considerando 69, 70 y 71 referente a las centrales de compras y el artículo 2.1 de la Directiva, que dispone que a sus efectos, se entenderá por.

*“14) «Actividades de compra centralizadas»: alguna de las formas de actividades siguientes, realizadas con carácter permanente:*

*a) la adquisición de suministros y/o servicios destinados a poderes adjudicadores;*

*b) la adjudicación de contratos públicos o la celebración de acuerdos marco de obras, suministros o servicios destinados a poderes adjudicadores.*

*16) «Central de compras»: un poder adjudicador que realiza actividades de compra centralizadas y, eventualmente, actividades de compra auxiliares.”*

Por su parte, el artículo 36 está dedicado a los catálogos electrónicos, el artículo 37, intitulado “actividades de compra centralizada y centrales de compras” y el artículo 38 sobre la contratación conjunta esporádica.

Según dispone el artículo 218 de la LCSP “*Para racionalizar y ordenar la adjudicación de contratos las Administraciones Públicas podrán concluir acuerdos marco, articular sistemas dinámicos, o centralizar la contratación de obras, servicios y suministros en servicios especializados, conforme a las normas de este capítulo*”

Las centrales de contratación o central de compras son un ejemplo de cooperación dentro del sector público y, al mismo tiempo, de racionalización, eficacia y eficiencia de las adquisiciones de bienes, y se definen según funcionalidad en el artículo 227 de la LCSP. Así, en el apartado primero se señala

que *“Las entidades del sector público podrán centralizar la contratación de obras, servicios y suministros, atribuyéndola a servicios especializados”* y en el apartado segundo que *“Las centrales de contratación actuarán adquiriendo suministros y servicios para otros entes del sector público, o adjudicando contratos o celebrando acuerdos marco y sistemas dinámicos de adquisición para la realización de obras, suministros o servicios destinados a los mismos”*.

La primera opción, la posibilidad de centralizar la contratación de una Administración en un servicio especializado obedece a la potestad de autoorganización las Administraciones Públicas, y la segunda, consistente en contratar para otros órganos de contratación supone una vía de cooperación interadministrativa con muchas ventajas para administraciones con escasa capacidad de gestión.

La Ley no establece ningún procedimiento especial para la contratación por parte de estas centrales, por lo que los procedimientos a seguir son los establecidos con carácter general para cualquier otro órgano de contratación (así lo dispone el artículo 227.3, al decir que *“las centrales de contratación se sujetarán, en la adjudicación de los contratos y acuerdos marco que celebren, a las disposiciones de la presente Ley y sus normas de desarrollo”*).

La posibilidad de centralizar la contratación de una Administración en un servicio especializado es casi obvia y no necesita ser reconocida expresamente porque lo permite la potestad de autoorganización las Administraciones Públicas.

Pero la segunda de las modalidades, la que consiste en contratar para otros órganos de contratación supone ofrecer una vía muy interesante para la cooperación interadministrativa susceptible de aportar enormes ventajas para algunas Administraciones con escasa capacidad de gestión.

La creación de centrales de contratación por las Comunidades Autónomas y el ámbito subjetivo a que se extienden, se efectuará en la forma que prevean las normas de desarrollo de la LCSP que aquellas dicten en ejercicio de sus

competencias (art. 228.1 LCSP. Todo el artículo 228 tiene la consideración de no básico conforme a la Disposición final primera de la LCSP)).

Asimismo, el artículo 228.3 de la LCSP dispone que *“Mediante los correspondientes acuerdos, las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades locales así como los organismos y entidades dependientes de los anteriores, podrán adherirse a sistemas de adquisición centralizada de otras entidades del sector público incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley”*. Esta posibilidad se limita a una sola adhesión por prestación, ya que en ningún caso una misma Administración, ente u organismo puede contratar la provisión de la misma prestación a través de varias centrales de contratación (art. 228.3 in fine).

En el ámbito de la Administración local, las centrales de contratación pueden encontrar su espacio más idóneo, por cuanto la Ley prevé, en su art. 228 LCSP, que las Corporaciones Locales podrán crear centrales de contratación por acuerdo del Pleno. La Diputación Foral de Bizkaia creó y reguló la composición de la central de contratación foral de Bizkaia mediante Decreto Foral 125/2016, de 20 de julio (BOB de 21 de julio de 2016).

No obstante, el apartado décimo de la disposición adicional tercera de la LCSP *“Normas específicas de contratación pública en las Entidades Locales”*, preceptúa que *“Las Entidades Locales, sin perjuicio de la posibilidad de adherirse al sistema estatal de contratación centralizada y a las centrales de contratación de las Comunidades Autónomas y de otras Entidades Locales, tal y como prevé el apartado 3 del artículo 228, podrán adherirse también a las centrales de contratación que creen conforme a esta Ley las asociaciones de entidades locales a que se refiere la disposición adicional quinta de la Ley 7/1985, de 2 de abril, así como a las creadas por la Administración General del Estado”*

Por su parte, el apartado sexto de la disposición adicional segunda de la LCSP señala que *“En los municipios de población inferior a 5.000 habitantes las competencias en materia de contratación podrán ser ejercidas por los órganos que,*

*con carácter de centrales de contratación, se constituyan en la forma prevista en el artículo 228 de la presente Ley, mediante acuerdos al efecto”.*

Asimismo, podrán concertarse convenios en virtud de los cuales se encomiende la gestión del procedimiento de contratación a las Diputaciones provinciales o a las Comunidades Autónomas de carácter uniprovincial.

En nuestra Comunidad Autónoma, el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, regula la contratación centraliza de suministros, obras y servicios, cuya declaración corresponde al Consejo de Gobierno mediante Decreto, tras instruir el expediente la Dirección de Patrimonio y Contratación y a propuesta del titular del departamento competente en materia de Contratación. Estos bienes deben contratarse por las entidades que se indique, en todo caso, con arreglo a lo dispuesto en el Decreto (art. 23) siendo el órgano de contratación el titular del departamento competente en materia de contratación (art. 24).

#### **IV.-CONCLUSIÓN**

**2.1.-** No corresponde a este Servicio la emisión del informe de legalidad solicitado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Ley 7/2016, de 2 de junio, de Ordenación del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco, y en el artículo 3 b) del Decreto 144/2017, de 25 de abril, del Servicio Jurídico del Gobierno Vasco.

**2.2.-** El convenio no se encuentra extramuros de la legislación sobre contratación, aunque no encuentra un acomodo claro en ninguno de los sistemas de racionalización de compra pública descritos, por lo que es necesario que se reformule y que el expediente se complete con una memoria detallada de las fases del sistema de racionalización de compra que se pretenda, tanto sobre la gestión y como sobre la ejecución de la compra, para que, así, el órgano competente para emitir el informe de legalidad determine si la iniciativa se ajusta a derecho.

Este es el informe que emito y que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho, en Vitoria-Gasteiz, a 4 de agosto de dos mil veinte.