

INFORME 12/2022, DE 19 DE SEPTIEMBRE, DEL PLENO DE LA JUNTA ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

OBJETO: ANTEPROYECTO DE LEY DE CREACIÓN DE LA AGENCIA VASCA DE CIBERSEGURIDAD.

I.- ANTECEDENTES.

La Dirección de Régimen Jurídico, Servicios y Procesos Electorales del Departamento de Seguridad ha presentado ante esta Junta solicitud de informe en relación con la propuesta de anteproyecto de Ley de Creación de la Agencia Vasca de Ciberseguridad.

El expediente se tramita a través de la aplicación informática para la tramitación electrónica de procedimientos Tramitagune, con la referencia DNCG_LEY_3728/22_02.

II.- COMPETENCIA.

En primer lugar, el artículo 3. 1 de la Ley 6/2022, de 30 de junio, del Procedimiento de Elaboración de las Disposiciones de Carácter General establece que “se entienden por disposiciones normativas de carácter general las que, cualquiera que sea la materia sobre la que versen, adoptan la forma de ley, decreto legislativo, decreto u orden, y contienen normas jurídicas que innovan el ordenamiento jurídico, sirviendo de fundamento para una pluralidad de actos durante un lapso de tiempo determinado o indeterminado”.

Asimismo, la Junta Asesora de Contratación Pública tiene competencia para emitir informe sobre el anteproyecto de la norma de referencia, por tener ésta incidencia sobre la contratación pública, en base a lo dispuesto en el apartado 1 de la letra a) del artículo 27 del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euzkadi, que dicta:

“Artículo 27.– Funciones consultivas.

En el ejercicio de la función consultiva, corresponde a la Junta Asesora de Contratación Pública las siguientes actuaciones:

a) Informar con carácter preceptivo en los siguientes supuestos:



1.– Los proyectos o anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación pública o que incidan en dicho ámbito, cuya aprobación sea competencia del Consejo de Gobierno o de los Consejeros y Consejeras del mismo.”

A pesar que se trate de un anteproyecto de disposición que tiene por objeto la creación de entidades del sector público, por incidir, también, en la contratación pública, la competencia para la aprobación de este informe corresponde al Pleno de la Junta Asesora, de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 116/2016.

III.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

El Anteproyecto de Ley de creación de la Agencia Vasca de Ciberseguridad, crea dicho organismo como ente público de derecho privado con la finalidad de promover y coordinar la ciberseguridad en el sector público vasco, así como para asistir al sector público foral de los Territorios Históricos y entidades locales de Euskadi.

Hasta a la actualidad, su “antecesor”, el Centro Vasco de Ciberseguridad ha venido ejerciendo sus funciones en el seno de la SPRI- Agencia Vasca de Desarrollo Empresarial, dado que carece de personalidad jurídica. Dicho centro está formado por diferentes Departamentos del Gobierno Vasco y centros tecnológicos. Por este motivo, lo que se busca con la creación de la Agencia es unificar las labores vinculadas a la ciberseguridad.

La principal mención que se realiza en el anteproyecto de Ley a la contratación pública se circunscribe al artículo 12, dentro del Capítulo III relativo a “Régimen de personal, económico-financiero, patrimonial y de contratación”, cuando señala que:

“Artículo 12. Régimen de contratación.

1. La contratación de la Agencia se rige por la normativa vigente en materia de contratos de las administraciones públicas. La Agencia tiene la consideración de medio propio y servicio técnico de las instituciones y los departamentos en que se estructura la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y de los organismos y entidades que dependan de ella y que tengan la consideración de poder adjudicador. Pueden encomendar a la Agencia la prestación de los servicios de ciberseguridad, si procede, de acuerdo con el régimen previsto en los documentos de encargo, que como mínimo debe incluir el alcance del encargo, la previsión de los costes y el sistema de financiación.



2. El órgano de contratación de la Agencia es la Dirección.”

En primer lugar, se hace una referencia genérica a la aplicación de la normativa vigente en materia de contratación. Por ello, se recomienda, en aras del principio de seguridad jurídica, que se realice una mención específica expresa a que en dicha materia a la citada Agencia le es de aplicación la legislación en materia de contratación pública, así como su normativa de desarrollo. En el presente caso, la legislación aplicable es 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 lo sucesivo LCSP.

Otro de los aspectos a analizar, dentro del apartado primero del artículo 12, es el relativo a la consideración como medio propio de la Agencia:

“La Agencia tiene la consideración de medio propio y servicio técnico de las instituciones y los departamentos en que se estructura la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi, y de los organismos y entidades que dependen de ella y que tengan la consideración de poder adjudicador.”

Así las cosas, la propuesta de Acuerdo que se informa tiene como finalidad cumplir con lo dispuesto en el artículo 32.2 de la LCSP, y en la Sección 1ª del Título IV del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

En el apartado 4 del artículo 32 de la LCSP, se indican los requisitos que habrán de cumplir las personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, para tener la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí:

“4. Tendrán la consideración de medio propio personificado respecto de dos o más poderes adjudicadores que sean independientes entre sí aquellas personas jurídicas, de derecho público o de derecho privado, que cumplan todos y cada uno de los requisitos que se establecen a continuación:

a) Que los poderes adjudicadores que puedan conferirle encargos ejerzan sobre el ente destinatario del mismo un control conjunto análogo al que ostentarían sobre sus propios servicios o unidades.

Se entenderá que existe control conjunto cuando se cumplan todas las condiciones siguientes:



1.º Que en los órganos decisorios del ente destinatario del encargo estén representados todos los entes que puedan conferirle encargos, pudiendo cada representante representar a varios de estos últimos o a la totalidad de ellos.

2.º Que estos últimos puedan ejercer directa y conjuntamente una influencia decisiva sobre los objetivos estratégicos y sobre las decisiones significativas del ente destinatario del encargo.

3.º Que el ente destinatario del encargo no persiga intereses contrarios a los intereses de los entes que puedan conferirle encargos.

La compensación se establecerá, por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que depende el medio propio personificado para las actividades objeto de encargo realizadas por el medio propio directamente y, en la forma que reglamentariamente se determine, atendiendo al coste efectivo soportado por el medio propio para las actividades objeto del encargo que se subcontraten con empresarios particulares en los casos en que este coste sea inferior al resultante de aplicar las tarifas a las actividades subcontratadas.

Dichas tarifas se calcularán de manera que representen los costes reales de realización de las unidades producidas directamente por el medio propio.

b) Que más del 80 por ciento de las actividades del ente destinatario del encargo se lleven a cabo en el ejercicio de los cometidos que le han sido confiados por los poderes adjudicadores que lo controlan o por otras personas jurídicas controladas por los mismos poderes adjudicadores. El cálculo del 80 por ciento se hará de acuerdo con lo establecido en la letra b) del apartado 2 de este artículo.

c) Que cumplan los requisitos que establece este artículo en su apartado 2 letras c) y d)".

Por su parte, las letras c) y d) del apartado 2 del artículo 32 de la LCSP, disponen lo siguiente:

"c) Cuando el ente destinatario del encargo sea un ente de personificación jurídico-privada, además, la totalidad de su capital o patrimonio tendrá que ser de titularidad o aportación pública.

d) La condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo deberá reconocerse expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de los siguientes requisitos:



1.º Conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio.

2.º Verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

Los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

En todo caso, se presumirá que cumple el requisito establecido en el número 2.º de la presente letra cuando haya obtenido la correspondiente clasificación respecto a los grupos, subgrupos y categorías que ostente”.

La Sección 1ª del Título IV del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, regula el “Reconocimiento del carácter de medios propios y servicios técnicos “:

Artículo 60 Órgano competente.

En el ámbito del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, las entidades que reúnan los requisitos legalmente establecidos para ser destinatarias de encargos de ejecución obligatoria, deberán obtener previamente el reconocimiento expreso de su carácter de medio propio y servicio técnico de la Administración General o Institucional mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, que determinará el Departamento al que queden adscritas a estos efectos. Esta declaración podrá ser revocada de forma anticipada por decisión fundada del Consejo de Gobierno.

Artículo 61 Procedimiento.

1. El procedimiento se iniciará por el Departamento interesado y en el expediente se integrarán los informes técnicos, administrativos, económicos y jurídicos pertinentes. Su tramitación podrá realizarse simultáneamente con el procedimiento necesario para



acordar la creación de la entidad o la modificación de sus Estatutos o normas fundacionales.

2. En todo caso, en el expediente figurarán los siguientes documentos e informes:

a) Los Estatutos, reglas fundacionales y, en general, los documentos organizativos de los que se deduzca la actividad a la que se dedica la entidad y la ausencia de voluntad propia frente a la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Si la entidad es una Sociedad deberá quedar acreditado de forma expresa que la totalidad del capital social es de titularidad pública.

b) Declaración que acredite que los ingresos de explotación de la entidad provienen, esencialmente, bien de las demás entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, bien de terceros ajenos, siempre y cuando estos ingresos se deriven directamente de decisiones adoptadas por la propia Administración en ejercicio de sus prerrogativas. La información que de soporte a esta declaración debe figurar en la Memoria de las Cuentas anuales de la entidad.

El cumplimiento del requisito anteriormente señalado se podrá acreditar, con carácter subsidiario, mediante aportación de los presupuestos de capital y de explotación de la entidad debidamente aprobados.

c) Informes de la Dirección de Patrimonio y Contratación y de la Oficina de Control Económico.

d) Acreditación de los recursos humanos, organizativos y técnicos de los que dispone la entidad para cumplir con la función encomendada, sin tener que sobrepasar el límite o límites de subcontratación que se establezcan en la legislación básica sobre contratos del sector público.

3. El Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se reconozca la condición de medio propio o servicio técnico, así como la norma de creación o los Estatutos por los que se rija la entidad, se publicarán en la Plataforma Kontratazio Publikoa Euskadin-Contratación Pública en Euskadi, en la que constará además el ámbito de la actividad al que se circunscribirán los encargos.

4. Las entidades declaradas medio propio o servicio técnico deberán comunicar al Consejo de Gobierno, a través del departamento o departamentos de adscripción, los cambios habidos en las circunstancias tenidas en consideración para el reconocimiento



de tal condición, por si hubiera lugar a la revocación o, en su caso, mantenimiento del reconocimiento.”

Así pues, tal y como se establece en la letra d del apartado 2 del artículo 32 de LCSP se deberá reconocer en sus estatutos o actos de creación el carácter de medio propio. Bien es cierto que el mencionado artículo 12 del anteproyecto de ley alude a que *“La Agencia tiene la consideración de medio propio y servicio técnico de las instituciones y los departamentos en que se estructura la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi (...).”* No obstante, resulta preciso puntualizar que, además de dicha mención, de acuerdo con el artículo 32.2. d) 1º de la LCSP será necesaria la conformidad o autorización expresa de dicho organismo.

Por otro lado, consultado el Registro de Contratos (REVSCON) de la Plataforma de Contratación Pública en Euskadi resulta que hasta la fecha no ha existido relación contractual alguna entre Basque Cybersecurity Centre - Centro Vasco de Ciberseguridad y poderes adjudicadores, al carecer este de personalidad jurídica. Dicho esto, nos plantea preguntarnos hasta qué punto tiene sentido considerar como medio propio al ente de nueva creación Agencia Vasca de Ciberseguridad, sabiendo que dicha Entidad actuará, como ha venido haciendo hasta la fecha su “antecesora”, en el cumplimiento de sus funciones y no bajo una relación contractual.

Por otra parte, la Agencia Vasca de Ciberseguridad, al ser de nueva creación, no se encuentra clasificada en el Registro de Licitadores y Empresas Clasificadas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por lo que deberá constar una verificación por parte del Departamento impulsor de que efectivamente cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos que se le pudiesen conferir.

Por otro lado, en el segundo y último de los apartados del artículo 12 de se reconoce a la Dirección como órgano de contratación. Cumpliendo así con las prerrogativas establecidas por la normativa de contratación.

Finalmente, en la primera de las disposiciones adicionales se habla de la *“Cesión a la Agencia de los activos materiales y de personal y subrogación en los contratos y convenios”*. Por lo que a esto respecta, cabe recordar que SPRI es la actual responsable del Centro Vasco de Ciberseguridad. Dicho esto, el Informe Jurídico se posiciona a favor de la cesión a la Agencia de los activos materiales y de personal, no así en la subrogación de los contratos y convenios.



“Es por ello que, si bien la cesión por parte del ente público de derecho privado SPRI-Agencia Vasca de Desarrollo Empresarial a la Agencia Vasca de Ciberseguridad de sus activos materiales y de personal destinados a esta actividad no debieran plantearnos mayores problemas jurídicos que el de su adecuada instrumentalización por los procedimientos previstos tanto en el Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, de aprobación del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi, como en la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca, no cabe predicar lo mismo respecto de la subrogación por la Agencia en los contratos y convenios suscritos por el Centro Vasco de Ciberseguridad, entidad carente de personalidad jurídica.”

En lo que se refiere a los contratos y convenios suscritos, no resulta del todo justificada la no subrogación, de manera que se recomienda buscar alguna vía o mecanismo para garantizar su continuidad.

En relación con todo lo anterior, la redacción del articulado del anteproyecto de ley la cumple con los diferentes preceptos relativos a contratación de la LCSP, así como lo establecido por el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre régimen de contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, a excepción de algunas apreciaciones realizadas.

IV.- CONCLUSIÓN.

En primer lugar, el contenido del anteproyecto de Ley, en aquellos aspectos analizados relativos a la contratación del sector público, observa la legislación de contratación del sector público, debido a que, con carácter general, utiliza la fórmula de someterse a la misma. En consecuencia, recomendamos, realizar una mención específica expresa a la legislación aplicable en materia de contratación pública, así como a su normativa de desarrollo.

En segundo lugar, por lo que respecta a lo señalado en el artículo 12.1 del Anteproyecto de Ley de creación de la Agencia Vasca de Ciberseguridad no vemos motivo para considerarla como medio propio, e invita a cuestionarse, más aún, la necesidad que dispone para considerarlo como tal teniendo en cuenta los antecedentes y la muy probable actuación de la Agencia que lo hará en el ejercicio de sus competencias y no sujeto a una relación contractual. No obstante, suponiendo que continúen con la intención



de actuación como medio propio, será necesario el acuerdo de conformidad del poder adjudicador del que vaya a ser medio propio.

Dicho esto, y esperando se atiendan las precisiones y observaciones que se contienen en este Informe, esta Junta informa favorablemente el Anteproyecto de Ley de creación de la Agencia Vasca de Ciberseguridad.