Dirección General
de Telecomunicaciones y Digitalización
Telekomunikazioetako eta Digitalizazioko
Zuzendaritza Nagusia
C/ Cabárceno, 6
31621 SARRIGUREN (Navarra)
Código DIR: A15031078

Gobierno de Navarra
Nafarroako Gobernua
Departamento de Universidad,
Innovación y Transformación Digital
Unibertsitateko, Berrikuntzako eta
Eraldaketa Digitaleko Departamentua

INFORME DE DISCREPANCIA FRENTE AL REPARO INTERPUESTO POR LA INTERVENCIÓN DELEGADA AL EXPEDIENTE 0005-CP04-2022-000006

Con fecha 20 de mayo de 2022 se presentó a la intervención delegada a través de Extr@ la propuesta de adjudicación por procedimiento negociado sin convocatoria de licitación para la contratación de la renovación de los cortafuegos externos de Gobierno de Navarra, incluido su mantenimiento y actualizaciones para el año 2022.

Con fecha 1 de junio de 2022, la intervención delegada presenta un reparo suspensivo al expediente basado, resumidamente, en estos tres argumentos:

> "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.”

Revisado el informe de reparo suspensivo aportado por Intervención, este órgano gestor no está de acuerdo con el mismo, ni en el fondo ni en la forma, y presenta este informe de discrepancia.

En primer lugar entendemos que la interposición de un reparo suspensivo debe ser una última solución utilizada para la intervención para evitar las posibles consecuencias negativas de la incorrecta tramitación de un expediente, para lo cual antes de interponerla, sería conveniente que la intervención delegada solicitara cualquier tipo de información complementaria a fin de intentar solventar cualquier duda respecto de la tramitación de un expediente, máxime cuando el reparo se basa en que “no resulta acreditado que concurre la causa alegada para tramitar la licitación mediante un procedimiento negociado sin publicidad”. Por lo que se indica en el informe de reparo, la intervención delegada ha contemplado que en el expediente de contratación sí obra justificación al respecto, pero no la considera suficiente, y en vez de requerir más información o ponerse en contacto con el órgano gestor, ha optado por interponer el reparo suspensivo, con los radicales efectos que este tiene. Entendemos, y es lo que queremos aportar en este informe de discrepancia, que la actuación está justificada, que se ha aportado documentación que la respalda y que se puede justificar la misma, quizá

con mayor amplitud que la indicada en el expediente, si se considera necesario, y que así lo hubiéramos hecho, si se nos hubiera dado la oportunidad para ello.

En segundo lugar, y en cuanto al fondo del asunto, vamos a responder a las argumentaciones del reparo:

Frente a la primera que indica que “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” hay que indicar que la utilización el procedimiento negociado sin convocatoria de licitación por concurrir el supuesto del artículo 75.1.c) de la Ley Foral de Contratación, lo es por motivos relacionados con la protección de derechos exclusivos, dicha casuística, entendemos, queda acreditada con el certificado de exclusividad presentado por el fabricante “PALO ALTO NETWORKS IBERIA S.L.” que nos remite un certificado de exclusividad para su partner “Telefónica Empresas”, exponiendo que dicha empresa es “el único integrador reconocido para las soluciones de Palo Alto Networks en el Gobierno de Navarra” En este caso, de la documentación aportada se indica la exclusividad lo es frente a las soluciones de Palo Alto en Gobierno de Navarra

Nos guste o no, esta relación es anterior y ajena al Gobierno de Navarra, y nos viene dada, y no podemos alterarla, el único integrador reconocido para las soluciones de Palo Alto Netorks en el Gobierno de Navarra, es el que permite o autoriza el fabricante, al órgano gestor le quedan a su disposición las herramientas administrativas contempladas en la ley de contratos ante el caso de una inadecuada ejecución de las obligaciones contractuales, tanto con el propietario de la solución como con el mantenedor “autorizado” de las mismas.

Entendemos que es evidente que esto tiene que ver con la protección de derechos exclusivos, caso indicado en la letra c) del artículo citado, no con posibilidades técnicas, que es otro supuesto distinto y que en ese caso no opera.

Creemos que, con esto, queda aclarado el supuesto de hecho que concurre en este caso para acudir a dicho procedimiento.

La segunda conclusión que indica la intervención delegada en su reparo es que, 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". Indicando, además, "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"

Ciertamente la prestación objeto del contrato, desde un punto de vista técnico, pueden ser realizadas por otras empresas, pero no desde un punto de vista de derechos de exclusividad. Quizá esta argumentación viene determinada por la falta de aclaración del punto primero, pero ya hemos indicado que la causa de la utilización del procedimiento, no es una causa técnica sino por motivos de derechos de exclusividad. Es esta exclusividad la que impide que otras empresas puedan realizar la prestación objeto del contrato para el Gobierno de Navarra, según consta en el certificado adjunto al expediente.

Entendemos que el certificado de exclusividad presentado por el fabricante es justificación suficiente, y no entendemos eso de aportar "otra justificación en el expediente, más allá del certificado indicado". La exclusividad no la determina el Gobierno de Navarra como poder adjudicador ni se beneficia de ella, como hemos indicado más arriba es anterior y ajena a la relación contractual del poder adjudicador con la empresa contratada y se deriva por las relaciones comerciales de las empresas en el mercado.

Hay que tener en cuenta que este contrato viene de la adquisición de una solución mediante un procedimiento abierto con publicidad comunitaria en la que sí hubo o pudo haber concurrencia técnica entre los distintos operadores económicos, pero una vez adoptada la solución por parte del poder adjudicador, esta se obtiene en las condiciones que se ofertó, entre las cuales está esta que aquí se trata.

En cuanto a lo indicado por la intervención de que “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”,

Entendemos que lo que se ha hecho por parte de la intervención delegada, es alguna consulta en las bases de datos de contratación, pero no sabemos el detalle ni la profundidad de la misma, en cuanto a las circunstancias técnicas que determinan cada caso, ni si las relaciones del fabricante con sus partners en los casos consultados son de exclusividad, de trato preferencial o de qué tipo, pero sí podemos decir que en caso de licitar nuestro procedimiento no podremos obtener más participación que la del partner autorizado para las soluciones integradas en Gobierno de Navarra

Y frente al tercer argumento que indica que 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

Entendemos que la utilización de este procedimiento por parte de esta unidad gestora es excepcional respecto a su volumen de contratación, pero a la vez es recurrente en el mundo de las licencias y mantenimientos de soluciones software propietarias, ya que estas tienen sus propias normas de funcionamiento que, como hemos indicado más arriba, son anteriores y externas a la Administración y las relaciones contractuales establecida por ella.

Efectivamente, el órgano gestor utiliza este procedimiento cuando se acreditan los derechos exclusivos de las soluciones, ya que, precisamente para esos casos está contemplada esta excepción, que hasta ahora se ha venido acreditando con los mencionados certificados de exclusividad emitidos por los propietarios de las soluciones informáticas. Si desde la intervención se considera que dicha acreditación no es suficiente, sería bueno

conocer la forma que, en su opinión, será suficiente para poder acreditar las mismas, ya que la utilizada por el órgano gestor es la práctica habitual en estos casos y es la que aportan los licitadores a las administraciones

Por último, frente al contenido del reparo suspensivo, más allá de las conclusiones presentadas por la intervención delegada, este órgano gestor incluye las siguientes aclaraciones, que hubiera aportado, de haber sido requerido para ello.

- El cortafuegos externo de Palo Alto Networs es la solución tecnológica que dispone Gobierno de Navarra para salvaguardar la seguridad de sus datos. Se trata de la principal barrera lógica que evita que prosperen los ciberataques y otro tipo de amenazas provenientes de internet.

- La adquisición de los actuales cortafuegos externos y su mantenimiento durante los siguientes 4 años, se adjudicó mediante expediente 0005-0400-2018-000009, tramitado por procedimiento abierto superior al umbral comunitario, a la empresa Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España SAU el 6 de junio de 2018, aportando ésta última la solución el 20 de junio de 2018 y su mantenimiento hasta el 19 de junio de 2022, de manera que el equipamiento adquirido incluía una garantía in situ ante incidencias 24x7 con reposición de piezas (RMA) en el siguiente día laborable, durante un plazo de 4 años a contar desde la recepción conforme del mismo, que debía prestar directamente el fabricante mediante modalidad Premium.

- Con motivo de la finalización del periodo de mantenimiento contemplado en el contrato, se debe plantear técnicamente la posibilidad de continuar con la solución adquirida y su mantenimiento o bien proceder a la contratación e implantación de una solución de nueva generación con el mismo objeto. Esta decisión tiene claramente un contenido técnico y no solo económico y pertenece al ámbito de negocio del órgano gestor. En este caso, dado que la solución técnica es todavía operativa y no se ha quedado obsoleta, se ha optado por la continuidad de la misma durante un año más por lo menos, con las implicaciones técnicas que ello conlleva, entre las cuales está el mantenimiento de los sistemas. Es absolutamente necesario mantener este mantenimiento en niveles técnicos muy altos para la seguridad de todos los datos del Gobierno de Navarra, y cualquier decisión técnica al respecto ha de ser

ponderada cuidadosamente por los técnicos correspondientes, que en este caso han optado por la continuidad del servicio que se venía presentado.

- La política de ampliación y mantenimiento de los fabricantes de soluciones TIC suele variar según el fabricante, algunos dejan abierta la puerta a que cualquiera de sus partners autorizados puedan ofrecer el suministro o servicios posteriores y otros la cierran a que sea el partner que ha logrado vender la solución inicial, quien tenga los derechos de exclusividad para renovar el mantenimiento de ese equipamiento para ese cliente.

- En este caso concreto, el fabricante “PALO ALTO NETWORKS IBERIA S.L.” nos remite un certificado de exclusividad para su partner “Telefónica Empresas”, exponiendo que dicha empresa es “el único integrador reconocido para las soluciones de Palo Alto Networks en el Gobierno de Navarra”. Por tanto, queramos o no desde el órgano gestor, el fabricante no va a admitir otro integrador para las soluciones impuestas en Gobierno de Navarra, aunque técnicamente pueda haber empresas capacitadas para hacerlo.

- Se ha propuesto, por tanto, el procedimiento negociado sin convocatoria de licitación por concurrir el supuesto del artículo 75.1.c) de la Ley Foral de Contratación, por motivos relacionados con la protección de derechos exclusivos.

- Una licitación mediante procedimiento abierto sería posible, pero no implicaría mayor concurrencia, por ser la empresa Telefónica quien ostenta el derecho exclusivo por parte del fabricante para poder presentarse a las licitaciones de Gobierno de Navarra, relacionadas con sus productos.

Por todo ello solicitamos en primer lugar que se tenga por acreditada en este caso la utilización del procedimiento negociado sin publicidad ni concurrencia previsto en el artículo 75.1, letra c) de la Ley Foral de Contratos, por motivos relacionadas con la protección de derechos exclusivos y se continúe con la tramitación del expediente

Y en segundo lugar que se aclare si la documentación acreditativa relativa a exclusividad de derechos aportadas por los fabricantes o sus partners es, por si misma, acreditación suficiente para poder utilizar este procedimiento a la hora de la contratación de las licencias y el mantenimiento de las soluciones software propietarias, ya que, aun siendo un procedimiento excepcional, es común para este órgano gestor por el objeto de sus

competencias. Teniendo en cuenta que esta exclusividad es anterior y ajena a la contratación pública y se impone a la administración por parte de los titulares de los derechos, sin que, en principio, la administración pueda modificar dicha situación. Si no fuera así, solicitamos que se indiqué cuál es, a juicio de la intervención, una justificación suficiente al respecto.

[redacted]

El director del Servicio

[redacted]

[redacted]

La Técnica de Administración Pública (Rama jurídica)

[redacted]