



RESOLUCION (Expte. 1/2011,CONCURSO SUMINISTRO CARBURANTE)

Pleno

D. Joseba Andoni Bikandi Arana, Presidente

D. Juan Luis Crucelegui Gárate, Vicepresidente

Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, Vocal

Secretario: José Antonio Sangroniz Otaegi

En Vitoria-Gasteiz, a 30 de diciembre de 2011

El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia (TVDC), con la composición ya expresada y siendo Ponente Dña. María Pilar Canedo Arrillaga, ha dictado la siguiente Resolución en el Expediente 01/2011, **CONCURSO SUMINISTRO CARBURANTE**, iniciado por el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (SVDC) como consecuencia de denuncia interpuesta contra el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz por D. José Luis Abajos Eguileta, en nombre y representación de la mercantil ESTACIONES DE SERVICIO ONAINDIA, S.L., por unas supuestas conductas prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En fecha 13 de enero de 2011 tuvo entrada en el registro del Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno Vasco una denuncia interpuesta por ESTACIONES DE SERVICIO ONAINDIA, S.L. contra el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, en relación con la convocatoria del concurso público para la contratación del Suministro de carburantes para la flota vehículos de dicho Ayuntamiento (Exp. 2010/CONSOC0117), en la que se ponían de manifiesto los siguientes hechos:
 - a) La empresa denunciante, *Estaciones de Servicio Onaindia, S.L.*, se dedica al suministro de carburantes de automoción al por menor y a otros servicios complementarios.
 - b) Dicha empresa cuenta con dos instalaciones para el suministro de carburantes de automoción al por menor en la ciudad de Vitoria-Gasteiz.
 - c) *Estaciones de Servicio Onaindia, S.L* fue adjudicataria del concurso de suministro de carburantes del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz desde enero de 2005 a septiembre de 2009.
 - d) Dicho Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz ha convocado nuevo concurso público de contratación con el objeto: Suministros de



Carburantes para la flota de vehículos del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. (B.O.T.H.A de 31 de diciembre de 2010, nº 140).

- e) Tanto en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (punto 11, lugar de entrega del suministro), como en el Pliego de Prescripciones Técnicas (punto 4, tarjetas de control para el suministro) se recogía un requisito indispensable para concurrir en el procedimiento: que la empresa adjudicataria debía tener implantación geográfica de los surtidores en todo el territorio nacional.
- f) La empresa denunciante estima que tal requisito supone una vulneración de la competencia por limitar la concurrencia de licitadores injustificadamente; ellos mismos no pudieron concurrir a la licitación –aunque recurrieron los Pliegos a través del Recurso Especial en Materia de Contratación y solicitaron la suspensión cautelar del concurso ⁽¹⁾- y calculan que únicamente existen dos empresas que puedan cumplirlo.
2. En fecha 2 de febrero de 2011, el Director de Economía y Planificación dictó resolución acordando iniciar información reservada, previa a la incoación, en su caso, del correspondiente expediente sancionador, con el fin de constatar la veracidad de los hechos denunciados, de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.
3. En fecha 10 de febrero de 2011, el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia (en adelante, SVDC) solicitó información al servicio de contratación del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, que fue cumplimentada y remitida en fecha 9 de marzo de 2011, manifestando lo siguiente:
- El motivo por el que se ha establecido el requisito de tener implantación geográfica de los surtidores en todo el territorio nacional es “facilitar nuestra propia gestión de la flota municipal, ya que nuestros propios vehículos salen del entorno local, usan autopistas y tienen necesidades de suministro a nivel nacional.”
 - En relación con la existencia de otras alternativas que restrinjan menos la posibilidad de que otros licitadores puedan concurrir al concurso se señala que “con un único suministrador se resuelve todas nuestras necesidades y se facilita la gestión. Un suministrador local con acuerdos o convenios con suministradores a nivel nacional hubiera podido presentarse.”
 - En cuanto a los últimos concursos convocados por el Ayuntamiento dicen que “De conformidad con la información suministrada por el Servicio de Contratación en los últimos cinco años se ha convocado un concurso de suministros de carburantes para la flota del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz (EXP.2009/CONSOC0037).

En dicho concurso no se incluyó el requisito de tener, por parte del adjudicatario, implantación geográfica de los surtidores en todo el territorio nacional.



A este concurso se presentó una única licitadora, la empresa SOLRED, S.A., que cumpliendo lo dispuesto en los respectivos pliegos resultó adjudicataria del contrato.”

- La única empresa que se ha presentado a la licitación en el último contrato de Suministros de carburante para la flota de vehículos del Ayuntamiento (Exp. 2010/CONSOC0117) ha sido SOLRED, S.A.

- Respecto al estado de tramitación del expediente se señala que el 18 de febrero de 2011, por acuerdo de la Junta de Gobierno Local, se realizó la selección de la oferta económicamente más ventajosa y el requerimiento de la correspondiente documentación a la empresa SOLRED, S.A.

4. En fecha 13 de julio de 2011 el Director de Economía y Planificación remitió a este Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia Propuesta de Resolución elaborada por el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia. A través de la misma el SVDC propone a este TVDC el archivo de la denuncia y la no incoación de expediente sancionador con relación a la conducta denunciada.
5. El Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia ha deliberado y fallado sobre el asunto en su reunión de 30 diciembre de 2011, siendo ponente Dña. María Pilar Canedo Arrillaga.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

6. La Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, prescribe en su artículo 49.3 que la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los artículos 1, 2 y 3 de la meritada Ley de Defensa de la Competencia y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la misma.
7. De acuerdo con la disposición adicional octava de la Ley de Defensa de la Competencia las referencias contenidas en la misma a la Comisión Nacional de la Competencia y a sus órganos de dirección relativas a funciones, potestades administrativas y procedimientos se entenderán también realizadas a los órganos de instrucción y resolución correspondientes de las Comunidades Autónomas con competencia en la materia cuando las mismas se refieran a las competencias correspondientes al artículo 13 de de la referida Ley de Defensa de la Competencia.



8. En lo que se refiere a esta Comunidad Autónoma de Euskadi, el Decreto 81/2005, de 12 de abril, modificado por el Decreto 36/2008, de 4 de marzo de modificación del Decreto de creación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del Servicio de Defensa de la Competencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi, distingue, por una parte, el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, y, por otra, el Servicio Vasco de Defensa de la Competencia, los cuales deberán ajustarse en lo que respecta a sus funciones a lo establecido por la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. En este sentido, compete al Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia dictar la resolución con relación al archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la misma, y ello de acuerdo con el artículo 44 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

9. La propuesta de resolución del SVDC establece que, a la vista de los hechos objeto de denuncia, no se observa en los mismos indicios de infracción a los preceptos de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, motivo por el cual propone a este TVDC la no incoación de procedimiento sancionador.

No obstante lo anterior, el SVDC propone a este TVDC, la realización de actividades de promoción ante el Servicio de Contratación del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, para fomentar la competencia en el diseño, desarrollo y ejecución de sus procedimientos de contratación.

10. Los hechos objeto de denuncia se desarrollan en el mercado de suministro de combustibles de automoción al por menor al que el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz desea acceder en demanda de suministro para los vehículos que integran su parque móvil. El Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz opera en dicho mercado como demandante de suministro de carburante.

11. Nos encontramos con una Administración Pública, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, sujeta al principio de legalidad ex artículos 9 y 103 de la CE, que para el ejercicio de las competencias reconocidas por Ley (Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local), desea acceder al citado mercado para contratar con los operadores económicos de dicho mercado el suministro de distintos carburantes a los vehículos adscritos al parque móvil del citado Ayuntamiento. No es libre para contratar con el operador económico que quiera para satisfacer el interés general que en cada caso concreto está llamado a conseguir en virtud de su sujeción a la legalidad. Está sujeta a una regulación especial, como es la que disciplina la Contratación del Sector Público, actualmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público. Dicha Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma 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 de asegurar, en 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 satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente mas ventajosa.

La salvaguarda de la libre competencia en el ámbito contractual administrativo lleva consigo con carácter necesario el cumplimiento de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y la Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

12. En el ámbito de la contratación pública el sometimiento a la normativa de defensa de la competencia de las entidades integrantes del sector público observa un carácter principal, toda vez que el sometimiento a dicha regulación especial no sólo deriva de la propia Ley reguladora de la contratación del sector público ya expuesta, sino también de la norma específica reguladora de la defensa de la competencia, Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y la Ley 3/1991, de Competencia Desleal. En tanto en cuanto los entes integrantes del sector público quieren acceder a los diferentes mercados en demanda de obras, servicios y suministros para la satisfacción del interés general, están sujetas a la normativa específica que regula no sólo la contratación administrativa, sino también la normativa de defensa de la competencia.
13. Partiendo de dichas premisas, la celebración de contratos por las Administraciones Públicas requiere la previa tramitación del correspondiente expediente, que se inicia por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. En la conformación del expediente administrativo de contratación cabe distinguir dos partes, una de preparación, y otra de adjudicación. Dentro del ámbito de la preparación, cabe observar una parte económica, como es la aprobación del crédito que va soportar la ejecución del contrato, y una parte jurídica, como es la aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares, así como pliegos de prescripciones técnicas particulares.
14. Los Pliegos de cláusulas administrativas y de Prescripciones Técnicas en la contratación constituyen elementos esenciales en la contratación, que deben contener todas las cláusulas y condiciones que han de regir la licitación, la adjudicación y la ejecución del contrato.

En virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2005, R^o 412/2002,

“...es sabido que en la contratación administrativa existen varias fases, perfectamente diferenciadas entre ellas, de preparación, adjudicación y ejecución del contrato, cada una de ellas con su propia regulación, dando lugar cada fase a determinadas resoluciones que tienen la condición de actos separables y que, en esa condición, pueden ser impugnados ante los Tribunales separadamente del resto de los actos siguientes, y así el contrato se rige, en lo no previsto en la legislación de contratos de las



administraciones Públicas, por lo que al respecto se establezca en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y en los pliegos de prescripciones técnicas que la Administración contratante aprueba respecto de cada concreto contrato, y que contienen el conjunto de cláusulas de carácter jurídico, económico y técnico que regirán cada contrato, cláusulas las anteriores que si no son atacadas oportunamente mediante la impugnación de los pliegos que las contienen, devienen consentidas y ya no pueden ser impugnadas mas tarde al socaire de los actos posteriores de la adjudicación del contrato, ya que esta adjudicación se ajusta en todo a lo previsto en aquellos pliegos, que pudieron y debieron ser impugnados en su momento si los interesados los consideraban contrarios a Derecho...(...).”

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2006, Rº 3092/2003,

“Como es sobradamente conocido la jurisprudencia de esta Sala relativa al Pliego de Condiciones es unánime en afirmar que según nuestro ordenamiento jurídico y las declaraciones de numerosas Sentencias, esos Pliegos o bases constituyen ley del concurso (...).”

15. La empresa denunciante ESTACIONES DE SERVICIO ONAINDIA, S.L se dedica al suministro de carburantes al por menor, y ha proveído al Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz durante los años que van del 2005 al 2009, al haber sido adjudicataria del concurso de suministro de carburantes.
16. En fecha 31 de diciembre de 2010 convocó, mediante anuncio en el BOTHA nº 140, nuevo concurso para el suministro de carburantes para los vehículos integrantes de la flota del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.
17. A juicio del denunciante, tanto en el Pliego de Cláusulas administrativas (Punto 11), como en el Pliego de Prescripciones Técnicas (Punto 4) se recogía un requisito indispensable para concurrir en el procedimiento, como es que la empresa adjudicataria debía tener implantación geográfica de los surtidores en todo el territorio nacional. Sigue señalando la denunciante que tal requisito supone una vulneración de la competencia por limitar la concurrencia de licitaciones injustificadamente. Dicha empresa no pudo concurrir a la licitación, aunque recurrió los Pliegos a través del Recurso especial en materia de contratación, solicitando la suspensión cautelar del concurso.

A juicio del denunciante dicha conducta supone la vulneración del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, que prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional. Asimismo, señala la denunciante, posibilita la posición dominante prohibida en el artículo 2 de dicha Ley para las dos grandes empresas que dicha Ley intenta impedir.



- 18.** A través de la presente este TVDC debe analizar si de la conducta objeto de denuncia cabe desprender indicios racionales de vulneración de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

El SVDC propone a este TVDC la no incoación del procedimiento sancionador por no apreciar en la conducta denunciada indicios racionales de vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia. Asimismo, propone que el TVDC realice actividades de promoción ante el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz (Servicio de Contratación) para fomentar la competencia en el diseño, desarrollo y ejecución de sus procedimientos de contratación.

- 19.** En primer lugar, este TVDC debe constatar que en el concurso público convocado por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz para el suministro de carburantes para los vehículos integrante de la flota municipal, la empresa denunciante no ha presentado oferta alguna a la referida licitación, y si bien ha interpuesto recurso especial contra el anuncio de licitación, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y los pliegos de prescripciones técnicas y demás documentos contractuales, el mismo ha sido interpuesto extemporáneamente según se desprende del acuerdo adoptado en fecha 14 de enero de 2011 por la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz¹.

Así cabe constatar inicialmente que la denunciante no ha ejecutado debidamente los mecanismos jurídicos que la Ley de Contratos del Sector Público establece en defensa de su interés en el procedimiento de licitación, perdiendo el mismo como consecuencia de su inactividad.

Como quiera que con carácter residual ha acudido a la Autoridad de Competencia en el País Vasco poniendo en conocimiento de la misma el carácter contrario a la Ley de Defensa de la Competencia, de alguna de las cláusulas del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en concreto la 11, así como del Pliego de Prescripciones Técnicas, procede acceder al análisis de las mismas desde la perspectiva de la defensa de la competencia.

- 20.** El artículo 1º de la referida Ley de Defensa de la Competencia, estima como conducta prohibida todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional. Como premisa, la aplicación de dicho precepto exige un elemento consensual de carácter bilateral o multilateral. Así lo ha señalado el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia en diferentes resoluciones, como la Resolución de 22 de marzo de 2000 en el Expediente R 397/99, asunto Canteras del Bierzo, la

¹ En <http://www.vitoria-gasteiz.org/wb004/docs/es/Acta-3490.pdf>.



Resolución de 17 de enero de 2002, expediente 510/01, asunto Fujifilm, la Resolución de 11 de junio de 2001, expediente 490/00, asunto Repsol, etc.....

En el supuesto que nos ocupa, no se desprende acuerdo alguno, ni expreso ni tácito, ni bilateral ni colectivo; tan sólo se trata de una decisión unilateral de una entidad local en el ejercicio de competencias que la Ley le atribuye en materia de contratación pública. En este sentido, sólo cabe señalar que no existe vulneración alguna del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

21. En lo que respecta al abuso de posición dominante, el artículo 2 de la citada Ley de Defensa de la Competencia, prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado. No se prohíbe la posición de dominio en el mercado, sino el abuso de dicha posición.

Dicha posición de dominio la debe protagonizar una empresa, ya sea pública o privada, en el inherente desarrollo de actividades económicas para el cumplimiento de sus fines. El concepto de empresa viene a ser definido de una forma amplia². Comprende cualquier sujeto de derecho que ejerza de forma autónoma una actividad económica en el mercado, con independencia de su estatuto jurídico³. Lo determinante no es su forma jurídica, sino el hecho de que ejerza una actividad económica, cuando actúa en el ámbito de la gestión. A sensu contrario, sólo se excluye del concepto de empresa cuando la actividad constituye puramente ejercicio del poder público.

La constatación de la comisión de la infracción de la prohibición de abuso de posición dominante requiere la delimitación del mercado o mercados relevantes (Sentencia TJCE de 14 de febrero de 1978, United Brands Continental/Comisión, 27/76) como paso previo y necesario para establecer si la empresa imputada es efectivamente dominante y, en su caso, analizar posteriormente si ha abusado de esa situación de poder de mercado. En efecto, tal y como señala el SVDC en su propuesta de resolución, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia exige, en primer lugar, la evidencia de que el operador implicado en la conducta denunciada, ostente una posición de dominio en el mercado relevante en cuestión. Y, en segundo lugar, se requiere que se haya dado una explotación abusiva de esa posición de dominio, que en la denuncia que nos ocupa consistiría en la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos⁴.

² STJCE de 16 de junio de 1987, As. C-118/85, Comisión c. Italia y RTDC de 29 de enero de 1997, expediente R. 179/96, asunto Cruz Roja Española.

³ STJCE de 21 de septiembre, As. C-67/96, Albania Internacional.

⁴ Artículo 2 a) de la Ley de Defensa de la Competencia.



En el caso que nos ocupa debemos analizar si el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz actúa como un operador económico o empresa en el mercado relevante de suministro al por menor de carburantes a vehículos. La pregunta ofrece una respuesta rápida y sencilla, el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz tan solo accede a dicho mercado en demanda de suministro de combustibles para los vehículos integrantes de la flota municipal. No actúa como oferente, sino como demandante de carburantes, mercado en el que indudablemente puede afirmarse que no ostenta posición de dominio y, por consiguiente, tampoco puede llevarse a cabo una explotación abusiva de dicha posición.

Por tanto, si el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz no goza de posición alguna en el mercado relevante señalado, mas allá de su mera condición de demandante de suministro de carburante, difícilmente va tener una posición de dominio en el mismo, y menos aún va suponer un abuso de la misma. Por ello, cabe concluir que no existe vulneración al artículo 2 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia.

22. No obstante lo anterior, en consonancia con las directrices marcadas por autoridades de competencia nacionales e internacionales, considera este TVDC de especial relevancia el respeto a las normas de defensa de competencia en la contratación pública, ámbito de indudable importancia económica y en el que la salvaguarda de la libre competencia debe garantizar los principios de libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos, los principios de no discriminación e igualdad de trato de los candidatos, la búsqueda de una eficiente utilización de los fondos públicos mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa⁵. Entre los aspectos del diseño de los pliegos más relevantes a efectos de la competencia en las licitaciones junto con la exigencia de solvencia y clasificación a los licitadores, los requisitos técnicos innecesarios o excesivos o la exigencia de una determinada forma jurídica, puede encontrarse la denominada “discriminación por razones de territorio”. En su virtud se considera prohibida toda referencia a cláusulas de las que pudieran derivarse diferencias de trato en función de la nacionalidad, lengua, domicilio o territorio del adjudicatario, incluso de manera indirecta, como por ejemplo, la preferencia por experiencias vinculadas a un ámbito

⁵ OECD Principles on Public Procurement, 2009, en http://www.oecd.org/document/5/0,3746,en_2649_34135_41883909_1_1_1_1,00.html, COMISIÓN EUROPEA, Indicadores sobre contratación pública en 2008, Documento de Trabajo publicado el 27 de abril de 2010, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2008_en.pdf, así como la CNC Guía sobre Competencia y Contratación Pública, 2011. <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/GuiaParaAAPP/tabid/177/Default.aspx>



geográfico, o la exigencia de ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio de referencia”⁶.

Debe señalarse que una competencia adecuada entre licitadores comporta unos resultados más favorables en términos de menor precio y mayor calidad, beneficiando al interés general. La concurrencia permite a las Administraciones Públicas obtener los mejores servicios a los mejores precios.

- 23.** La licitación articulada por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz a través del referido concurso público está destinada a satisfacer necesidades administrativas en el seno del Ayuntamiento, como son las de suministro de carburantes para la flota de vehículos del ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz. La satisfacción de dichas necesidades de suministro de carburante es inherente al funcionamiento de ciertos servicios públicos, tales como policía, bomberos, servicios sociales, etc...

La denunciante en tanto en cuanto ha sido adjudicataria del concurso de suministro de carburantes del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz desde enero de 2005 a 2009, ha constatado que la mayor parte del suministro de carburantes a dichos vehículos se realiza en el término municipal, siendo la excepción los efectuados fuera del término municipal.

El hecho de que en la citada licitación se recoge como requisito de ejecución del contrato que la empresa adjudicataria tenga implantación geográfica de surtidores en todo el territorio nacional, puede considerarse un obstáculo a la competencia efectiva al limitar la participación en la licitación de empresas que no cuenten con una red de distribución de ámbito estatal.

- 24.** Debe analizarse sin embargo si esa restricción resulta justificada y proporcional a los objetivos que pretende, así como si existieran medios menos lesivos de la competencia para alcanzar los objetivos que se pretenden.

Lo excepcional en la realización del suministro de carburantes que se lleva a cabo fuera del término municipal de Vitoria-Gasteiz, subraya el hecho de que la restricción a la competencia que supone que el adjudicatario deba tener implantación geográfica de surtidores en todo el territorio del Estado resulte injustificada. Tal y como señala el SVDC en su Propuesta de Resolución la condición de tener implantación geográfica de surtidores en todo el territorio nacional resulta del todo desproporcionada para el objeto del contrato, pues si bien es cierto que los vehículos de la flota del Ayuntamiento deberán salir de la demarcación territorial del municipio y repostar fuera de él, no parece razonable pensar que sea con una

⁶ COMISION NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *cit. Pág. 16.*



frecuencia muy alta, menos aún los desplazamientos a lo largo de todo el Estado.

No comparte este TVDC la justificación empleada por el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz en el sentido de que ello contribuye a facilitar la gestión de la prestación del suministro contratado, toda vez que existen otras formas menos restrictivas de la competencia que llevan aparejada la sencillez en la gestión, y entre todas las posibles, el Ayuntamiento deberá decantarse por la opción que menos restringe la competencia (como puede ser el uso de tarjeta de pago habilitada por la empresa adjudicataria).

Considera por tanto este TVDC que se trata de cláusulas que carecen de justificación, proporcionalidad y pertinencia con relación al objeto del contrato.

- 25.** La adoptada a través del referido concurso público ha conllevado la restricción de la competencia, dado que si bien la condición no se encuentra entre los requisitos de acceso a la licitación (requisitos de solvencia técnica, económica, financiera y profesional), supone un requisito especial en la forma de ejecutar el contrato que limita y retrae el acceso a la licitación de las empresas que operan dentro del mercado de suministro de carburantes que podrían llevar a cabo el suministro de carburantes a los vehículos que integran la flota del Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz.

En la práctica esta situación ha conllevado una limitación de la competencia que ha tenido su reflejo en la presentación a la licitación de un solo licitador, que ha resultado ser el adjudicatario.

- 26.** En este sentido el Ayuntamiento de Vitoria-Gasteiz, en virtud de su intensa sujeción al principio de legalidad, y por ende a la Ley de Contratos del Sector Público y la normativa reguladora de defensa de la competencia y competencia desleal, debe analizar con carácter previo a la aprobación de los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y el Pliego de Prescripciones Técnicas, su compatibilidad con la citada normativa, y adoptar la solución que menos restrinja la competencia. Para realizar dicha labor, además de la expresada normativa, puede ser de utilidad la Guía de Contratación Pública y Competencia elaborada por la Comisión Nacional de la Competencia y citada en nota en esta resolución puede resultar de ayuda, lo mismo que este TVDC que, en el ejercicio de su labor consultiva puede llevar a cabo a instancia de parte el contraste con la normativa de competencia de las licitaciones que se prevean.



RESUELVE

UNICO: Estimar la Propuesta de Resolución del Servicio Vasco de Defensa de la Competencia de no incoación de expediente sancionador.

Comuníquese esta Resolución al SVDC y a la Comisión Nacional de Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que pueden interponer contra ella recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.

En Vitoria-Gasteiz a 30 de diciembre de 2011

EI PRESIDENTE
JOSEBA ANDONI BIKANDI ARANA

EL VICEPRESIDENTE
JUAN LUIS CRUCELEGUI GARATE

VOCAL
M^a PILAR CANEDO ARRILLAGA

EL SECRETARIO
JOSE ANTONIO SANGRONIZ OTAEGI