

RESOLUCIÓN (Expte. S/DC/0581/16, LICITACIÓN ESA)

Presidente

D. José María Marín Quemada

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D. Fernando Torremocha y García-Sáenz

D. Benigno Valdés Díaz

D. Josep María Guinart Solà

Secretario

D. Tomás Suárez-Inclán González

En Madrid, a 15 de Noviembre del 2016

LA SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con la composición ut supra, ha dictado **RESOLUCIÓN** en el marco del Expediente Sancionador S/DC/0581/16 LICITACIÓN ESA.

Ha sido Ponente el Consejero Don Fernando Torremocha y García-Sáenz.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 23 de Marzo del corriente año 2016 tuvo entrada en esta Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un **escrito de denuncia** (folios 1 a 450) presentado por CELESTIA INGENIERIA DE SISTEMAS S.L., (CELESTIA) contra **(1)** ELEC NOR DEIMOS S.L. (DEIMOS); **(2)** GRUPO TECNOLÓGICO E INDUSTRIAL GMW S.A., y su filial GMW AEROSPACE DEFENSE SAU (GMW); **(3)** ADVANCE RADAR TECHNOLOGIES S.A. (ART); y **(4)** INDRA SISTEMAS S.A. (INDRA) *“por supuestas conductas prohibidas por los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia”*.

En concreto CELESTIA denuncia que *“las empresas mencionadas han dificultado su acceso a una licitación convocada por la Agencia Espacial Europea (ESA) para desarrollar el Sistema Español de Vigilancia y Control Espacial (S3T); al considerar que las empresas denunciadas habrían llegado a acuerdos de exclusividad, formal o de facto, entre sí, para limitar la capacidad competitiva del consorcio liderado por CELESTIA en la licitación mencionada, restringida a empresas españolas”*.

SEGUNDO.- La Dirección de Competencia, el día 26 de Abril solicitó a la Agencia Espacial Europea (ESA) **información** acerca de la mencionada licitación (condiciones de contratación, condiciones técnicas de la licitación; ofertas presentadas; evaluaciones de ofertas realizadas por ESA; y los acuerdos de adjudicación en las diferentes fases), así como información relativa a la posible calificación de DEIMOS y GMW como posibles “*single source*”; definición de mercado de producto en la citada licitación, entre otras cuestiones (folios 475 a 479).

A día de hoy no se he recibido contestación al requerimiento que el día 26 de Abril del 2016 se le hiciera a la Agencia Espacial Europea (ESA).

TERCERO.- La Dirección de Competencia, el día 31 de Agosto solicitó al CENTRO PARA EL DESARROLLO TECNOLÓGICO INDUSTRIAL (CDTI) la **información anteriormente solicita a ESA**, ante la falta de respuesta y teniendo en cuenta su intervención en el proceso de adjudicación (folios 480 a 485). El día 20 de Septiembre tuvo entrada la contestación a dicho requerimiento (folios 491 a 1171).

El día 29 de Septiembre la Dirección de Competencia realizó **un nuevo requerimiento de información** al CENTRO PARA EL DESARROLLO TECNOLÓGICO INDUSTRIAL (CDTI) solicitando “*sus estimaciones acerca del volumen de negocios a nivel mundial, europeo y español de los sistemas del segmento tierra de satélites y cuánto de este volumen de negocios corresponde a las empresas denunciadas*”.

El día 10 de Octubre tuvo entrada la contestación a dicho requerimiento (folios 1178 a 1183 y 1184 a 1963).

CUARTO.- La Dirección de Competencia, el día 24 de Octubre ha elevado a esta SALA DE COMPETENCIA una **Propuesta de no incoación del procedimiento sancionador y, en consecuencia, el archivo de las actuaciones habidas por consecuencia de la denuncia presentada por CELESTIA INGENIERIA DE SISTEMAS S.L., al considerar la inexistencia de indicios de infracción de los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.**

QUINTO.- Este Expediente Sancionador fue turnado a la Ponencia el día 8 de Noviembre del 2016.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Son parte en este Expediente Sancionador

1º en cuanto **denunciante**, CELESTIA INGENIERIA DE SISTEMAS S.L., (CELESTIA o CELIS), empresa constituida en 2014 y centrada en actividades relacionadas con la industria aeroespacial y de telecomunicaciones.

2º y como denunciadas:

- ELEC NOR DEIMOS S.L., (DEIMOS) empresa española creada en 1958 y centrada inicialmente en el sector eléctrico. Actualmente es la matriz de un grupo formado por 80 empresas que desarrollan actividades muy diversas (construcción, energía, medioambiente, transporte, etc.).

DEIMOS es el área tecnológica de LECNOR especializada en el diseño, ingeniería, desarrollo de soluciones e integración de sistemas para los ámbitos del espacio y de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

- GRUPO TECNOLÓGICO E INDUSTRIAL GMW S.A., (GMW) es un grupo empresarial tecnológico de capital privado, con presencia en varios países. Fundado en 1984 ofrece soluciones, servicios y productos en muy diversos sectores: aeronáutica, banca y finanzas, espacio, defensa, sanidad, seguridad, transporte, telecomunicaciones, tecnologías de la información para las administraciones públicas y gran empresa.
- ADVANCED RADAR TECHNOLOGIES S.A. (ART) es una compañía que desarrolla soluciones de radar para seguridad, defensa y en misiones espaciales desde hace más de 20 años. Entre su Grupo de desarrollo de sistemas se encuentran miembros del Grupo de Microondas y Radar (GMR) de la Escuela Superior de Ingeniería (ETSI) de Telecomunicaciones de la Universidad Politécnica de Madrid.
- INDRA SISTEMAS S.A. (INDRA) es una empresa multinacional española que ofrece servicios de consultoría sobre transporte, defensa, energía, telecomunicaciones y servicios del sector público.

SEGUNDO.- La Dirección de Competencia, seguidamente, aborda la concreción del mercado de producto; del mercado geográfico; y finalmente, de la estructura del mercado afectado, del siguiente tenor

A.- Mercado de producto. Las prácticas objeto de la denuncia de CELESTIA se desarrollan dentro del sector aeroespacial y más concretamente en “*el diseño y*

fabricación de sistemas espaciales y otros subsistemas, equipos y servicios relacionados”.

Estos mercados han sido analizados por las autoridades de competencia nacional y comunitaria en diversas ocasiones. En esos casos, se ha distinguido entre los dos siguientes segmentos de actividad: segmento tierra y segmento espacio. Esta distinción se debe a que dentro del segmento tierra se incluyen todos los productos y servicios que son necesarios para apoyar la actividad del segmento espacial y que se venden de forma separada de los sistemas espaciales.

Dentro de cada uno de estos segmentos (tierra y espacio), se ha distinguido a su vez entre (i) satélites, (ii) lanzadores y (iii) transporte espacial e infraestructura espacial.

Los hechos denunciados se enmarcan en una licitación para el desarrollo y fabricación de equipos y sistemas del segmento tierra y, por ello, se centrará la definición de mercado en este ámbito.

En el caso del mercado del segmento tierra de equipos y sistemas, se ha podido diferenciar a su vez tres mercados, sobre la base de la función que los equipos y sistemas de tierra desempeñan y los tipos de clientes finales a los que sirven: para aplicaciones militares, para aplicaciones comerciales y para aplicaciones institucionales.

Así, las aplicaciones militares suelen incluir actividades de reconocimiento, observación de la tierra o así como de comunicación. Las actividades comerciales son eminentemente de tipo comunicación, mientras que actividades civiles institucionales se venden a agencias europeas aeroespaciales (por ejemplo, la ESA) y las agencias espaciales nacionales (ya sean de países miembros de la UE o no) y tienen diferentes usos (ciencia, navegación, observación de la tierra).

Por otro lado, se ha considerado en los precedentes la posibilidad de realizar una distinción funcional, en el caso de equipos y sistemas de tierra, que tenga en cuenta las diferencias entre “productos y servicios para comando y control” y “productos y servicios para explotación de misiones”. En el caso del último segmento (“productos y servicios para explotación de misiones”), éste puede ser además dividido en equipos y sistemas de tierra de satélites para observación de la tierra, navegación y telecomunicaciones, mientras que el primer segmento de mercado (“productos y servicios para comando y control”) comprendería los software de satélite, y realiza funciones de control del satélite, control de la misión y simulaciones.

En el presente caso, las conductas denunciadas por CELESTIA se centran en una licitación para el desarrollo y fabricación de equipos y sistemas de segmento

terrestre para su uso institucional, aunque no es necesario pronunciarse de manera definitiva sobre la delimitación exacta del mercado de producto que comprende la licitación afectada por la denuncia, en la medida que no afecta a las conclusiones del análisis.

B.- Mercado geográfico. De cara a la definición del ámbito geográfico relevante, los precedentes de la Comisión Europea han encontrado que existe una gran dependencia de éste en la naturaleza del cliente al que se destine su fabricación y, concretamente, en el caso de equipos y sistemas de segmento terrestre destinados a fines civiles institucionales, se pueden distinguir los destinados a Agencias Europeas Espaciales -como la ESA-, agencias espaciales nacionales de los Estados Miembros de la UE o bien agencias espaciales nacionales de países no europeos.

El precedente COMP/M. 5168 EADS / SSTL analizó el mercado geográfico haciendo referencia expresa a los programas de ESA (párrafos 18 y 19). Así, el mercado geográfico de equipos y sistemas de segmento terrestre para clientes institucionales basados en programas europeos o de la ESA se ha considerado de **ámbito supranacional y que abarca el espacio económico europeo (EEE)** debido al procedimiento de licitación con el que típicamente trabaja ESA (*“Juste retour”*, retorno justo o retorno geográfico, mediante el cual, el porcentaje de negocio que se destina a los productores de cada país miembro de ESA en los proyectos es básicamente proporcional a la contribución financiera de ese Estado miembro al Organismo).

Por otro lado, los mercados de programas institucionales nacionales son delimitados por este precedente como **nacionales** (dada la fuerte preferencia de las Agencias Nacionales por los productores de su misma nacionalidad) y, en cambio, en el caso de los programas institucionales de gobiernos o agencias espaciales de todo el mundo que no muestran ninguna preferencia en cuanto a nacionalidad del proveedor ni establecen reglas especiales en los procesos de licitación, se ha considerado que el ámbito geográfico relevante **mundial**.

El denunciante considera que el ámbito geográfico relevante es nacional, dado que la licitación se dirige a empresas españolas únicamente. Esta consideración de mercado geográfico sería más restrictiva que la indicada en los precedentes, que aceptan una amplitud de EEE.

En todo caso, a los efectos del presente expediente, no es necesario pronunciarse de forma definitiva sobre la delimitación exacta del ámbito geográfico afectado, en la medida que no modifica las conclusiones del análisis.

C.- Estructura del mercado afectado. La facturación anual mundial del sector espacial, de acuerdo con estimaciones de CDTI, se podría encontrar en torno a

268.000 millones de euros, de los cuales en torno a 99.700 millones de euros corresponderían al segmento terrestre, es decir, un 37%. En Europa la facturación del sector aeroespacial supuso en 2015 unos 7.450 millones de euros, de los que unos 2.756,5 millones de euros corresponderían al segmento terrestre. En España, la facturación total en 2015 fue de unos 750 millones de euros, de los cuales 122,4 millones de euros se debieron al segmento terrestre específicamente (folio 1179).

La principal institución europea que adquiere este tipo de productos y servicios es la ESA (junto con los gobiernos nacionales). Los “compromisos” de adquisición de productos y servicios aeroespaciales en general por parte de ESA en 2015 supusieron 4.205 millones de euros y de éstos el 4,42% correspondió a España (186 millones de euros).

Según estimaciones de CDTI, los compromisos de ESA en equipos y subsistemas de segmento terrestre en España supusieron 61 millones de euros en 2015. Las empresas denunciadas suponen (sumando los contratos de todas ellas, INDRA, DEIMOS, GMV y ART) el [10-20] % de los compromisos de ESA en 2014 y el [20-30]% en 2015.

TERCERO.- Los hechos denunciados se enmarcan en orden a la licitación convocada por la Agencia Espacial Europea; los acuerdos entre INDRA y las empresas GMW, DEIMOS y ART; ofertas realizadas y subcontrataciones.

A.- La licitación afectada por la denuncia se enmarca en el Programa SSA (*Space Situational Awareness* de ESA), iniciado en 2009, que es una iniciativa de ESA para lograr la autonomía de Europa en el acceso a datos e información precisa con el objetivo de detectar objetos que viajan por el espacio. Su principal misión es prevenir los peligros de colisión de objetos que orbitan la tierra. Este programa consta de tres componentes:

- *Space Weather* (SWE), que monitoriza el sol, el viento solar, etc.
- *Near Earth Objects* (NEO) que detecta objetos naturales, como asteroides o cometas, que podrían impactar con la tierra
- *Space Surveillance and Tracking* (SST), que detecta, cataloga y predice la órbita de objetos que orbitan alrededor de la tierra, en especial la llamada basura espacial (*Space debris*). Su función se realiza con radares y óptica ya en poder de ESA, pero actualmente se está desarrollando la segunda fase de este proyecto SST (que concluye en 2016), que pretende complementar al material ya existente, para finalmente llegar a una tercera fase entre 2016-2019. En España, el segmento SST se desarrolla a través del llamado Sistema Español de Vigilancia y Control Espacial “**Proyecto S3T**”

Los hechos denunciados se producen en relación con el procedimiento de licitación del desarrollo de S3T, que se enmarca en un Acuerdo entre el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (MINETUR) y ESA, firmado el 18 de marzo de 2015 (folio 60). De acuerdo con una presentación del CDTI, este proyecto está “financiado por el MINETUR vía ESA con 21,3 millones de euros” (folio 47). Por otro lado, el CDTI es el organismo escogido por el MINETUR para implementar el acuerdo (folio 97).

La licitación del S3T, por tanto, supone un montante total de 21,3 millones de euros para un proyecto complejo, dividido en 2 fases, que se ha de desarrollar en 2 años, ya que la finalización de la Fase 2 se prevé para diciembre de 2017 (folio 63).

Los proyectos que se desarrollan en el marco de ESA se adjudican frecuentemente respondiendo a una licitación en la que se aplica el principio de “retorno justo” (folios 14, 15, 63).

Las características de la licitación de S3T son:

- Se obtendrá un solo contrato pero dividido en diferentes objetivos y fases
- Licitación abierta, pero limitada a la industria española. Todas las empresas adjudicatarias deben ser españolas incluyendo todos los niveles de subcontratación (folio 97).
- Las propuestas presentadas deben cubrir la totalidad de las actividades con una empresa “prime” que, en todo caso, será la responsable de los subcontratistas

B.- CELESTIA denuncia la existencia de un acuerdo entre INDRA y las empresas GMV, DEIMOS y ART, que le ha excluido de la licitación reseñada, impidiéndole presentar una oferta de acuerdo con las condiciones de ésta, principalmente en lo que se refiere a poder presentar una oferta de consorcio de empresas españolas.

CELESTIA, el 25 de mayo de 2015, solicitó a GMV y DEIMOS que le remitieran, antes del 10 de junio de 2015, sus ofertas para la realización de una serie de actividades para las que ambas empresas estaban capacitadas de cara a la licitación para el S3T, con el fin previsible de acudir a ésta en forma de consorcio de empresas liderada por ella misma (folios 202-208).

El denunciante señala que tanto GMV como DEIMOS son empresas españolas activas en el sector de proceso de datos y sensores ópticos, respectivamente, y que poseen experiencia previa en realizar trabajos para ESA (folios 11-15).

El denunciante defiende que GMV y DEIMOS son las únicas empresas nacionales que disponen de conocimientos, tecnología y capacidad para acometer las actividades para las que CELESTIA les había solicitado participación en el contrato y, sin cuya ayuda, no podría llegarse a competir por la adjudicación de éste.

Para apoyar su argumentación, CELESTIA indica que DEIMOS y GMV deben ser consideradas “*Single source*” conforme a la normativa de ESA.

Por otra parte, según lo mencionado en la Parte 2. A .3 “Certificación de Libre Competencia” punto D de las Provisiones generales y Principios para la Presentación de Licitaciones (GCT, *General Provisions for Tender*). Esta Certificación está entre la documentación que debe ser entregada firmada en la oferta para licitar y obliga a las empresas concurrentes a garantizar, entre otras cuestiones, que el ofertante no ha entrado en ningún acuerdo de exclusividad con otras empresas que suponga restringir la competencia debido a razones como ser fuente única de suministro desde un punto de vista técnico u otras razones (folios 5, 917).

Tanto INDRA como CELESTIA presentaron a su debido tiempo este documento de “Certificación de Libre Competencia” firmada en nombre propio y de las empresas de sus respectivos consorcios, en el marco de sus ofertas en esta licitación de S3T.

Cabe decir que en esa misma normativa, mencionada en los párrafos anteriores, se indica:” *En caso de duda sobre la aplicación de lo anterior, el licitante debe buscar clarificación contactando por escrito con el “Contract Officer” nombrado por la Agencia*” (folio 917). No consta en el expediente que el denunciante realizara esa comunicación escrita para confirmar si GMV, DEIMOS o alguna otra empresa tenían la calificación o consideración de “*single source*” de cara a la licitación en cuestión.

A este respecto, es relevante señalar que el CDTI, al ser preguntado por esta Dirección de Competencia sobre si DEIMOS o GMV tendrían la consideración de “*single source*”, respondió que la ESA no identificó en las condiciones técnicas de licitación (SOW) que existiera ninguna tecnología necesaria y catalogada como tal (ni de DEIMOS, ni de GMV ni de ninguna tercera empresa) pero que “*no obstante, como se ha indicado, era posible ofertar utilizando otras tecnologías*” (folio 493).

CELESTIA sostiene que tras la solicitud de sus ofertas (folios 202-205 y 206-208), tanto DEIMOS como GMV rechazaron de forma no escrita la posibilidad de realizar las actividades requeridas para el consorcio liderado por CELESTIA (folio 4).

Posteriormente, el 9 de junio de 2015, DEIMOS sí respondió positivamente, al menos mediante un correo electrónico, en el que señalaba que hacía oferta con su aportación no ya al SEN-NET completo (como le solicitaba CELESTIA en la *Request of Proposal* (RFP), sino *“oferta para la contribución a ese SEN-NET en relación a nuestros sensores y por tanto, es una contribución a las tareas de sensores A.2 y A.4.3 y no una oferta para dichas tareas globales. No podemos responder a una RFP más general de esas tareas como ya os habrán indicado”* (folio 5, 209).

El denunciante afirma que la respuesta de DEIMOS hace referencia a un material que no podían negarles, al tratarse de telescopios que ya integran el sistema español SST y que los representantes de DEIMOS, en conversaciones posteriores, aclararon que la imposibilidad de mayor cooperación se debía a un acuerdo de exclusividad con INDRA (folio 5).

C.- Tras esto, CELESTIA buscó otras opciones y presentó su oferta contando en su consorcio con la colaboración de TTI NORTE, así como con la empresa ART (folio 6). La oferta presentada por INDRA incluía en su consorcio a las empresas DEIMOS y GMV (folio 6).

Tras la presentación de ofertas, ESA realizó la adjudicación del contrato de forma fraccionada, de modo que adjudicó al Consorcio liderado por INDRA los bloques 1A y 2A (ingeniería del sistema, diseño de SSTOC, diseño del radar de vigilancia S3TSR, la integración de red de sensores SE-NET y el desarrollo de una primera versión del SSTOC, folio 3). Por otro lado, el bloque 1B fue adjudicado tanto a INDRA como a CELESTIA (diseño final de radar de vigilancia S3TSR y su fabricación a escala) y ESA dejó pendiente de adjudicar el bloque 2B (desarrollo y validación de radar de vigilancia S3TSR), en función de cómo resolviesen los dos Consorcios el Bloque 1B (folio 6).

El consorcio liderado por CELESTIA contó, por lo tanto, con la participación de TTI NORTE y de ART, empresa que tenía asignada la responsabilidad de diseño (y posterior desarrollo en caso de adjudicación) del software del procesador de radar y el algoritmo de seguimiento, lo que implica su cooperación en las fases 1B y 2B del proyecto (folio 7).

Sin embargo, el denunciante señala que ART, a pesar de colaborar para la fase 1B, posteriormente le comunicó verbalmente en una reunión su intención de no participar de cara a la fase 2B, según el denunciante porque *“había llegado a un acuerdo con INDRA para no participar en la Fase 2 B en el consorcio de CELIS”* (folio 7). En consecuencia, CELESTIA y TTI NORTE requirieron formalmente a ART para que cumpliera sus obligaciones contractuales mediante una notificación notarial en fecha 25 de enero de 2016 (folios 263-270).

Ante la falta de respuesta de ART, y al serle requerida por ESA la documentación firmada en el marco de los documentos de la licitación, CELESTIA entregó la documentación requerida en la licitación para la Fase 2B pero sin la firma de ART. Por su parte, con fecha 4 de febrero de 2016, ART comunicó a CELESTIA con copia a los responsables de ESA y CDTI su no concurrencia en la Fase 2B (folio 288).

Posteriormente, la empresa ART ha subcontratado con INDRA para participar en su consorcio (folio 492).

La Dirección de Competencia preguntó al CDTI, en su calidad de organismo encargado de la supervisión de la licitación, si el cambio de Consorcio por parte de ART podía afectar a los criterios de libre competencia establecidos en las Condiciones generales de Contratación de ESA. El CDTI señaló que *“se ha descartado que este cambio de consorcio pueda afectar a los criterios de libre competencia establecidos en las Condiciones Generales de Contratación, tanto por la propia ESA como por sus Comités externos de Apelación”* (folio 492).

CELESTIA, ante la adjudicación de parte del proyecto al consorcio liderado por INDRA realizó, el 15 de marzo de 2016, una reclamación ante el Jefe del Departamento de licitaciones de ESA (HPD) y posteriormente, el 29 de abril de 2016, solicitó iniciar el procedimiento interno de ESA para la verificación del cumplimiento de las reglas de contratación (controlado por el llamado *ESA Procurement Review Board*, ESA PRB).

El 8 de junio de 2016 se emitió la Decisión 2/2016 de ESA PRB (folios 469-474). En ella se señala que si bien el Comité de Evaluación de licitaciones de ESA no debería haber evaluado una licitación incompleta (refiriéndose a la oferta de CELESTIA, que carecía de la firma de ART), el propio comportamiento “ambiguo” del denunciante (en palabras de ESA PRB) instaba a la evaluación de su oferta por parte del Comité de Evaluación de licitación de ESA.

En la decisión de ESA PRB se señala de manera inequívoca que no existe base para ordenar la modificación del Informe de evaluación de la licitación ni tampoco para cancelar o posponer la fase 2B del proyecto S3T ni para suspender la firma del contrato con la empresa adjudicataria, que ESA PRB considera adecuadamente concedida a INDRA (folio 470).

Ante la reclamación por parte de CELESTIA sobre la necesidad de investigar a INDRA *“para verificar las violaciones de la normativa de ESA sobre la “Certificación de Libre Competencia”* también se indica en la citada Decisión que ESA PRB considera que el Comité para la Evaluación de las licitaciones no tenía indicios para pensar que no se cumplían las condiciones de “Certificación de libre Competencia” que se requieren en las Condiciones Generales de Remisión y Presentación de las ofertas en la Licitación, por cuanto ambos licitantes presentaron los documentos preceptivos firmados. CELESTIA incluso lo

presentó en su nombre y en el de TTI NORTE y ART, teniendo en cuenta que para entonces ya conocía la no participación de ART en su proyecto (folio 474).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia en su Artículo 1 dispone que

1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en:

- **a)** La fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio.
- **b)** La limitación o el control de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones.
- **c)** El reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento.
- **d)** La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- **e)** La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

2. Son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que, estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley.

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

- **a)** Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

- **b)** No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
- **c)** No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

-----0-----

El Artículo 2 dispone que

1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

2. El abuso podrá consistir, en particular, en:

- **a)** La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos.
- **b)** La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de las empresas o de los consumidores.
- **c)** La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- **d)** La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloque a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.
- **e)** La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

3. La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal.

-----0-----

El Artículo 3 dispone que la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

SEGUNDO.- CELESTIA considera que GMV, INDRA y DEIMOS ostentan una posición de dominio en el mercado examinado y sustenta tal afirmación en el hecho que estas empresas hayan colaborado anteriormente en proyectos ESA.

Sin embargo, conforme a las cifras aportadas por CDTI en relación con la contratación realizada por ESA con empresas españolas en el segmento terrestre en los años 2014 y 2015, el peso de GMV, INDRA y DEIMOS en este mercado afectado de equipos y sistemas del segmento terrestre para clientes institucionales, incluso si se delimita a nivel nacional, sería relativamente reducido y no alcanzaría el 30%, lo que en principio permitiría descartar la existencia de una posición de dominio de estas empresas e impediría la aplicación del artículo 2 de la LDC en este caso.

No obstante, incluso si se justificase la existencia de una posición de dominio de GMV, INDRA o DEIMOS en el mercado afectado, a juicio de la Dirección de Competencia, no existen indicios de que la negativa de GMV o DEIMOS a contratar con CELESTIA suponga un abuso de posición de dominio.

En este sentido, como consecuencia del principio de libertad de empresa, en principio GMV y DEIMOS tienen derecho a subcontratar su tecnología con la empresa que deseen, incluso si esta tecnología está especialmente bien posicionada para hacerse con una determinada licitación, siempre que la misma no constituya un input esencial para concurrir a dicha licitación.

A pesar de que el denunciante defiende que las tecnologías de GMV y DEIMOS son “*single source*” de cara a la licitación del S3T de ESA, la información que consta en el expediente indica lo contrario, teniendo en cuenta los pronunciamientos de ESA y CDTI, así como la propia conducta de CELESTIA, que no siguió el procedimiento indicado en las Provisiones Generales y Principios para la Presentación de Licitaciones y no contactó por escrito con el *Contract Officer* de ESA para tener una confirmación oficial sobre si las empresas

que no aceptaban contratar con él eran o no “*single source*” de cara a la licitación de S3T.

Muy al contrario, ante la falta de respuesta de GMV y de DEIMOS a su solicitud de ofertas, el denunciante fue capaz, en breve espacio de tiempo, de encontrar otras dos empresas (ART y TTI NORTE) con las que sacar adelante un proyecto para presentar a la licitación de S3T y, de hecho, CELESTIA resultó adjudicatario de la fase 1B junto con INDRA.

De esta manera, que CELESTIA no fuese adjudicatario de las fases 1A y 2A de la licitación de S3T no es un indicio suficiente de la existencia de una negativa de suministro abusiva en este caso, pues los propios actos de CELESTIA han demostrado que podía concurrir a la licitación, sin llegar a ser descartada de la misma por motivos de falta de capacitación técnica o tecnológica.

Por lo tanto, la Dirección de Competencia considera que en el presente expediente no existen indicios de una infracción del artículo 2 de la LDC por parte de GMV, INDRA o DEIMOS.

Por otro lado, el denunciante señala que existe un acuerdo de exclusividad entre DEIMOS, GMV e INDRA que vulneraría **el artículo 1 LDC**.

En relación con este punto, conviene destacar que, sin necesidad de entrar a valorar la realidad o alcance de este supuesto acuerdo de exclusividad, la Dirección de Competencia no aprecia la existencia de indicios de una infracción del artículo 1 de la LDC como consecuencia de esta supuesta exclusividad.

En particular, conviene recordar que los acuerdos de exclusividad no son per se anticompetitivos, especialmente cuando pueden ser necesarios para poder concurrir a una licitación que demanda múltiples tecnologías, a través de una unión temporal de empresas que permita cumplir con los requisitos técnicos de la licitación.

Efectivamente, DEIMOS y GMV forman parte del consorcio que se presenta a la licitación bajo el liderazgo de INDRA, pero nuevamente, esto no va más allá de la libertad razonable que tienen las empresas para escoger con quien desean contratar u ofrecer sus servicios.

Al igual que se ha indicado en relación con la supuesta infracción del artículo 2 de la LDC, los pronunciamientos de ESA y CDTI, así como la propia conducta de CELESTIA, indican que la tecnología de DEIMOS y GMV no era imprescindible o necesaria para concurrir a la licitación de S3T.

Por lo tanto, el supuesto acuerdo de exclusividad entre INDRA, DEIMOS y GMV no es apto para distorsionar significativamente la competencia en la licitación de

S3T y, por lo tanto, no existen indicios de que sea contrario al artículo 1 de la LDC.

CELESTIA considera que también existe una infracción del artículo 1 LDC en el hecho de que ART, inicialmente participante del consorcio con CELESTIA y TTI NORTE, haya incumplido supuestamente el contrato que tenía y se haya retirado de la fase 2B del proyecto liderado por CELESTIA, para pasar a ser subcontratista en el consorcio de INDRA.

En este caso, la Dirección de Competencia considera que existe un conflicto bilateral entre CELESTIA y ART, por un supuesto incumplimiento contractual, que no tiene suficiente trascendencia como para poder afectar al interés público de la libre competencia y suponer una infracción del artículo 1 de la LDC.

En particular, según la decisión de ESA PRB de 8 de junio de 2016 anteriormente citada, el consorcio liderado por INDRA habría ganado en todo caso la licitación, incluso si ART hubiese permanecido en el consorcio de CELESTIA.

De esta manera, el supuesto acuerdo entre INDRA y ART para que la segunda se saliese del consorcio de CELESTIA no habría sido apto para modificar el resultado de la competencia entre ambos consorcios de cara a la fase 2B de la licitación de S3T.

Por ello, en este caso estamos ante una controversia comercial entre CELESTIA y ART que debe dirimirse en la jurisdicción ordinaria y no ante la CNMC.

Por último, la aplicación del **artículo 3 LDC** requiere según su literal, no sólo que los hechos denunciados constituyan un acto de competencia desleal, sino que también estas conductas provoquen el falseamiento de la libre competencia y que afecten al interés público.

El denunciante considera que el precepto infringido de la Ley 3/1991 de 10 de enero, de Competencia Desleal, es el artículo 14, que versa sobre la inducción a la infracción contractual, supuestamente porque INDRA habría inducido a ART a infringir su contrato con CELESTIA.

Sin necesidad de entrar a valorar si existe un acto de competencia desleal en este caso, la Dirección de Competencia considera que en el mismo no se ve afectado el interés público de la libre competencia, especialmente porque, como se ha indicado anteriormente, este supuesto incumplimiento contractual no habría sido apto para modificar el resultado de la competencia entre los consorcios liderados por INDRA y CELESTIA de cara a la fase 2B de la licitación de S3T.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación, esta SALA DE COMPETENCIA de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en la Sesión celebrada en el día de hoy 15 de Noviembre del 2016

HA RESUELTO

ÚNICO.- Asumir la Propuesta que le ha elevado la Dirección de Competencia y, en consecuencia, declarar la no incoación de Procedimiento Sancionador y el archivo de las actuaciones habidas por consecuencia de la denuncia presentada por CELESTIA INGENIERIA DE SISTEMAS S.L., al considerar la inexistencia de indicios de infracción de los Artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

Comuníquese esta Resolución a la Dirección de Competencia y notifíquese fehacientemente a la totalidad de partes interesadas en este Expediente, haciéndoseles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en esta vía previa administrativa, pudiendo hacerlo en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente día al de su notificación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: la Audiencia Nacional.