

Roj: **SAN 495/2020** - ECLI: **ES:AN:2020:495**Id Cendoj: **28079230062020100029**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **07/02/2020**Nº de Recurso: **36/2017**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**Ponente: **MARIA JESUS VEGAS TORRES**Tipo de Resolución: **Sentencia****AUDIENCIA NACIONAL****Sala de lo Contencioso-Administrativo****SECCIÓN SEXTA****Núm. de Recurso:** 0000036 /2017**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO**Núm. Registro General:** 00368/2017**Demandante:** Celestia Ingeniería de Sistemas SL.**Procurador:** D. JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ MÚGICA**Demandado:** COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA**Codemandado:** GMV AEROSPACE AND DEFENCE SAU, INDRA SISTEMAS SA**Abogado Del Estado****Ponente Ilmo. Sr.:** D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES****SENTENCIA N.º:****Ilma. Sra. Presidente:**

D.ª. BERTA SANTILLAN PEDROSA

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. FRANCISCO DE LA PEÑA ELIAS

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. **MARIA JESUS VEGAS TORRES**

Madrid, a siete de febrero de dos mil veinte.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 36/17, seguido a instancia de la mercantil "**Celestia Ingeniería de Sistemas SL.**", representada por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio Fernández Múgica, frente a la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 15 de noviembre de 2016 por la que se acuerda no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por la recurrente contra ELEC NOR DEIMOS SL, GRUPO TECNOLÓGICO E INDUSTRIAL GMW y su filial AEROSPACE DEFENSE SAU, ADVANCE RADAR TECHNOLOGIES SA. (ART) e INDRA SISTEMAS SA., por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 1572007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Ha sido parte demanda la Administración del Estado, asistida y representada por el Abogado del Estado y se han personado en las actuaciones como codemandadas INDRA

SISTEMAS SA representada por el procurador D. Juan Antonio Velo; la mercantil GMV AEROSPACE AND DEFENCE SAU, representada por el procurador D. Domingo José Collado Molinero.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-administrativo frente a la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ( CNMC) de 15 de noviembre de 2016 por la que se acuerda no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por la recurrente contra ELECNOR DEIMOS SL, GRUPO TECNOLÓGICO E INDUSTRIAL GMW y su filial AEROSPACE DEFENSE SAU, ADVANCE RADAR TECHNOLOGIES SA. (ART) e INDRA SISTEMAS SA., por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1,2 y 3 de la Ley 1572007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia precedente, formalizando demanda en la que se terminó suplicando que se dictara Sentencia por la que :

(i) Declare no ajustada a derecho la resolución de la CNMC por la que se acordó la no incoación de procedimiento sancionador y el archivo de las actuaciones habidas como consecuencia de la denuncia de CELESTIA INGENIERÍA DE SISTEMAS, S.L. al considerar la inexistencia de indicios de infracción de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007.

(ii) En consecuencia, condene a la CNMC a proceder a la incoación de expediente sancionador de conformidad con la denuncia presentada por nuestra representada.

(iii) Todo ellos con la expresa imposición de las costas de este procedimiento a la administración demandada.

**SEGUNDO.** - La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

**TERCERO.-** Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en autos, se confirió traslado a las partes para la presentación e conclusiones escritas, verificado lo cual quedaron las actuaciones concluidas y pendientes de señalamiento para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto se señaló el día 18 de diciembre de 2019, fecha en la que se inició, concluyéndose la deliberación el 15 de enero.

Ha sido Ponente la Ilma Sra. Magistrada D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Jesús Vegas Torres, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** Es objeto de impugnación en el presente procedimiento la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 15 de noviembre de 2016 por la que se acuerda no incoar procedimiento sancionador y archivar las actuaciones seguidas como consecuencia de la denuncia presentada por la recurrente contra ELECNOR DEIMOS SL, GRUPO TECNOLÓGICO E INDUSTRIAL GMW y su filial AEROSPACE DEFENSE SAU, ADVANCE RADAR TECHNOLOGIES SA. (ART) e INDRA SISTEMAS SA., por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1,2 y 3 de la Ley 1572007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

**SEGUNDO:** Disconforme con la resolución recurrida la parte recurrente opone que carece de motivación y que vulnera las determinaciones del artículo 49 la Ley 15/2007 por cuanto que, habiendo considerado precisa la obtención de información tanto de la Agencia Espacial Europea como del Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CTDI), acordó finalmente dictar resolución de no incoación de expediente sancionador por considerar que no existían indicios de las infracciones denunciadas a pesar de no haber dispuesto de toda la información previamente requerida ya que la ESA no contestó al requerimiento que fue realizado y el CDDTI contestó solo de manera parcial al primero de los requerimientos, por lo que la CNMC no dispuso para su examen de las ofertas de los licitadores, de las Evaluaciones de la ESA y de las ofertas presentadas en las distintas fases de licitación por los consorcios recurrentes y adjudicatarios ni de los Acuerdos de adjudicación por la ESA de las distintas fases de la licitación.

Añade que existen indicios suficientes de vulneración de las determinaciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007 por existencia de abuso de posición de dominio por cuanto las empresas denunciadas son líderes en las actividades del segmento del mercado terrestre de satélites para uso institucional y porque la posición de dominante de GMV y DEIMOS deriva de su consideración como "single source" o "proveedor único" de soluciones para el diseño y desarrollo del SSTOC (en el caso de DMV) y para la integración de la red de sensores (en el caso de DEIMOS) en relación a la licitación convocada por la ESA en el marco del Programa SSA para el desarrollo del S3T. Por todo ello afirma que la conducta tanto de GMV como de DEIMOS tiene un carácter claramente abusivo al negarse a atender la petición de CELIS y, con ello, a suministrar al consorcio por



ésta liderado, caso de resultar adjudicatario, los sistemas y equipos objeto de las respectivas peticiones de oferta. Explica que tanto Indra como GMV y DEIMOS eran perfectamente conocedoras de las condiciones de la petición de oferta lanzada por la ESA y que la finalidad de la exclusiva negociada con INDRA era, precisamente, evitar que pudiera llegar a presentarse cualquier otra oferta y, con ello, asegurarse la adjudicación del contrato.

Por lo demás denuncia la vulneración de las determinaciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia. Expone que el acuerdo entre INDRA, GMV y DEIMOS tiene un objeto o finalidad anticompetitiva cual es impedir que dos de los participantes en el acuerdo, GMV y DEIMOS, suministren sus productos y servicios a CELIS o a cualquier otra empresa que pudiera concurrir con INDRA en la adjudicación del contrato convocado por la ESA y que igual consideración ha de tener el acuerdo entre INDRA SISTEMAS y ART.

Explica que el acuerdo entre INDRA y ART infringe también las determinaciones del artículo 3 de la Ley 15/2007 porque ART se había comprometido con CELIS y TTI a integrarse en el Consorcio, ofertar para todas su fases y ejecutar las fases contratadas en virtud de un contrato válido y eficaz que se incumple desde el momento en que no se entrega por ART firmada la propuesta para la fase sucesiva y que este incumplimiento fue inducido por INDRA que forzó la ruptura del acuerdo entre ART y el resto de las entidades del Consorcio en beneficio propio y contra el ofrecimiento de una contraprestación económica y que tuvo por efecto la expulsión del consorcio liderado por CELIS del mercado definido por la licitación en curso.

Para terminar, se opone en la demanda la vulneración de las determinaciones del artículo 49.3 de la Ley 15/2007.

**TERCERO:** La Administración demandada se opone a la demanda e interesa su desestimación. Manifiesta que el inicio de un expediente sancionador es una potestad que exclusivamente corresponde a la Administración y, en concreto, una potestad que no puede ser objeto de control jurisdiccional por responder su apertura no sólo a vulneraciones del Ordenamiento Jurídico sino también a la propia organización de la entidad en el hipotético caso de que pudiera ser objeto de control jurisdiccional, la potestad se calificaría como potestad discrecional y la decisión de archivo únicamente se podría modificar siempre que se probara que es arbitraria. Por ello, a la vista de las alegaciones realizadas por la parte recurrente, y la documentación obrante en el expediente, e considera que los antecedentes relatados por la recurrente no constituyen una conducta restrictiva de la competencia, estando debidamente motivada la decisión de archivo.

**CUARTO:** Por su parte, la representación procesal de INDRA expone en su escrito de contestación a la demanda que la denuncia ante la CNMC tiene lugar el 23/03/2016, aproximadamente 9 meses después de conocidos los hechos que ahora "formalmente" se denuncian, y tan sólo 14 días después de que la demandante tuviera conocimiento de que la ahora actora no había sido adjudicataria para la ejecución de la fase 2B. Añade que la Resolución impugnada de la CNMC por la que se acuerda no incoar expediente sancionador explica motivadamente las razones por las que ya no sólo considera que no hay indicios de infracción por las conductas analizadas sino que las eventuales alianzas comerciales que INDRA pueda mantener con Deimos, GMV o ART no son lesivas para la competencia y deben entenderse, en consecuencia, protegidas por la libertad de empresa tutelada por el art. 38 CE y que en los Fundamentos de Derecho de su Resolución, la CNMC se sustenta en los resultados de la investigación preliminar o fase de información reservada y, muy especialmente, en la amplia información remitida por un Ente Público como es el CDTI, que acoge asimismo información proveniente de ESA, desarmando una a una, las razones esgrimidas por Celestia en la denuncia que reproduce en la demanda. Por lo demás afirma que Celestia no tiene un derecho subjetivo a la adjudicación del contrato y la inexistencia de posición de dominio o de limitaciones o restricciones a la competencia de Celestia así como que ni la GMV ni Deimos reúnen la condición de proveedor único o "single source", circunstancia ésta que queda acreditada en el expediente administrativo en el que consta la información técnica suministrada por el CDTI al ser preguntado al respecto por la CNMC en la que se niega rotundamente que GMV o Deimos tuvieran la calificación o consideración de single source de cara a la licitación. Y precisa que la ESA no identificó en las condiciones técnicas de la licitación (SOW, por sus siglas en inglés, Statement of Work) que existiera ninguna tecnología necesaria y catalogada como tal de cara a la licitación en cuestión por lo y que, en consecuencia, concluyó que "era posible ofertar utilizando otras tecnologías". Y añade que obra en el Expediente Administrativo una aceptación expresa de Celestia en la que se asume, implícitamente, la no consideración de las compañías mencionadas como single source. Y ello porque según lo dispuesto por la Parte 2. A. 3 "Certificación de Libre Competencia" punto D de las Provisiones generales y Principios para la Presentación de las Licitaciones por parte de la Agencia Espacial Europea (GCT, por sus siglas en inglés: General Provisions for Tender) debe entregarse esta Certificación de Libre Competencia firmada por cada uno de los licitadores, y en consecuencia, al presentar la Oferta la hoy recurrente, necesariamente, debió declarar y garantizar que no existía/había/conocía ningún acuerdo de exclusividad con otras empresas que supusiera restringir la competencia debido a razones como ser fuente única de suministro desde un punto de vista técnico o por otras razones. En otras palabras, refiere que de haberse dado esta circunstancia, Celestia habría



debido reflejarla en el momento procedimental oportuno. Para terminar, defiende la inexistencia de prácticas colusorias.

Por su parte, la representación procesal de GMV manifiesta que motivo por el que GMV decidió declinar la invitación de CELESTIA no fue, en ningún caso, un supuesto acuerdo de exclusividad firmado con INDRA, que es la hipótesis que alega injustificadamente la recurrente, y que resulta de imposible cumplimiento por la sencilla razón de que dicho acuerdo no existe, y que la realidad fue que GMV decidió declinar la invitación de CELESTIA por diversos factores, como por ejemplo la escasa experiencia de la recurrente (al tratarse de una empresa de reciente creación, con apenas un año de antigüedad desde su constitución), circunstancia que la ESA subraya y enfatiza en repetidas ocasiones como uno de los factores que penalizan la oferta de la recurrente en la valoración. Y por cuanto se refiere a su consideración como "Single Source" o "proveedor único", expone que, resulta obvio que la declaración de una empresa como Single Source le corresponde a la ESA, y no a la recurrente y que en el caso examinado, resulta incuestionable que la ESA no efectuó tal declaración, al estimar que no era aplicable a esta licitación, ya que no existía ninguna tecnología necesaria para poder ofertar. Añade que CELESTIA no contaba con ningún precedente de colaboración con GMV, presentó una solicitud de oferta deficientemente trabajada, y concedió a GMV apenas 9 días laborables para analizar la propuesta y elaborar la oferta, lo que unido al hecho de la carga de trabajo del personal de GMV en aquellos días y el coste de elaboración de la oferta en un tiempo tan limitado, determinó que GMV optara por no atender a la solicitud de CELESTIA.

**QUINTO:** Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario poner de manifiesto los siguientes hechos que resultan de las actuaciones:

1-. El 23 de marzo de 2016 Celestia Ingeniería de Sistemas SL (CELESTIA) presentó en la Comisión nacional de los Mercados y de la Competencia escrito-denuncia contra ELECENOR DEIMOS SL, GRUPO TECNOLÓGICO E INDUSTRIAL GMW y su filial AEROSPACE DEFENSE SAU, ADVANCE RADAR TECHNOLOGIES SA. (ART) e INDRA SISTEMAS SA., por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1,2 y 3 de la Ley 1572007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. En concreto, COPUAR D ELA PAG 1 RESO CNMC. En la referida denuncia se puso de manifiesto 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 aquellas 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".

3-. 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.

4-. La Agencia Espacial Europea (ESA) no respondió a dicho requerimiento de información.

5-. La Dirección de Competencia, el día 31 de agosto solicitó al CENTRO PARA EL DESARROLLO TECNOLÓGICO INDUSTRIAL (CDTI) la información anteriormente solicitada a ESA, ante la falta de respuesta y teniendo en cuenta su intervención en el proceso de adjudicación El día 20 de septiembre tuvo entrada la contestación a dicho requerimiento.

6.- 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.

7-. La Dirección de Competencia, el día 24 de octubre elevó a la 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.

8-. El Consejo de la CNMC, mediante resolución de fecha de 15 de noviembre de 2016, asumió la propuesta formulada por la Dirección General de la Competencia.

**SEXTO:** La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución de fecha de 15 de noviembre de 2016, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), en cuya virtud fue asumida la propuesta formulada por la Dirección



General de la Competencia, en el sentido de no incoar expediente sancionador y de archivar de las actuaciones al no constatar la existencia de indicios de las infracciones denunciadas contra ELEC NOR DEIMOS SL, GRUPO TECNOLÓGICO E INDUSTRIAL GMW y su filial AEROSPACE DEFENSE SAU, ADVANCE RADAR TECHNOLOGIES SA. (ART) e INDRA SISTEMAS SA., por supuestas conductas prohibidas por los artículos 1,2 y 3 de la Ley 1572007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

De acuerdo con una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, los denunciados de una práctica anticompetitiva no tienen derecho a obtener un pronunciamiento de la Autoridad de Competencia favorable a sus pretensiones, ni siquiera a que se tramite un procedimiento completo y hasta el final (STJUE de 18 de octubre de 1979, asunto 125/78 GEMA/Comisión sucesivamente reiterada: STJUE de 17 de mayo de 2001, asunto C-449/98 IEEC o de 19 de septiembre de 2013, asunto C-56/12 EFIM/ Comisión).

Afirma dicha jurisprudencia que el procedimiento de comprobación de infracción tiene como objeto próximo la facultad que posee la Comisión de adoptar o no una decisión de prohibición al término de la instrucción de una denuncia. Se estableció, por lo tanto, que, desde la perspectiva de la misión que corresponde a la Comisión de velar por preservar una competencia no falseada en la Comunidad, corresponde a la denunciante aportar los elementos de prueba precisos a fin de que sean examinados por la Comisión a la que corresponde la decisión sobre su incoación y tramitación.

Una jurisprudencia constante de la que es una muestra la STPI de 18 de septiembre de 1992 asunto T-24/90 Automec, apartados 73 a 81, además de reiterar lo ya expuesto incide en el necesario control jurisdiccional de la actuación discrecional de la Comisión y que tiene por finalidad comprobar que la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación, ni de desviación de poder. La motivación de la resolución opera pues, como límite a la arbitrariedad.

En consecuencia, corresponde a este Tribunal comprobar en primer lugar si la CNMC realizó el examen de la denuncia al que estaba obligada, evaluando, con toda la atención necesaria, los elementos de hecho y de derecho expuestos por la demandante en su denuncia.

En el presente caso la resolución objeto de recurso acuerda archivar la denuncia presentada por la recurrente y lo hace tras realizar un examen detallado de las circunstancias del caso y ofreciendo una explicación plausible.

**SÉPTIMO:** En términos generales debemos observar que la recurrente denuncia que la Dirección de Competencia tomó la decisión de archivar la denuncia pese a desconocer datos esenciales que había requerido a la ESA.

A este respecto conviene recordar que es a la denunciante a quien incumbe la carga de la prueba y es ella la que debe aportar los datos e informaciones detalladas que permitan adoptar las resoluciones de incoación si éstas resultan procedentes ( STJUE de 19 de septiembre de 2013, asunto C-56/12 EFIM/ Comisión, apartado 72), sin perjuicio, lógicamente de solicitar la intervención de la Comisión para tener acceso a determinada información o documentación cuyo acceso sólo fuera posible a través de dicha Autoridad.

Es cierto que, en el caso examinado, la Dirección de Competencia acordó requerir a la ESA para que remitiera determinada información y que ésta no atendió el citado requerimiento, por lo que dicha información fue solicitada al CTDI. Pues bien, aun cuando por parte de este Comité no se facilitaran las ofertas de los licitadores, las Evaluaciones de la ESA, las ofertas presentadas en las distintas fases de licitación por los consorcios recurrentes y adjudicatarios ni los Acuerdos de adjudicación por la ESA de las distintas fases de la licitación, la Dirección de Competencia resolvió a la vista de la información recabada que le fue facilitada, que consideró suficiente, sin que por la parte recurrente se haya explicitado el impacto que dicha omisión pudiera tener en el resultado final de una eventual investigación. Se trata por lo tanto de una queja puramente formal y por tanto vacía de contenido.

**OCTAVO:** Por cuanto se refiere al motivo de impugnación que denuncia la falta de motivación de la Resolución recurrida debemos recordar que constante jurisprudencia viene afirmando que el requisito de la motivación no exige a los actos administrativos un razonamiento exhaustivo y pormenorizado, pues basta con la expresión de las razones que permitan conocer los criterios esenciales fundamentadores de la decisión, facilitando a los interesados el conocimiento necesario para valorar la corrección o incorrección jurídica del acto a los efectos de ejercitar las acciones de impugnación que el ordenamiento jurídico establece y articular adecuadamente sus medios de defensa. Por esta causa, el cumplimiento del deber de motivar no puede analizarse en abstracto o de acuerdo con pautas generales, pues será en cada caso concreto donde pueda valorarse si, atendidas las especiales circunstancias concurrentes, se expresan las razones suficientes para venir en conocimiento de la fundamentación del acto.



En lo que se contrae a este caso, la Resolución recurrida se fundamenta, como ya hemos expuesto, en la inexistencia de indicios de las infracciones denunciadas. Explica las razones por las que, atendiendo 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 el mercado afectado de equipos y sistemas del segmento terrestre para clientes institucionales, incluso si se limita a nivel nacional, sería relativamente reducido y no alcanzaría el 30%, lo que, en principio permitiría descartar la existencia de una posición de dominio y que, aun cuando se justificase la existencia de una posición de dominio de dichas empresas en el mercado afectado, no existen indicios de que la negativa de GMV y DEIMOS a contratar con Celestia suponga un abuso de posición dominante. Añade que como consecuencia del principio de libertad de empresa, 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 y que 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 Contrac 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. Por todo ello concluye, que en el presente expediente no existen indicios de una infracción del artículo 2 de la LDC por parte de GMV, INDRA O DEMOS.

Y por lo que se refiere a la denunciada vulneración del artículo 1 LDC por la existencia de un acuerdo de exclusividad entre DEMOS, GMV e INDRA, recuerda 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.

Que efectivamente DEIMOS y GMV forman parte del consorcio que se presenta a la licitación bajo el liderazgo de INDRA, pero que esto no va más allá de la libertad razonable que tienen las empresas para escoger con quien desean contratar u ofrecer sus servicios por cuanto el supuesto acuerdo no fue apto para distorsionar significativamente la competencia en la licitación de S3T ya que 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.

Respecto de la retirada de ART de la fase 2B del proyecto liderado por CELESTIA, inicialmente participante del consorcio con CELESTIA y TTI NORTE, para pasar a ser subcontratista en el consorcio de INDRA, la Dirección de Competencia considera que existe un conflicto bilateral entre CELESTIA y ART, por un supuesto incumplimiento contractual, que no tiene suficiente transcendencia como para poder afectar al interés público de la libre competencia y suponer una infracción del artículo 1 de la LDC por cuanto 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, tratándose de ante una controversia comercial entre CELESTIA y ART que debe dirimirse en la jurisdicción ordinaria y no ante la CNMC.

Con ello considera la Sala puede tenerse por cumplida la exigencia de motivación, pues, en definitiva, es suficiente para comprender los motivos fácticos y jurídicos de la decisión de impugnarse ante los Tribunales, lo que se ha realizado sin inconveniente.

**NOVENO:** Por lo demás cumple manifestar que la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de derecho ni manifiesto de apreciación, o de desviación de poder. En definitiva, el razonamiento ofrecido por la CNMC, nos parece coherente y exhaustivo por cuanto viene a explicar por qué no aprecia la existencia de posición de dominio por parte de las empresas denunciadas; y las razones por las que GMV y DEIMOS no pueden ser consideradas, como pretende Celestia, "single source".

Este hecho resulta además avalado en la prueba testifical practicada en el seno del procedimiento. Así, el CENTRO PARA EL DESARROLLO TECNOLÓGICO INDUSTRIAL (CDTI), al ser preguntado por la CNMC sobre si GMV o DEIMOS tendrían la consideración de "Single Source" (Folio 493 del Expediente Administrativo), respondió lo siguiente: *"La ESA no identificó en las condiciones técnicas de la licitación (Statement of Work) que alguna de las tecnologías necesarias para ofertar fueran "Single Source", ni de DEIMOS ni de GMV ni ninguna otra. Por tanto, los ofertantes podían escoger libremente las tecnologías que consideraran más adecuadas"*.

En el mismo sentido se pronunció el testigo D. Sixto que a preguntas del Ponente manifestó que DEIMOS no se considera fuente única de suministro. porque en una licitación internacional, la empresa ISDEFE les ganó,



y que la propia ESA, cuando identifica que hay un proveedor único, lo hace en la propia licitación y obliga a esa empresa a preparar un paquete de actividades hasta con un presupuesto ya asignado y acordado con la ESA, que se lo tiene que ofertar en igualdad de condiciones a todas las empresas que quieran ofertar y que en este caso no lo identificó. A la pregunta de si la calificación de fuente única de suministro es pública o se le da a cada empresa, respondió que cuando sacan la licitación y la propia ESA que conoce bastante bien la industria europea identifica una actividad en la que hay un proveedor único y no hay ninguna otra fuente en Europa o en el país al que va restringida la licitación, entonces lo identifica en la propia licitación, afirmando que en este caso, si hubiera un proveedor único lo hubiera dicho en la propia licitación. Que la ESA conoce a priori quienes son los Single Source en la licitación. La ESA conoce bastante bien la industria, conoce las capacidades, conoce las herramientas, entonces cuando la ESA identifica, o bien una empresa, o bien hasta incluso que una herramienta de una empresa específica es fuente única, lo identifica y que si por lo que fuera la ESA no se hubiera dado cuenta en esa licitación y se recibe una aclaración formal por parte de alguna empresa que quiera licitar pidiendo a la ESA si identifica a algún proveedor único para alguna de las actividades, la ESA tiene la obligación de responder. Tiene un procedimiento muy claramente establecido y si finalmente se demuestra que hay un Single Source, una fuente única, pues entonces la ESA tiene la obligación de declararlo y tiene la obligación de pedir a esa empresa que es fuente única que haga una oferta única y que se la ponga a todos los ofertantes.

Sin embargo, tal y como reconoce la propia recurrente en la demanda, durante la fase de licitación CELESTIA nunca remitió comunicación alguna a la ESA para tener una confirmación oficial sobre si GMV o DEIMOS eran o no "single source" de cara a la licitación de S3Ty así se ha reconocido por la recurrente.

Respecto de la negativa de GMV y Deimos a participar en el Consorcio liderado por CELIS, debemos recordar, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia (STJUE de 26 de noviembre de 1998, asunto c-7/97 Bronner), que para que la denegación de sus servicios a la recurrente pudiera constituir una práctica abusiva, debería acreditarse que el acceso a dichos servicios es indispensable para poder desarrollar la recurrente su propia actividad y que la consecuencia de dicha negativa sería la eliminación de toda competencia en el mercado relevante. Ninguna de las dos cosas se ha acreditado en este caso.

**DÉCIMO:** Lo expuesto en los anteriores fundamentos determina la desestimación del presente recurso y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

## FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio Fernández Múgica, frente a la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) de 15 de noviembre de 2016 y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.** - Una vez firmada y publicada la anterior resolución entregada en esta Secretaría para su notificación, a las partes, expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a las actuaciones.

En Madrid a 17/02/2020 doy fe.