Nafarroako Gobernua
Gobierno de Navarra
Ogasuneko eta Finantza Politikako Departamentua
Departamento de Hacienda y Política Financiera

Kontu-hartze Orokorraren Zerbitzua
Servicio de Intervención General
Karlos III.a, 4-1. • Carlos III, 4-1º
31002 PAMPLONA/IRUÑA
Tel. 848 42 72 71

Informe de Fiscalización

Ejercicio:	Nº Expediente:	Sociedad:
2022	0090001053	CFNA
Tipo de documento:	Órgano Gestión:	C00009
D3	Centro Contable Informática, Telecomunicaciones e Innovación Pública.	
Tema Expediente:	&Renovación mantenim. Cortafuegos Externos 2022	

INFORME DE REPARO SUSPENSIVO

Tiene entrada en esta Intervención Delegada la propuesta del expediente por el que se aprueba el contrato de renovación del mantenimiento para el año 2022 de los cortafuegos externos de Gobierno de Navarra, por procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, cuya documentación una vez examinada y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101 de la Ley 13/2007 y el artículo 21.2 del Decreto Foral 31/2010, de 17 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de control interno, se emite el presente informe desfavorable, formulando el REPARO que más abajo se detalla, por los motivos que se exponen seguidamente:

El Servicio de Infraestructuras Tecnológicas y Centro de Soporte ha valorado y aprobado la necesidad de renovación de los cortafuegos externos de Gobierno de Navarra, incluido su mantenimiento y actualizaciones para el año 2022 y propone la adjudicación del expediente 0005-CP04-2022-000006, tramitado por procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, a la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España S.A.U., siendo el único proveedor de estas licencias para Gobierno de Navarra, de acuerdo al artículo 75.1.c) de la Ley Foral de Contratos.

Como es sabido, la adjudicación de los contratos debe realizarse, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o restringido, por lo que el empleo del procedimiento negociado sin publicidad por concurrir el supuesto del artículo 75.1.c) de la LFC reviste un carácter excepcional, procediendo cuando es imposible promover la concurrencia porque existen razones técnicas, artísticas o de protección de derechos de exclusiva que comportan que solo una única empresa pueda ejecutar el contrato.

En consecuencia dicho procedimiento debe ser objeto de una interpretación restrictiva y, en todo caso su aplicación está sujeta a dos requisitos acumulativos, por una parte, que existan razones técnicas, artísticas o de derechos de exclusividad y, por otra parte, que esas razones hagan "absolutamente necesaria" la adjudicación del contrato a una empresa determinada.

Lo anterior se desprende del artículo 75.1.c) de la LFCP, siendo aún más restrictiva la

dicción literal del artículo 168 de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que solo autoriza la utilización del procedimiento negociado sin publicidad por razones de exclusividad técnica "cuando NO exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato".

Este precepto es el resultado de la transposición del artículo 32.2.b) de la Directiva 2014/24/UE.

Dicho artículo prevé que se pueda utilizar cuando las obras, suministros y servicios sólo puedan ser proporcionados por un operador económico concreto cuando el objetivo de la contratación sea la creación o adquisición de una obra de arte o actuación artística única, no exista competencia por razones técnicas, o se tengan que proteger derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial, y que estas dos últimas excepciones "sólo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación".
En relación con este supuesto de utilización del procedimiento negociado sin publicidad, hay que tener en cuenta también que el considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE establece que, por sus efectos perjudiciales sobre la competencia, se tiene que utilizar únicamente en circunstancias muy excepcionales; que las excepciones se tienen que limitar a los casos en que la publicación no sea posible, dado que "no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo, porque objetivamente haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato"; y que este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del mismo objeto artístico. Asimismo, determina que la exclusividad también puede surgir por otros motivos, pero que "únicamente las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación", y siempre que "no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación"; y que "los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización **de otros canales de distribución, incluso fuera del Estado** miembro del poder adjudicador, o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional".

Además, este considerando 50 especifica que cuando la situación de exclusividad sea por razones técnicas, se tienen que definir y justificar rigurosamente para cada caso particular; que entre estas razones "hay que citar la práctica imposibilidad técnica que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que sólo estén a la disposición de un único operador económico", y que "pueden derivarse razones técnicas de los requisitos específicos en materia de interoperabilidad o de seguridad que deban cumplirse con el fin de garantizar la idoneidad de las obras, suministros o servicios que vayan a contratarse.
En definitiva, la adjudicación de un contrato al amparo del artículo 75.1.c) de la LFCP fundamentado en la concurrencia de razones artísticas o técnicas, procede cuando es

imposible promover la concurrencia porque objetivamente existe una única empresa o profesional que pueda encargarse de la ejecución del contrato, lo cual se tiene que justificar y acreditar por el órgano de contratación en el expediente. En todo caso, no concurrirá una razón técnica en el sentido de este precepto cuando existan alternativas razonables en el mercado y la exclusividad fuera consecuencia de exigir unos requisitos técnicos los que ya se conoce que sólo se pueden cumplir por una empresa determinada.

La doctrina manifiesta reiteradamente que no puede considerarse suficiente la existencia de una declaración responsable o certificado de exclusividad de la misma empresa, sino que es necesario que el órgano de contratación justifique y acredite la exclusividad por razones técnicas. Tal acreditación puede realizarse mediante un informe técnico en el que se ofrezcan argumentos suficientes como para considerar motivada la concurrencia de una sola empresa. única entidad que puede realizar el objeto del contrato."

Por tanto, a la hora de enfrentarnos a una licitación que pueda tramitarse a través del procedimiento negociado sin publicidad por exclusividad, va a resultar necesario realizar un análisis casuístico para poder comprobar que se dan los requisitos que exige la LFCP y justificar adecuadamente las razones técnicas que impiden al resto de operadores del mercado asistir la necesidad que pretendemos satisfacer con dicho contrato.

A los efectos señalados, sólo consta en el expediente un certificado de PALO ALTO NETWORKS IBERIA S.L. en el que expone que el único integrador reconocido para las soluciones de Palo Alto Networks en el Gobierno de Navarra es Telefónica Empresas.

Esta Intervención Delegada considera que la citada documentación no cumple las exigencias expuestas anteriormente para justificar y acreditar la procedencia del procedimiento negociado sin publicidad.

En primer lugar, no se especifica en cuales de los tres supuestos que contempla el apartado 1 de la letra c) del artículo 75 de la LFCP nos encontramos. Es fácil descartar el primero de ellos (creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única); pero los otros dos supuestos, que no exista competencia por razones técnicas o que proceda la protección de derechos exclusivos podrían a priori darse, ante la falta de concreción en la justificación del procedimiento de licitación elegido.

En segundo lugar, no consta ninguna otra justificación en el expediente, más allá del certificado indicado, anteriormente, en la que se afirma que Telefónica Empresas es el único integrador reconocido para las soluciones de Palo Alto Networks, lo que no implica que otras empresas no puedan realizar la prestación objeto de contrato.
De hecho, es fácilmente constatable la existencia de diversos contratos de servicios de mantenimiento para el firewall Palo Alto mediante procedimiento abierto, en los que se determina como requisito de solvencia técnica la aportación de justificación documental que garantice de los acuerdos con el fabricante PALO ALTO relativo a los derechos, licencias, permisos y autorizaciones, o cualquier otro derecho de propiedad

intelectual para proceder a las actualizaciones de los productos software incluidos o aportación justificación documental de la certificación en firewall de Palo Alto de los técnicos asignado al contrato.

Y, en tercer lugar, porque, como hemos señalado, la utilización de este procedimiento es excepcional, de forma que las causas que lo legitiman son de interpretación estricta y han de justificarse debidamente en el expediente, de manera que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias que justifican la excepción incumbe a quien quiera beneficiarse de ellas. Requisito que no se cumple en el expediente.

En consecuencia, por no resultar acreditado que concurre la causa alegada para tramitar la licitación mediante un procedimiento negociado sin publicidad, se formula reparo suspensivo conforme al artículo al artículo 101.2 apartado d) de la Ley Foral 13/2007, "cuando se hayan omitido requisitos o trámites que pudieran dar lugar a la nulidad del acto, o cuando la continuación de la gestión administrativa pudiera causar quebrantos económicos a la Hacienda Pública de Navarra o a un tercero. "

Pamplona a 1 de junio de 2022

Intervención Delegada

Camino Tellechea