

ACUERDO POR EL QUE SE CONTESTA A LA CONSULTA PLANTEADA POR TRANSPORTES URBANOS DE SEVILLA, S.A.M. SOBRE LA POSIBILIDAD DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ACCESO A INTERNET WIFI EN EL INTERIOR DEL TRANSPORTE PÚBLICO URBANO

CNS/D TSA/048/18/INTERNET WIFI AUTOBUSES Y TRANVÍAS

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Benigno Valdés Díaz
D. Mariano Bacigalupo Saggese
D. Bernardo Lorenzo Almendros
D. Xabier Ormaetxea Garai

Secretario de la Sala

D. Joaquim Hortalà i Vallvé, Secretario del Consejo

En Madrid, a 6 de septiembre de 2018

Vista la consulta planteada por Transportes Urbanos de Sevilla, S.A.M. sobre la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet WiFi en el interior de autobuses y tranvías utilizados para la prestación del servicio público de transporte municipal, la **SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA** acuerda lo siguiente:

I. OBJETO Y DESCRIPCIÓN DE LA CONSULTA

Con fecha 22 de enero de 2018, tuvo entrada en el registro de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) escrito del Director Gerente de la empresa Transportes Urbanos de Sevilla, Sociedad Anónima Municipal¹ (TUSSAM) en el que manifiesta su interés en fomentar el uso del transporte público urbano (autobuses y tranvías) dentro de la ciudad de Sevilla. Con este objetivo ha diseñado un proyecto para que sus usuarios *“puedan acceder a Internet durante su trayecto, sin coste añadido sobre el precio vigente del billete”*.

¹ De acuerdo con el artículo 1 de sus estatutos sociales, aportados junto al escrito de consulta, *“el Excmo. Ayuntamiento de Sevilla presta el servicio de transporte urbano en régimen de monopolio y en forma de sociedad mercantil exclusivamente municipal, a cuyo efecto tiene constituida la empresa Transportes Urbanos de Sevilla, Sociedad Anónima Municipal”*. A estos efectos, el objeto social de T USSAM es la gestión, explotación y administración del (i) transporte urbano municipal (suelo, subsuelo y aire) y supramunicipal, (ii) aparcamientos y (iii) estaciones de autobuses.

Para la realización del mencionado proyecto, TUSSAM señala en su escrito que pretende llevar a cabo las siguientes actuaciones:

- Instalar un router/hotspot WiFi, que será de su propiedad², en su flota de vehículos (autobuses y tranvías), cuyo ámbito de cobertura estará restringido al interior de cada vehículo, sin que se extienda a otras zonas públicas exteriores.
- TUSSAM contrataría con uno de los tres operadores móviles de red³ la prestación de un servicio de transmisión de datos. El router/hotspot WIFI se comunicará con un servidor central, propiedad del proveedor del servicio de acceso a Internet, mediante líneas móviles de datos de banda ancha 3G/4G/LTE.
- La prestación del servicio de acceso a Internet (navegación web libre) se realizará a través de un portal cautivo web, previa identificación del cliente, en el que se establecerán las condiciones de acceso al servicio, incluyendo sus limitaciones y restricciones de uso. Un tercer operador de comunicaciones electrónicas prestará este servicio únicamente a los usuarios del transporte urbano municipal durante su trayecto, sin coste añadido sobre el precio vigente del billete.
- En todo momento, se informará a los clientes de quiénes son los operadores de comunicaciones electrónicas responsables del servicio.

A estos efectos, TUSSAM plantea las siguientes cuestiones relacionadas con el proyecto:

- Si se debe notificar formalmente el servicio prestado a la CNMC y/u otros organismos.
- Si TUSSAM debe figurar inscrito en el Registro de Operadores. En tal caso, cómo habría de efectuarse dicho trámite y qué obligaciones conllevaría.
- Si es necesario que TUSSAM tenga incluido en su objeto social la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o si es suficiente que los operadores del servicio subcontratados cumplan dicho requisito.
- En qué condiciones se puede realizar el servicio a nivel de calidad y seguridad, velocidades de subida/bajada, horarios, limitación en tiempos/contenidos, obligatoriedad del registro para identificación de los usuarios, etc.

² Este equipamiento será fabricado y suministrado por la empresa **[CONFIDENCIAL]**

³ Según el Ayuntamiento, Telefónica Móviles de España, S.A.U., Vodafone España, S.A.U. y Orange Espagne, S.A.U.

- Si existe alguna limitación legal para que TUSSAM ofrezca gratuitamente por tiempo indefinido y sin sujeción al principio de inversor privado, el servicio de acceso a Internet WiFi a los ciudadanos en el interior del transporte urbano (autobuses y tranvías).
- Si existe cualquier otra consideración a tener en cuenta sobre el esquema y características del sistema planteado.

El presente acuerdo tiene como objeto contestar a las cuestiones planteadas y determinar, en consecuencia, el tratamiento regulatorio aplicable a la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet a través de redes WiFi en el interior del transporte urbano.

II. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Las competencias de la CNMC para contestar la presente consulta resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial. Tal y como señala el artículo 5.2 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC (en adelante, LCNMC) esta Comisión actuará como órgano consultivo sobre las cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados y sectores económicos. En este sentido, el artículo 8.1 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto orgánico de la CNMC, atribuye al Consejo de este organismo, entre otras, las funciones consultivas previstas en la Ley.

Del mismo modo, el artículo 5.3 de la Ley CNMC establece que, en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, la CNMC estará a lo dispuesto en el artículo 6, atribuyendo a este organismo el artículo 6.5 de esta Ley *“realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, y su normativa de desarrollo”*. Esta remisión a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, ha de entenderse efectuada en la actualidad a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), que ha derogado la anterior ley.

En este sentido, el artículo 70 de la LGTel, en su apartado I), establece la función consultiva de esta Comisión cuando sea consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales.

Asimismo, y de acuerdo con los artículos 7 y 69.b) de la LGTel, la competencia para la gestión del Registro de Operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas corresponde al Ministerio de Economía y Empresa⁴, pero se sigue ejerciendo por la CNMC en aplicación del régimen

⁴ La ley se refiere al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, pero de conformidad con el Real Decreto 355/2018, de 6 de junio, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales (publicado en la sección I, página 58722 del Boletín Oficial del Estado de 7 de junio de 2018), la

previsto en la disposición transitoria décima de la LGTel, hasta que el citado Ministerio asuma efectivamente esta competencia.

Por último, en particular, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC resulta competente para emitir este acuerdo, en virtud de lo previsto en los artículos 20.1 y 21.2 de la LCNMC y los artículos 8.1 y 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por el Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

III. CONTESTACIÓN A LA CONSULTA PLANTEADA

Como se señala en el apartado I (Objeto y descripción de la consulta), TUSSAM ha planteado la posibilidad de prestar gratuitamente el servicio de acceso a Internet WiFi en el interior de los autobuses y tranvías a los usuarios del servicio público de transporte municipal de Sevilla.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) calificó, en su Resolución de 25 de febrero de 2009⁵, la prestación del servicio de acceso a Internet en el interior de autobuses del transporte metropolitano urbano de Madrid como un servicio “*disponible al público en general*” que debía ser inscrito en el Registro de Operadores.

Sin embargo, en el momento actual, teniendo en cuenta la descripción realizada por TUSSAM, esta Sala entiende que la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet en el interior de los autobuses y tranvías limitado a los usuarios del servicio público de transporte urbano presenta unas características muy similares a la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet en el interior de hospitales⁶, establecimientos comerciales -hoteles, restaurantes, cafeterías o centros comerciales, examinado en el año 2010⁷-, sanatorios⁸, museos⁹,

Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (SESIAD), que es la Secretaría que ha ejecutar esta competencia, ha quedado integrada en el Ministerio de Economía y Empresa.

⁵ Resolución por la que se da contestación a la consulta formulada por la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A. sobre distintos aspectos de la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas –expte. núm. RO 2008/1527-.

⁶ Acuerdo del Secretario de la CMT de 1 de marzo de 2010 sobre la prestación del servicio de acceso a internet gratuito en hospitales –expte. núm. RO-CLT 2010/99-.

⁷ Resolución de la CMT de 7 de septiembre de 2010 sobre los criterios sobre la consideración como inscribibles en el Registro de Operadores de actividades de comunicaciones electrónicas realizadas por establecimientos comerciales, tales como hoteles, restaurantes y cafeterías -expte núm. RO 2010/1379-.

⁸ Resolución del Secretario de la CMT de 8 de marzo de 2012 sobre la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en sanatorios –expte. núm. RO 2011/2445-.

⁹ Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 29 de abril de 2014 la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet en museos –expte. núm. CNS/D TSA/437/14/ INTERNET WIFI MUSEO PICASSO.

mercados centrales¹⁰, edificios administrativos y albergues¹¹. En estos casos, se consideran actividades auxiliares de una actividad principal y que no se prestan al público en general por los titulares de los establecimientos. Estos tres últimos supuestos (mercados centrales de abastos, edificios administrativos y albergues municipales) han sido analizados muy recientemente por la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, en sus acuerdos de fechas 7 y 30 de marzo de 2017, respectivamente (notas al pie 10 y 11).

En dichos acuerdos, la Sala de Supervisión Regulatoria señaló ciertos criterios que permiten establecer en qué supuestos no se prestan servicios de comunicaciones electrónicas al público en general susceptibles de ser controlados como actividades de comunicaciones electrónicas, eximiéndose a los titulares o gestores de los establecimientos en los que se prestan estos servicios de la obligación de notificar al Registro de Operadores.

Por similitud de circunstancias y en aras a garantizar la aplicación de los principios de seguridad jurídica y confianza en el sector -aplicación de condiciones semejantes en circunstancias equivalentes- y de interpretación analógica, la conclusión ha de ser la misma si el servicio de acceso a Internet en el interior de los autobuses y tranvías públicos se presta en las mismas circunstancias que en el interior de los establecimientos comerciales, hospitales, sanatorios, museos y mercados centrales de abastos, analizados anteriormente.

Para aplicar la doctrina establecida en estos acuerdos, deberían concurrir los siguientes criterios:

- **Cobertura:** que el ámbito de cobertura de los puntos de acceso o hotspots WiFi esté restringido a un espacio físico concreto, es decir, el interior de los autobuses y tranvías, vehículos empleados para la prestación del servicio público de transporte municipal.
Según el escrito de consulta analizado en el presente expediente, el servicio se prestará únicamente a bordo de los vehículos, durante el trayecto de los clientes del transporte público urbano; de modo que este primer criterio se cumpliría.
- **Destinatarios:** que los destinatarios del servicio reúnan una determinada condición de pertenencia a un grupo. El acceso se daría únicamente a las personas que están dentro del autobús y/o tranvía, previa compra del correspondiente billete de transporte, y que se desplazan de un lugar a otro dentro de la ciudad de Sevilla.

¹⁰ Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 7 de marzo de 2017 sobre la prestación gratuita del servicio de acceso a Internet WiFi en los mercados de abastos -expte. núm. CNS/D TSA/497/16/INTERNET WIFI MERCACORDOBA-.

¹¹ Acuerdo de la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC de 30 de marzo de 2017 sobre la posibilidad de prestación gratuita del servicio de acceso a internet WiFi en edificios públicos -expte. núm. CNS/D TSA/499/16/INTERNET WIFI PRINCIPADO DE ASTURIAS-.

Este es el presupuesto del que parte la consulta planteada, de modo que este segundo criterio también se cumpliría en el presente caso.

- **Carácter del servicio:** que la actividad de telecomunicaciones sea accesoria y auxiliar a la relación económica principal que vincule a TUSSAM con el servicio público a los usuarios del servicio transporte urbano.

El servicio que se quiere prestar por TUSSAM es también accesorio al servicio principal que presta a los usuarios, incluso previéndose restricciones a determinados contenidos; así, podría concluirse que también se cumple este requisito.

- **Responsabilidad del servicio:** los ciudadanos deben ser conscientes de que el prestador –real– del servicio es un operador de comunicaciones electrónicas (esto es, en sentido contrario, de que TUSSAM no es un operador de telecomunicaciones).

En este sentido, el escrito de la consulta planteada sostiene que “*TUSSAM informará a sus clientes de quiénes son en cada momento los operadores de comunicaciones electrónicas responsables del servicio*”, siendo el servicio de acceso a Internet prestado por un “*operador de telecomunicaciones especializado*”.

Por tanto, TUSSAM no se responsabilizará frente a los usuarios finales del transporte de la señal en que consiste el servicio de acceso a Internet WiFi frente a los usuarios del servicio municipal de transporte, ni garantizará aspectos esenciales como la calidad del servicio, ni ofrecerá un servicio de atención al cliente a través del cual se atenderán reclamaciones. Por tanto, también este requisito concurre en el presente caso.

En aplicación de los mencionados criterios acumulativos, TUSSAM tiene la consideración de cliente o usuario final¹² del operador de comunicaciones electrónicas con el que contrata la prestación del servicio de acceso a Internet a semejanza de los supuestos de mercados centrales de abastos, albergues públicos y museos examinados.

Con los presupuestos de la consulta, TUSSAM no tiene intención de realizar una oferta pública de la prestación de un servicio que implique el ejercicio de una actividad económica independiente de su actividad principal de prestación del servicio público de transporte colectivo urbano.

En definitiva, concurriendo los requisitos anteriores, que se desprenden del escrito de consulta formulado ante esta Comisión, la instalación y explotación de

¹² El Anexo II de la LGTel, define en su apartado 42 al usuario final como “*el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público ni tampoco los revende*”.

puntos de acceso WiFi en los autobuses y tranvías gestionados por TUSSAM y la facilitación del servicio de acceso a Internet no es calificado por esta Sala, en el momento actual, como una explotación de red y una prestación de un servicio disponibles al público en general.

Ello implica que TUSSAM no tendrá la condición de operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas ni tendrá que figurar inscrito en el Registro de Operadores para la realización de tales actividades, de conformidad con el artículo 6.2 de la LGTel. Asimismo, tampoco deberá someterse a las condiciones establecidas en el artículo 9 del citado texto legal y de la Circular 1/2010, de 15 de junio¹³, que establece ciertos requisitos a respetar por las Administraciones públicas cuando pretenden prestar servicios de comunicaciones electrónicas al público con carácter gratuito.

En esta línea abunda la propuesta de Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas¹⁴ presentada por la Comisión Europea el pasado 14 de septiembre de 2016 dentro del paquete de conectividad para 2025¹⁵. Concretamente, el artículo 55.1, segundo párrafo, de la mencionada propuesta de Código establece que si una empresa, administración pública o usuario final pone a disposición de terceros su red inalámbrica para acceder a los servicios de comunicaciones electrónicas que sobre ella se prestan sin finalidad comercial y como complemento auxiliar de una actividad económica principal o la prestación de un servicio público no vinculados al transporte de la señal, tal empresa, administración pública o usuario final no están sujetos al régimen de autorización general, no tienen que garantizar el cumplimiento de los derechos de los usuarios finales previstos en la normativa sectorial y no se le podría imponer la obligación de interconexión prevista en el artículo 59 de la misma propuesta legislativa¹⁶.

Por último, procede señalar que, si TUSSAM dejase de ajustar su actividad a los parámetros señalados y se presentase como operador frente a sus clientes, debería notificar la actividad para inscribirse en el citado Registro de Operadores como explotador de red y prestador de servicios de comunicaciones electrónicas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la LGTel. En ese caso,

¹³ Circular 1/2010, de 15 de junio, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas.

¹⁴ COM (2016) 590 final; 2016/0288 (COD): Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo estableciendo el Código Europeo de comunicaciones electrónicas.

¹⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3008_es.htm

¹⁶ La traducción es propia. El artículo propuesto indica: “1. *Competent authorities shall allow the provision of access through radio local area networks to a public communications network as well as the use of the harmonised radio spectrum for that provision, subject only to applicable general authorisation conditions. Where that provision is not commercial in character or is ancillary to another commercial activity or public service which is not dependent on the conveyance of signals on those networks, any undertaking, public authority or end-user providing such access shall not be subject to any general authorisation for the provision of electronic communications networks or services pursuant to Article 12, to obligations regarding end-users rights pursuant to Title III of Part III of this Directive nor to obligations to interconnect their networks pursuant to Article 59 (1)*”.

debería someterse a las condiciones establecidas en el artículo 9 del citado texto legal, que exige a los entes u organismos públicos incluir en su objeto social o finalidad la instalación y explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. En el mismo sentido, en ese supuesto, habría que analizar el encaje del servicio en el resto de normativa aplicable y en la Circular 1/2010.

Se recuerda que, de conformidad con los artículos 4.1 del Reglamento de Prestación de Servicios¹⁷ y 10 de la Circular 1/2010, la prestación gratuita de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones públicas ha de ser examinada por la CNMC para comprobar si afecta a la competencia y, en su caso, se pueden imponer las condiciones correspondientes, en especial la fijación del período de tiempo en el que podrá prestarse el servicio. En todo caso, estas circunstancias deberían abordarse en un expediente específico incoado a tal fin, si fuera necesario –estando excluido en el proyecto consultado, que no se califica como actividad dirigida al público en general e inscribible en el Registro de Operadores-.

IV. FOMENTO DE LA COMPETENCIA EN LA CONTRATACIÓN

Como se ha señalado anteriormente, TUSSAM indica en su escrito de solicitud que contratará con uno de los tradicionales operadores móviles de red la prestación de un servicio de transmisión de datos entre el router/hostpot WIFI instalado en el autobús/tranvía y el servidor central del proveedor de acceso a Internet mediante el procedimiento de contratación que corresponda –citando TUSSAM tres prestadores en particular-.

Como TUSSAM conoce, cualquier procedimiento de contratación pública debe respetar los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y libre concurrencia que encuentran su fundamento en los Tratados de la Unión y en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

A este respecto, es interesante citar, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2015, de 30 de abril¹⁸ ha señalado que “[las reglas que regulan la preparación y adjudicación de contratos] *garantizan, (...), que la contratación se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y aseguran, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a*

¹⁷ Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

¹⁸ Recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013 en relación con los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid. B.O.E. núm. 136, de 8 de junio de 2015.

satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. En definitiva, estas reglas pueden considerarse materialmente básicas, pues constituyen el mínimo común uniforme que permite garantizar, de un lado, la igualdad de los licitadores y su tratamiento común ante las Administraciones [SSTC 141/1993, de 22 de abril, FFJJ 5 y 6 b); 56/2014, de 10 de abril, FJ 3] y, de otro, la eficiente utilización de los fondos públicos.” (El subrayado es nuestro).

La normativa sectorial de telecomunicaciones también fomenta los principios de igualdad, libre concurrencia y no discriminación entre operadores, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la LGTel, relativo a los objetivos y principios del citado texto legal, entre otros:

“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones para potenciar al máximo los beneficios para las empresas y los consumidores, principalmente en términos de bajada de los precios, calidad de los servicios e innovación, teniendo debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas áreas geográficas, y velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos.

c) Promover el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, fomentando la conectividad y la interoperabilidad extremo a extremo y su acceso, en condiciones de igualdad y no discriminación.

h) Fomentar, en la medida de lo posible, la neutralidad tecnológica en la regulación.”

En cumplimiento de los mencionados principios, TUSAM no debería limitar la contratación del servicio de transmisión de datos entre los hostposts WiFi y el servidor central del proveedor de acceso a Internet únicamente a los tres operadores móviles de red con mayor volumen de espectro (Telefónica, Vodafone y Orange), sino que la licitación pública debe estar abierta a cualquier operador de comunicaciones electrónicas que acredite su capacitación técnica para la prestación del servicio objeto de contratación. En concreto, los operadores móviles completos y los operadores móviles prestadores de servicios están en igualdad de condiciones –con respecto a los tradicionales operadores móviles de red- de prestar el servicio de transmisión de datos sujeto a licitación pública por TUSAM¹⁹.

¹⁹ A efectos meramente indicativos, el Anexo I de la Resolución de la CNMC de fecha 4 de abril de 2017 por la cual se aprueba la definición y análisis del mercado mayorista de acceso y originación en redes móviles (mercado 15/2003) y se acuerda su notificación a la comisión europea y al organismo de reguladores europeos de comunicaciones electrónicas (Expte núm. ANME/D TSA/002/16 MERCADO 15), establece una relación de los operadores móviles presentes en el mercado nacional en aquel momento. A día de hoy, hay algunos cambios, pero la relación de operadores es indicativa del grado de competencia y de las alternativas que hay en el sector.

Asimismo, nada impide que cualquier otro operador dedicado a la explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas pueda presentarse a la licitación pública subcontratando a un operador móvil el transporte de la señal mediante líneas móviles de banda ancha 3G/4G/LTE para permitir el transporte de datos entre los hotspots WiFi y su servidor central para el acceso a Internet.

A estos efectos, el artículo 75 de la LCSP establece la posibilidad de integrar la solvencia con medios externos, transponiendo así a nuestro ordenamiento lo previsto en la Directiva sobre coordinación de procedimientos de adjudicación en contratos públicos de obras, suministro y servicios²⁰ que, a su vez, recogía la doctrina de la Sentencia *Holst* del Tribunal de Justicia de la Unión Europea²¹ y, más recientemente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2013²².

Del mismo modo, el artículo 215 de la LCSP señala que *“el contratista podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación con sujeción a lo que dispongan los pliegos. En ningún caso la limitación de la subcontratación podrá suponer que se produzca una restricción efectiva de la competencia, sin perjuicio de lo establecido en la presente Ley respecto a los contratos de carácter secreto o reservado, o aquellos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales de acuerdo con disposiciones legales o reglamentarias o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado”*.

En virtud de todo lo anterior, si bien en todo régimen de concurrencia competitiva se establecen condiciones mínimas de solvencia profesional o técnica, se recuerdan las anteriores previsiones y principios para que TUSSAM garantice el cumplimiento de los principios de publicidad, libre concurrencia y no discriminación, procurando la participación de cualquier operador de comunicaciones electrónicas en el procedimiento de licitación que tiene intención de anunciar, eliminando restricciones a la entrada del número de potenciales beneficiarios y a la competencia.

V. CONCLUSIONES

En relación con las cuestiones planteadas por TUSSAM, se concluye lo siguiente:

²⁰ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DOUE 30 de abril de 2004).

²¹ TJUE Asunto C-176/98. - *Holst Italia SpA contra Comune di Cagliari*. 2 de diciembre de 1999.

²² Recurso de Casación núm. 3583/2011. El Tribunal Supremo establece que la Ley no exige que los medios sobre los que se soporta la solvencia técnica o profesional deban estar integrados en la empresa contratante, pues admite que no estén directamente integrados en ella, lo que deja abierto el margen para que la empresa contratante pueda contratar con otras, como fue aquí el caso, que le presten sus propios medios.

- La prestación gratuita del servicio de acceso a Internet en el interior de autobuses y/o tranvías de transporte municipal planteada por TUSSAM no se considera como una actividad prestada al público en general sino como una actividad auxiliar de la actividad principal del servicio público de transporte colectivo urbano. Por este motivo, no tendrá que ser notificada al Registro de Operadores que gestiona esta Comisión, ni estará sujeta a restricciones adicionales, como las contenidas en la Circular 1/2010. Para ello, el servicio ha de estar abierto únicamente al público que utilice el autobús y el tranvía en sus desplazamientos durante la prestación del servicio de transporte y TUSSAM no se hará responsable de la prestación del servicio de acceso a internet frente a los usuarios del servicio municipal de transporte.
- Fuera de este supuesto, la prestación del servicio de acceso a Internet a través de redes WiFi al público por TUSSAM exigirá la notificación al Registro de Operadores y que esta entidad incluya en su objeto social o finalidad la instalación y explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, de conformidad con el artículo 9, apartados 1 y 3, de la LGTel. En este caso, la prestación gratuita de los servicios de comunicaciones electrónicas deberá ser comunicada previamente a la CNMC para comprobar si afecta a la competencia.
- Se recuerdan los principios de igualdad y no discriminación, transparencia y libre concurrencia que rigen en el ámbito de la contratación pública y en la normativa sectorial de telecomunicaciones, y las alternativas existentes en el sector y las posibilidades de acreditar los medios de solvencia técnica, para solicitar a TUSSAM que garantice la participación de cualquier operador de comunicaciones electrónicas en el procedimiento de licitación para la contratación del servicio de transmisión de datos entre los hotspots WiFi y el servidor central del prestador del servicio de acceso a Internet.

Comuníquese este Acuerdo a la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y notifíquese al interesado.