II

(Actos cuya publicación no es una condición para su aplicabilidad)

COMISIÓN

DECISIÓN DE LA COMISIÓN

de 4 de octubre de 1995

relativa a las condiciones impuestas al segundo operador de radiotelefonía GSM en Italia

(El texto en lengua italiana es el único auténtico)

(95/489/CE)

LA COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS,

Visto el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y, en particular, el apartado 3 de su artículo 90,

Después de haber ofrecido a las autoridades italianas, mediante carta de 3 de enero de 1995, y a la empresa Telecom Italia, mediante carta de 30 de enero de 1995, la oportunidad de dar a conocer sus puntos de vista con respecto a las objeciones formuladas a la Comisión en relación con el pago inicial impuesto a Omnitel Pronto Italia,

Considerando lo que sigue :

HECHOS

Medida estatal

(1) El Gobierno italiano impuso un pago inicial como condición para obtener la segunda concesión para la realización y gestión en el territorio italiano de una red de prestación del servicio público de radiotelefonía móvil de comunicación mediante el sistema paneuropeo de tecnología digital denominado GSM. Esta obligación estaba prevista en el pliego de condiciones y no se aplicaba al operador público, Telecom Italia.

La empresa y los servicios considerados

(2) La empresa Telecom Italia Spa está controlada por STET, que posee una participación del 55 % de su capital. A su vez, STET está controlada por IRI y, a través de ésta, por el Gobierno italiano. Por consiguiente, Telecom Italia es una empresa pública a los efectos del apartado 1 del artículo 90.

Con un volumen de negocios de 26,7 billones de liras italianas, Telecom Italia es el sexto operador de telecomunicaciones del mundo ; dispone de una plantilla de 101 000 personas y cuenta con más de 25 millones de abonados.

En el momento de su constitución en agosto de 1994, Telecom Italia asumió los derechos exclusivos de explotación de la red pública de telecomunicaciones y del servicio de telefonía vocal que se habían concedido en 1984 a SIP por un período de 20 años.

(3) La telefonía móvil digital celular, que responde a la norma GSM (Global System for Mobile communications), es un servicio desarrollado recientemente en Europa que permite efectuar y recibir llamadas mientras se efectúan desplazamientos dentro de la Comunidad y de algunos otros países europeos. Este servicio, basado en la utilización de un sistema digital, un microteléfono y una tarjeta SIM (Subscriber Identity Module), ofrece más posibilidades que los servicios de radiotelefonía más tradicionales, que están basados en una tecnología analógica. La tecnología digital, además de ser de superior calidad, permite transmitir datos a alta velocidad, dispone de un sistema de codificación que garantiza un mayor grado de confidencialidad y es más económica en frecuencias que los sistemas analógicos. Por otro lado, el sistema GSM se basa em normas comunitarias comunes en el marco de bandas de frecuencias comunes aprobadas a nivel comunitario y, al contrario que los sistemas analó-

gicos, que a menudo son incompatibles de un Estado miembro a otro, está concebido para convertirse en uno de los servicios paneuropeos cuya promoción constituye uno de los objetivos principales de la política de la Unión Europea en materia de telecomunicaciones (1).

Por último, cabe señalar que el naciente mercado de los servicios GSM es particularmente dinámico: algunos estudios revelan que el número de usuarios registrados en Europa occidental podría pasar de algo más de un millón en 1993 a cerca de 15 a 20 millones en el año 2000 (2).

(4) El Consejo ha adoptado una Directiva por la que se reservan las frecuencias de 890-915 Mhz y 935-960 Mhz para la introducción del sistema común de radiotelefonía móvil digital CSM (3). La existencia de estas frecuencias comunes permite la presencia de varios operadores que compitan entre sí. La oferta comercial del servicio GSM en la Comunidad se inició a finales de 1992; desde entonces, casi todos los Estados miembros (Bélgica, España, Italia, Países Bajos, Finlandia, Reino Unido, Dinamarca, Alemania, Francia, Portugal y Grecia) ya han concedido licencias a dos operadores; otros (Austria e Irlanda) han anunciado su intención de hacerlo o incluso han iniciado los procedimientos correspondientes a tal efecto. Suecia ha concedido tres licencias GSM. El Reino Unido, Alemania, los Países Bajos y Francia han concedido o decidido conceder a un tercer operador la autorización para explotar servicios de radiotelefonía digital celular sobre una gama de frecuencias más elevada, conforme a las especificaciones DCS 1800.

La Conferencia Europea de las Administraciones de Correos y Telecomunicaciones (CEPT), que agrupa a las autoridades reglamentarias nacionales de treinta y seis países (entre ellos Italia), ha recomendado que se fomente activamente la competencia entre operadores de servicios GSM y se supriman las barreras reglamentarias que la limitan (4).

Antecedentes

(5) Mediante carta de 29 de julio de 1993, la Comisión requirió al Gobierno italiano para que, o bien pusiese fin al monopolio de Telecom Italia (a la sazón, SIP) en materia de radiotelefonía GSM, o bien expusiese su posición en respuesta a las objeciones de la Comisión en relación con dicho monopolio. El Gobierno italiano decidió organizar una licitación para adjudicar una segunda concesión de quince años de duración para la gestión de una red de radiotelefonía móvil GSM. El anuncio de licitación se publicó en la Gazzetta Ufficiale della Repubblica de 16 de diciembre de 1993 (nº 294) y no preveía pago inicial alguno.

El 29 de enero de 1994 el Gobierno italiano envió el pliego de condiciones a las empresas que habían respondido al anuncio de licitación. Este documento establecía que las ofertas debían mencionar « el importe, en miles de millones de liras, que el licitador está dispuesto a pagar una *tantum* a la adjudicación de la concesión » (cláusula 4.9.1, p. 44). El pliego de condiciones señalaba, asimismo, que dicho importe sería uno de los criterios de selección (p. 51), pero no precisaba qué ponderación le correspondería. La fecha límite para la presentación de ofertas quedó fijada en el 1 de marzo de 1994 (cláusula 3.9, p. 19).

Hasta el 2 de marzo de 1994, es decir, después de dicha fecha límite, no se remitió a la Comisión el pliego de condiciones. Mediante carta de 1 de abril de 1994, ésta manifestó su pesar por que el pliego de condiciones elaborado para la designación del segundo operador impusiese a éste unas condiciones menos favorables que aquellas de que disfrutaba SIP, especialmente, el desembolso de un pago inicial (la puja) y el canon anual mínimo que el licitador se comprometía a abonar durante los cinco primeros años fuera cual fuera su volumen de negocios, cuando en el caso de SIP sólo estaban sujetos a ese canon del 3,5 % sus ingresos efectivos.

La Comisión instó al Gobierno italiano a que renunciase a esas dos condiciones y examinase las ofertas de los dos consorcios que habían quedado en liza, atendiendo únicamente a los otros criterios indicados en el pliego de condiciones, es decir, a los criterios cualitativos.

El 18 de abril de 1994, el Gobierno italiano comunicó oficialmente el nombre del consorcio seleccionado, Omnitel Pronto-Italia, y la ponderación aplicada para la selección, de la que no tenían conocimiento los candidatos. El consorcio seleccionado obtuvo la mayor puntuación en todos los criterios de selección.

En su carta de 11 de mayo de 1994, la Comisión respondió que mantenía sus reservas en cuanto al « pago económico inicial », esto es, en cuanto a la puja. Habida cuenta de que los demás criterios de selección eran favorables a Omnitel, la Comisión solicitó que se reconsiderase esa condición sin poner en cuestión ni retrasar el inicio del servicio de dicho operador.

(1) Véase Recomendación 87/371/CEE del Consejo (DO nº L 196 de 17. 7. 1987, p. 81).

(2) « Scenario Mobile Communications up to 2010 — study on forecast developments and future trends in technical development and commercial provision up to the year 2010 », EUTELIS Consult, octubre de 1993.

(3) Directiva 87/372/CEE del Consejo, de 25 de junio de 1987, relativa a las bandas de frecuencia a reservar para la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas en la Comunidad (DO nº L 196 de 17. 7. 1987, p. 85).

(4) « Review of the Requirements for the Future Harmonization of Regulatory Policy Regarding Mobile Communication Services », CEPT/ECTRA(92) 57, p. 17.

Ante el silencio del Gobierno italiano, la Comisión recordó el 27 de julio de 1994 que no podía poner fin al procedimiento de infracción incoado antes de que se concediese formalmente la licencia y volvió a recabar la posición del Gobierno italiano en lo referente a la puja. Habida cuenta de la menor incidencia del canon anual mínimo impuesto al segundo operador con respecto al pago inicial, la Comisión ha decidido concentrarse únicamente en este último aspecto, sin aceptar por ello el primero.

Mediante carta de 8 de agosto de 1994, las autoridades italianas respondieron a propósito de este último punto que los competidores y, entre ellos el consorcio seleccionado, tenían conocimiento de esta obligación, ya que estaba prevista de manera explícita en el pliego de condiciones, y que a la vista de ello este problema había quedado resuelto en los encuentros celebrados entre el Ministerio de Correos y Telecomunicaciones y los representantes de Omnitel Pronto Italia. El 31 de octubre, la Comisión respondió que el hecho de que el candidato a segundo operador aceptase las condiciones exigidas para obtener la licencia no influía en absoluto en el carácter eventualmente discriminatorio de esas condiciones y reiteró su solicitud.

El 3 de enero de 1995, la Comisión requirió formalmente al Gobierno italiano para que, o bien, suprimiese la obligación impuesta al segundo operador de efectuar un pago inicial, o bien presentase sus observaciones en respuesta a los argumentos por ella expuestos. Las autoridades italianas respondieron mediante cartas de 28 de febrero, 17 de mayo y 10 de agosto de 1995.

APRECIACIÓN DE LA COMISIÓN

Apartado 1 del artículo 90 del Tratado

(6) El apartado 1 del artículo 90 establece que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado, especialmente las relativas a la competencia.

Telecom Italia es una empresa pública a la que se han concedido derechos exclusivos para explotar la red fija de telecomunicaciones y ofrecer servicios de telefonía vocal [a que se refiere el artículo 1 de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión (1)] y de radiotelefonía móvil analógica. Asimismo, el Gobierno italiano le concedió, del 22 de diciembre de 1994, el derecho a gestionar una red de radiotelefonía móvil GSM, derecho que debe considerarse especial, puesto que este operador no fue designado con arreglo a criterios objetivos y no discriminatorios.

De conformidad con la jurisprudencia de Tribunal de Justicia (2), la compatibilidad de este monopolio con las normas del Tratado debe ser evaluada a la luz del artículo 90 y de las disposiciones a que éste se remite, especialmente, en el caso que nos ocupa, del artículo 86.

Artículo 86 del Tratado

Mercado de referencia

(7) El mercado de referencia es el de la explotación de los servicios de radiotelefonía móvil digital celular. Conviene distinguirlo del mercado de la telefonía vocal y servicio o de los otros servicios de telecomunicaciones móviles.

(8) La Comisión ha definido el mercado de la telefonía en su Directiva 90/388/CEE. Esta Directiva establece una distinción entre « los servicios que consistan, en todo o en parte, en la transmisión y encaminamiento de señales a través de la red pública de telecomunicaciones mediante sistemas de telecomunicaciones » y los servicios de radiotelefonía móvil, que no entran en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

(9) Tal como se define en dicha Directiva, la telefonía vocal es el principal servicio prestado en la red pública fija, es decir, entre terminales concretas de esa red. Estas terminales se definen como « del conjunto de conexiones físicas y de especificaciones técnicas de acceso ». En las comunicaciones móviles, la terminal se sitúa en la interfaz radioeléctrica entre la estación básica de la red móvil y la estación móvil, lo que implica que no existe una terminal física. Por lo tanto, no puede aplicarse a los servicios de telefonía móvil la definición de servicios de telefonía vocal establecida en el artículo 1 de la citada Directiva.

(10) De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, « para considerar que pertenece a un mercado suficientemente distinto, un producto debe poder individualizarse por características específicas que lo diferencien de los demás hasta el punto en que sea escasamente sustituible por ellos y no entre en competencia con ellos más que de forma residual (3) ».

(1) Directiva de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (DO nº L 192, de 24. 7. 1990, p. 10).

(2) Señaladamente, la sentencia de 19 de mayo de 1993 en el asunto C-320/91, Corbeau considerando nº 12.

(3) Sentencia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, United Brands/Comisión, Rec. 1978, pág. 207.

En la práctica, es evidente que la radiotelefonía móvil y la telefonía a partir de la red fija no son intercambiables: los usuarios que suscriben un abono para instalar un teléfono en su automóvil o para un aparato portátil no suelen renunciar al abono que en su día subscribieron para el teléfono de su domicilio o lugar de trabajo. La radiotelefonía móvil constituye, pues, un servicio nuevo, suplementario pero no sustitutivo del teléfono tradicional.

Esta distinción se plasma también en una diferencia de precio significativa: según un estudio elaborado por la OCDE (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico), el coste medio de la telefonía móvil para un usuario (calculado tomando como referencia una selección de diversos servicios) es, en el conjunto de los países de la zona OCDE, cuatro veces superior al de los servicios de la misma naturaleza que ofrece la red fija [1].

Es cierto que, con el tiempo, una mayor difusión de la radiotelefonía móvil conducirá a un sistema único de telecomunicaciones que englobe una serie de mercados que hoy son distintos. Pero las condiciones de aplicación del artículo 86 deben evaluarse en función de la demanda actual, y no de la evolución que pueda producirse en un futuro indeterminado.

(11) Visto que, por las razones aducidas, ha de considerarse que la radiotelefonía móvil no pertenece al mercado de la vocal que se ofrece a partir de la red fija, queda por determinar si está justificado distinguir los servicios de radiotelefonía móvil celular basada en la norma GSM, objeto de la presente Decisión, de los servicios de radiotelefonía celular analógica, y en qué medida debería hacerse.

A este respecto, la Comisión observa que la radiotelefonía móvil celular GSM no sólo constituye una evolución técnica de la radiotelefonía celular analógica, de creación anterior. Además de las ventajas que supone el sistema GSM en cuanto a calidad de reproducción de la voz o de mejor aprovechamiento del espectro disponible (que permite ampliar significativamente el número de usuarios para una misma atribución de frecuencia), este servicio ofrece nuevas funciones que responden a las necesidades de solamente una parte de los usuarios de la radiotelefonía móvil:

i) basado en una norma comunitaria, el servicio GSM puede extenderse a escala paneuropea; siempre que los operadores de red subscriban los denominados acuerdos de « roaming », este sistema permite a los usuarios efectuar llamadas con su aparato no sólo dentro del territorio nacional del operador con el que han suscrito su bono, sino también en cualquier punto del territorio de los miembros del GSM Memorandum of Understanding, en Europa y otras partes del mundo. Algunos usuarios que, por razones profesionales, sólo utilizan los servicios de radiotelefonía móvil dentro del territorio nacional, o en un ámbito regional, pueden no estar interesados en esta nueva función. Por el contrario, para otros puede ser uno de los motivos por los que decidan abonarse;

ii) además del transporte de la voz, el servicio GSM permite la transmisión de datos a alta velocidad; este factor responde a necesidades específicas de sólo una parte de la clientela efectiva o potencial de los servicios de radiotelefonía móvil;

iii) la codificación digital de los mensajes contribuye a que el sistema ofrezca un grado de confidencialidad muy superior al del sistema analógico, ventaja que también interesa sólo a una parte de los usuarios (especialmente a los clientes comerciales);

iv) la tecnología digital permite ofrecer toda una gama de servicios avanzados de telecomunicación que una red analógica no puede ofrecer (o sólo a un coste considerablemente superior);

v) las tarifas aplicadas para los servicios GSM son, hoy por hoy, más elevadas en la mayoría de los Estados miembros que las de la telefonía móvil analógica.

Por lo tanto, la mera sustitución de la radiotelefonía analógica por el sistema GSM no está prevista a corto plazo. Por el contrario, lo más probable es que, a pesar de que se está produciendo un desplazamiento de la clientela de un servicio al otro, los dos sistemas continúen coexistiendo aún durante varios años, respondiendo a necesidades muy diferentes. Además, incluso en los países en los que el sistema GSM es plenamente operativo, los operadores siguen invirtiendo en la red analógica.

(12) Partiendo de las consideraciones anteriores, en las condiciones actuales y teniendo en cuenta las posibilidades de evolución del mercado, ha de considerarse más que problable que los servicios de radiotelefonía GSM constituyan también un mercado distinto del de la radiotelefonía analógica.

[1] OCDE, estudio publicado el 24 de febrero de 1993.

Sea como fuere, las conclusiones de la apreciación jurídica no diferirían si la radiotelefonía analógica y el GSM sólo constituyeran dos segmentos del mismo mercado.

(13) De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este mercado, que abarca el conjunto del territorio italiano, es una parte sustancial del mercado común.

Posición dominante

(14) Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una empresa que disponga de un monopolio legal para la prestación de determinados servicios puede ocupar una posición dominante a los efectos del artículo 86 [1]. Éste es el caso de Telecom Italia y de su filial Telecom Italia Mobile, creada en julio de 1995, que son las únicas que legalmente puede ofrecer al público la red de telecomunicaciones, la telefonía vocal y la radiotelefonía analógica en Italia, tres mercados en los que disfrutan de una posición dominante.

Abuso de posición dominante

(15) El Tribunal de Justicia ha recordado que « un sistema de competencia no falseada como el previsto por el Tratado tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes operadores económicos [2] ».

Tal igualdad de oportunidades es especialmente importante tratándose de operadores que intentan introducirse en un mercado en el que se está estableciendo un operador que domina otro mercado afín, como ocurre en el caso de Telecom Italia Mobile.

(16) Telecom Italia Mobile cuenta con varias ventajas importantes para colocarse en una posición dominante en el mercado de la radiotelefonía GSM:

— una ventaja temporal: ya puede comercializar su servicio, mientras que el segundo operador no estará en situación de hacerlo hasta el segundo semestre de 1995;

— clientes potenciales: Telecom Italia Mobile tiene más de 2 200 000 abonados a su servicio de radiotelefonía analógica, TACS, (febrero de 1995), y cada mes se dan de alta 100 000 más; Con todo, este servicio perderá parte de su interés en el futuro dadas las mayores posibilidades del GSM. Además, el TACS utiliza las bandas de frecuencia reservadas a la radiotelefonía móvil GSM, de manera que llegará un momento en que los abonados del TACS tendrán que pasarse al GSM. Por consiguiente, Telecom Italia Mobile dispone ya de una clientela potencial para su servicio GSM;

— una red de distribución operativa ya conocida por el público, ya que Telecom Italia Mobile puede comercializar su servicio GSM a través de sus distribuidores TACS;

— información privilegiada: gracias a su experiencia en materia de TACS, Telecom Italia Mobile dispone de información sobre los hábitos de los italianos en cuestión de llamadas, tanto por grupos de usuarios como por regiones. Además, como disfruta del monopolio para el suministro de conexiones fijas para las redes de gestores GSM [3], Telecom Italia seguirá obteniendo valiosa infomación sobre los flujos de tráfico;

— economías de escala en materia de infraestructuras: como actualmente, Telecom Italia Mobile es el único operador de telefonía fija y móvil analógica, puede utilizar emplazamientos y antenas para establecer su red GSM a los que no puede acceder su competidor.

Por otra parte, es de señalar que Telecom Italia no puede extender su posición dominante en el mercado de la telefonía alámbrica o móvil analógica al mercado de la radiotelefonía GSM aumentando los costes de su rival, por ejemplo, exigiendo un tasa de interconexión que no esté justificada por los costes de interconexión, sin infringir el artículo 86.

(17) En virtud del apartado 1 del artículo 90, Italia debe, además, abstenerse de adoptar medidas que incrementen los costes de entrada del único competidor de un empresa pública en un mercado recientemente abierto a la competencia y que falseen sustancialmente dicha competencia. Ante la carga financiera impuesta su su único competidor, Telecom Italia Mobile podrá optar entre dos estrategias comerciales, cada una de las cuales supondrá una vulneración del apartado 1 del artículo 90, en relación con el artículo 86 del Tratado:

[1] Sentencia de 3 de octubre de 1985, asunto C-311/84, Centre belge d'études du marché Telemarketing/Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion, Rec. 1985, p. 3270.

[2] Véase la sentencia de 19 de marzo de 1991, C-202/88, Francia/Comisión, Rec. 1991, p. I-1271, punto 51.

[3] Telecom Italia y su filial Telecom Italia Mobile explotan la red fija y los servicios móviles. Por el contrario, Omnitel-Pronto Italia sólo puede establecer enlaces radioeléctricos si demuestra que Telecom Italia no puede suministrarle las líneas arrendadas que necesita en un plazo razonable.

i) Extensión de la posición dominante (1) de la empresa pública

El pago inicial de 750 000 millones de liras italianas efectuado por el segundo operador del mercado forzosamente tendrá que amortizarse con los ingresos que obtenga. Así pues, el segundo operador tendrá problemas para competir con el primero rebajando las tarifas. Se ofrecerá así al primer operador, Telecom Italia Mobile, que no está obligada a realizar la misma amortización y que además conoce la estructura de costes del segundo operador merced al monopolio de Telecom Italia sobre las infraestructuras (2), la posibilidad de extender su actual posición dominante en el mercado de la infraestructura y el de la radiotelefonía analógica al mercado de la radiotelefonía GSM, mediante una rebaja de las tarifas. Se trata de una extensión de posición dominante debida a la ventaja competitiva provocada por la distorsión de la estructura de costes derivada de la puja, que convierte a la medida estatal en una medida contraria al artículo 90 en relación con el artículo 86;

ii) Limitación de la producción, de los mercados o del progreso Ttécnico con arreglo a la letra b) del artículo 86.

La necesidad de financiar el pago de 750 000 millones de liras italianas también retrasará las inversiones del nuevo operador, que debe reservar una parte de su capital inicial para sufragar la puja y no puede, pues, invertir en el desarrollo de su red más de lo estrictamente necesario para comercializar su servicio de conformidad con los importes mínimos fijados en su concesión. Este hecho redundará en detrimento del desarrollo de la red y puede además llevar a Telecom Italia Mobile a retrasar la comercialización de su propio servicio GSM (3). El sistema TACS resulta más interesante para Telecom Italia Mobile, ya que le garantiza unos ingresos seguros porque lo ofrece en régimen de monopolio y además ya ha amortizado la mayor parte de las inversiones.

El grupo Telecom Italia, que, como ya se ha mencionado, conoce la estructura de costes del segundo operador gracias a su monopolio de las infraestructuras, podría estar tentada de mantener las tarifas de su servicio GSM a un nivel más elevado de lo que estarían en ausencia de la medida estatal. Se limitaría así la producción, el mercado o el desarrollo técnico del servicio GSM en perjuicio de los consumidores, con arreglo a la letra b) del artículo 86, ya que este servicio incorpora una tecnología más avanzada, privilegiándose el servicio analógico, más antiguo.

Con ello se frenaría además la evolución hacia las comunicaciones personales, que combinan redes móviles y fijas. Esta convergencia sólo podrá lograrse si las tarifas de las comunicaciones móviles bajan sustancialmente.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (4), el apartado 1 del artículo 90 prohíbe a los Estados miembros adoptar medidas que puedan inducir a la empresa a infringir las disposiciones a que aquél remite, especialmente, en el caso que nos ocupa, las del artículo 86.

Por consiguiente, en ambos casos hipotéticos, la medida estatal es contraria al apartado 1 del artículo 90, en combinación con la letra b) del artículo 86.

(18) Sólo se podrá exigir responsabilidades a un Estado miembro con arreglo al artículo 86 y el apartado 1 del artículo 90 si el comportamiento abusivo de la empresa puede afectar al comercio entre Estados miembros. En el presente caso, se da este efecto potencial porque la actividad comercial de los operadores GSM italianos puede hacerse extensiva a los ciudadanos de otros Estados miembros, que pueden adquirir tarjetas « SIM », en Italia y en otros Estados miembros, mediante acuerdos de servicio itinerante (« roaming ») con los operadores que cubren estos últimos.

(1) Véase, en particular, la sentencia de 17 de noviembre de 1992, asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90, Reino de España, Reino de Bélgica y República Italiana, Rec. 1992, p. I-5833, punto 36.

(2) El pliego de condiciones prevé la concesión al segundo operador de una reducción del 50 % sobre la tarifa publicada para las líneas arrendadas de SIP. Pese a dicha rebaja, al segundo operador GSM de Italia las líneas arrendadas le resultan tres veces más caras que las líneas que BT arrienda en el Reino Unido a los operadores de telefonía celular.

(3) Como la Comisión señaló en su carta de requerimiento de 29 de julio de 1993 : « poiché detiene il monopolio della fornitura della telefonia radiomobile, l'impresa pubblica ha scarso interesse ad introdurre l'altro servizio (il GSM) in tempi brevi ».

(4) Véase la sentencia de 23 de abril de 1991, asunto C-41/90, Höffner/Macrotron, Rec. 1991, p. I-1979, así como las sentencias de 18 de junio de 1991, asunto C-260/89, RPT Dimotikí Etatría Pliropsórisis y otros, Rec. 1991, p. I-2925, y la de 5 de octubre de 1994, asunto C-323/93, Société civile agricole d'insémination de la Crespelle/Coopérative d'élevage et d'insémination artificielle du département de la Mayenne, Rec. 1994, p. I-5077.

Respuesta de las autoridades italianas

(19) En su carta de 28 de febrero de 1995, el Gobierno italiano subraya que el pago inicial fue uno de los criterios de selección del segundo operador. El importe ofrecido por el segundo operador era, pues, fruto de su propia estrategia, ya que el pliego de condiciones no mencionaba importes mínimos ni máximos.

Además, el pliego de condiciones permitía a los licitadores sugerir modificaciones y cambios radicales, como la renuncia al pago inicial o su escalonamiento en varios años. Por añadidura, los candidatos sabían que Telecom Italia Mobile no estaría sujeta a la obligación de pagar tal suma.

El Gobierno italiano precisa que no era posible imponer a Telecom Italia Mobile un pago idéntico, ya que ésta había efectuado sus inversiones en el sector antes de su liberalización y, por lo tanto, había previsto amortizarlas en una situación de explotación del servicio en régimen de monopolio.

Al determinar la cuantía del pago inicial que estaba dispuesto a asumir, el segundo operador forzosamente tomó en consideración los factores positivos, como las inversiones ya realizadas por Telecom Italia Mobile y la posibilidad de « roaming » a escala nacional utilizando la red de Telecom Italia Mobile.

El Gobierno italiano niega, pues, que la posición dominante de Telecom Italia y de su filial, Telecom Italia Mobile, se haya visto reforzada. También rechaza que el pago inicial haya tenido repercursiones negativas sobre las inversiones o el nivel de las tarifas, ya que la concesión del segundo operador establece una serie de obligaciones precisas en la materia.

Por último, el Gobierno italiano se niega a suprimir el pago inicial. Según él, la renuncia a este criterio de selección haría necesario repetir el procedimiento de selección a fin de respetar los principios de transparencia y no discriminación. En su opinión, la supresión de un elemento como el pago del importe requerido para entrar en el mercado GSM obligaría a recurrir a un nuevo procedimiento de licitación. Ciertamente, si no se hubiese aplicado el criterio del pago inicial, los demás licitadores quizá habrían modulado su oferta de otro modo. Este argumento se corroboraba en una carta de 10 de agosto de 1995.

(20) En su carta de 17 mayo de 1995, el Gobierno italiano disocia el problema del pago inicial del riesgo de extensión de la posición dominante.

En lo que respecta al pago inicial, el Gobierno italiano afirma que Telecom Italia Mobile ha hecho frente a gastos superiores a este importe para el desarrollo del nuevo servicio y que, además, la apertura a la competencia del GSM ha tenido consecuencias negativas sobre los ingresos previstos por la explotación de este servicio. Por otra parte, el reembolso de este pago inicial permitiría al candidato no seleccionado impugnar la concesión de Omnitel, obligando a reiniciar el procedimiento de licitación. A este respecto, el Gobierno italiano reitera que la anulación del requisito de un pago inicial para el segundo operador obligaría a realizar un nuevo procedimiento de licitación.

En cuanto al riesgo de extensión de la posición dominante de Telecom Italia y de su filial, Telecom Italia Mobile, el Gobierno italiano destaca que, gracias a su intervención, Telecom Italia y Omnitel llegaron a acuerdos sobre la interconexión de la red GSM de Omnitel a la red telefónica fija de Telecom Italia, sobre el servicio itinerante experimental de Omnitel a través de la red GSM de Telecom Italia Mobile, sobre el sistema de distribución del GSM de Telecom Italia Mobile y sobre la contabilidad independiente del GSM y las demás actividades de Telecom Italia.

Apreciación de la Comisión

(21) La Comisión no ha cuestionado la decisión del Gobierno italiano de utilizar dos procedimientos distintos para adjudicar las concesiones GSM. No obstante, en repetidas ocasiones ha solicitado al Gobierno italiano que el procedimiento y los criterios aplicados para la concesión de la segunda licencia no tengan por efecto aumentar los costes de acceso del nuevo operador al mercado del GSM en comparación con el operador público.

Las inversiones iniciales necesarias para establecer una red GSM en Italia ascienden a aproximadamente 2 billones de liras italianas. El pago inicial se suma a las inversiones iniciales e incrementa así las necesidades de financiación del segundo operador en más de un tercio. Como Telecom Italia Mobile no debe hacer frente a ese gasto, no es cierto que el pago inicial no haya reforzado su posición. telecom Italia puede utilizar los recursos financieros que se ahorra para extender su red de distribución o para hacer ofertas especiales a posibles clientes.

Por otra parte, Telecom Italia Mobile posee una importante ventaja temporal para rentabilizar sus cuantiosas inversiones para el desarollo del GSM. Por último, cuando ponga su red a disposición del segundo operador, por mor del servicio itinerante nacional, éste no se beneficiará gratuitamente de la inversión, sino que deberá contribuir también a su amortización.

(22) El hecho de que los candidatos a la segunda licencia tuviesen conocimiento del falseamiento de la competencia en el mercado italiano del GSM en beneficio de Telecom Italia Mobile no varía lo más mínimo este desequilibrio. Por otro lado, las empresas que, a pesar de todo, querían introducirse en el mercado no tenían más alternativa que integrar esta desventaja en su plan de empresa.

Por consiguiente, no es cierto que el pago no vaya a tener incidencia alguna sobre los precios y la cobertura geográfica. La concesión del segundo operador refleja los objetivos que éste se ha comprometido a cumplir, tras haberlos rebajado en función del coste del pago inicial. En este sentido, cabe señalar que el propio Gobierno italiano admite que, en ausencia del pago inicial, los candidatos habrían « podido modular de manera diferente los objetivos económicos fijados para cada uno de los parámetros de evaluación ». La mera posibilidad de « roaming » a escala nacional prevista en el pliego de condiciones no puede considerarse como una compensación suficiente de la desventaja impuesta al segundo gestor. Hasta la fecha, el Gobierno italiano no ha informado a la Comisión de la aplicación de un acuerdo al respecto con el segundo operador.

(23) Por último, el argumento según el cual, en caso de abandono del pago inicial, habría que repetir el procedimiento de licitación para respetar los principios de transparencia y no discriminación tampoco resulta convincente.

Teniendo en cuenta el hecho de que el consorcio seleccionado hubiese presentado la mejor oferta respecto de todos los otros criterios de selección, los elementos que indujeron a la Comisión a afirmar en su carta de 11 de mayo de 1994 que era posible y necesario reconsiderar el pago inicial sin poner en entredicho o retrasar el comienzo del servicio del segundo operador.

Por otra parte, la ponderación de los diferentes criterios de selección no se había comunicado a los candidatos, que no podían por lo tanto afirmar que hubieran realizado una mejor oferta de haber sabido que se iba a abandonar la puja. En efecto, la ponderación del pago inicial habría podido ser mínima o nula.

Sea como fuere, para interferir en un problema que debe zanjarse en parte según el Derecho italiano, la Comisión deja al Gobierno italiano la facultad de escoger los medios para corregir la infracción, sin prever expressamente el reembolso del pago inicial, ya que no es el único medio posible de subsanar el desequilibrio que ha propiciado. El Gobierno italiano podría imponer un pago idéntico a Telecom Italia Mobile o adoptar medidas de corrección como las discutidas en los contactos entre la Comisión y las autoridades italianas, como por ejemplo :

— el reconocimiento a cualquier operador de un derecho incondicional a establecer sus propias infraestructuras (poniendo a su disposición las radiofrecuencias necesarias para establecer enlaces hertzianos) o a utilizar las infraestructuras existentes de terceras empresas, como FS, las autopistas o ENEL,

— la aplicación efectiva del acuerdo de servicio itinerante entre los dos operadores de radiotelefonía GSM, que desde un punto de vista técnico y de tarificación, contrarrestaría el retraso del segundo operador,

— el acceso por cualquier operador a la base de usuarios de Telecom Italia-TACS 900, sin perjuicio de la confidencialidad de los datos,

— la revisión de las tarifas de interconexión con la red telefónica conmutada de Telecom Italia,

— la concesión a cualquier operador del derecho a utilizar otras tecnologías, como el DCS-1800 o el DECT, para ofrecer su servicio.

En ningún caso podría considerarse una corrección apropiada a la infracción una solución que supusiera revocar la concesión otorgada, puesto que eliminaría al único competidor existente de la empresa pública Telecom Italia Mobile en el mercado del GSM y extendería el actual monopolio de Telecom Italia, en materia de telefonía fija, a la radiotelefonía GSM durante el plazo necesario para publicar una nueva convocatoria de ofertas, dificultando aún más la competencia, merced a la ventaja temporal complementaria que ello implicaría.

(24) Las objeciones de la Comisión al pago inicial impuesto al segundo operador y no a Telecom Italia Mobile no se basan en el artículo 6 del Tratado. En el presente procedimiento, la cuestión no está en la discriminación en sí, sino en el efecto de la medida estatal, que, como se ha demostrado en los puntos 17 y 18, consiste en inducir al organismo de telecomunicaciones,o bien a extender su posición dominante, o bien a restringir la producción, el mercado o el progreso técnico.

El presente procedimiento tiene por objeto conseguir que el Gobierno italiano adopte las medidas necesarias para evitar tal efecto. La medida más evidente sería la imposición de un pago idéntico a Telecom italia Mobile.

(25) No obstante, a instancia del Gobierno italiano, la Comisión está dispuesta a examinar la posibilidad de que éste ponga fin a la infracción adoptando otras medidas que compensen de manera efectiva la desventaja del segundo operador.

Es el Gobierno italiano quien debe realizar propuestas al respecto. Sea como fuere, debe facilitar datos cuantificados sobre estas propuestas que demuestren que constituyen una compensación efectiva de los 750 000 millones de liras italianas pagadas por Omnitel.

Apartado 2 del artículo 90

(26) El apartado del artículo 90 del Tratado dispone que las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general quedarán sometidas a las normas sobre competencia, en la medida en que su aplicación no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El Gobierno italiano no ha invocado esta disposición para justificar el pago económico inicial impuesto al segundo operador.

(27) Por su parte, la Comisión considera que las disposiciones del apartado 2 del artículo 90 del Tratado no son aplicables en el presente caso, ya que no dispone de ningún elemento que le permita concluir que el pago económico inicial esté justificado por el cumplimiento de hecho o de derecho de un objetivo de interés económico general.

CONCLUSIÓN

(28) Habida cuenta de las consideraciones expuestas, la Comisión concluye que la desventaja que desde el punto de vista de la competencia representa el pago inicial impuesto únicamente al segundo operador con relación a la concesión para explotar una red GSM en Italia constituye una infracción del apartado 1 del artículo 90 en combinación con el artículo 86.

HA ADOPTADO LA PRESENTE DECISIÓN:

Artículo 1

El Gobierno italiano adoptará las medidas necesarias para eliminar el falseamiento de la competencia que resulta del pago inicial impuesto a la empresa Omnitel Pronto Italia y garantizar la igualdad de condiciones entre los operadores de radiotelefonía móvil GSM del mercado italiano a más tardar el 1 de enero de 1996:

— ya sea imponiendo un pago idéntico a Telecom Italia Mobile,

— ya sea adoptando, previo acuerdo de la Comisión, medidas correctoras equivalentes en términos económicos al pago efectuado por el segundo operador GSM.

Las medidas concretas que se adopten no deberán afectar a la competencia que establece la autorización, el 2 de diciembre de 1994, de un segundo operador.

Artículo 2

EL Gobierno italiano informará a la Comisión, dentro de los tres meses siguientes a la notificación de la presente Decisión, acerca de las medidas que hubiere adoptado en cumplimiento de la misma.

Artículo 3

El destinatario de la presente Decisión será la República Italiana.

Hecho en Bruselas, el 4 de octubre de 1995.

Por la Comisión

Karel VAN MIERT

Miembro de la Comisión