

**Recurso 294/2025**  
**Resolución 347/2025**  
**Sección Tercera**

## **RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 20 de junio de 2025

**VISTO** el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U.** contra la exclusión de la citada entidad acordada en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Suministro de combustibles para la flota de vehículos del Ayuntamiento de Benalmádena» (Expediente 2025/5183A), promovido por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 7 de marzo de 2025, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y el día 10 de marzo de 2025 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de suministro indicado en el encabezamiento de esta resolución. Ese mismo día, los pliegos fueron puestos a disposición de los interesados a través del citado perfil. El valor estimado del contrato asciende a 1.043.074,38 €.

A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP), y demás disposiciones reglamentarias de aplicación en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada norma legal.

Durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, en la sesión de la mesa de contratación celebrada el 14 de mayo de 2025, se acordó la exclusión del procedimiento de adjudicación de la entidad BP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U. (en adelante, la recurrente). El acta se publicó en el perfil de contratante el 6 de noviembre de 2024. La comunicación de la exclusión a la recurrente figura publicada en el perfil de contratante el 22 de noviembre de 2024.

**SEGUNDO.** El 5 de junio de 2025, tuvo entrada en el Registro electrónico de la Junta de Andalucía, dirigido a este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por BP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U. contra su exclusión. En el escrito de impugnación, la recurrente solicitó la suspensión del procedimiento de adjudicación.

La Secretaría del Tribunal, mediante oficio de 6 de junio de 2025, dio traslado del recurso al órgano de contratación requiriéndole la documentación del expediente de contratación, el informe al recurso especial y el listado de licitadores. Lo solicitado tuvo entrada en esta sede con posterioridad el día 11 de junio de 2025.

Mediante oficio de fecha 11 de junio de 2025 se comunica a las partes que el procedimiento de contratación se encuentra suspendido en virtud de la Resolución de medida cautelar 74/2025, de 11 de junio de 2025, adoptada en el presente recurso 294/2025.

Se ha cumplimentado el trámite de alegaciones al recurso por plazo de cinco días hábiles sin que conste que se hayan presentado alegaciones por ningún interesado.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO. Competencia.**

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

### **SEGUNDO. Legitimación.**

La entidad recurrente ostenta legitimación para la interposición del recurso, de conformidad con lo estipulado en el artículo 48 de la LCSP, en su condición de empresa que ha sido excluida del procedimiento de adjudicación.

### **TERCERO. Acto recurrible.**

En el presente supuesto el recurso se interpone contra la exclusión de un licitador en el procedimiento de adjudicación de un contrato de suministros cuyo valor estimado es superior a cien mil euros, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1.a) y 2.b) de la LCSP

### **CUARTO. Plazo de interposición.**

El recurso se ha interpuesto en plazo, de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 c) de la LCSP.

### **QUINTO. Fondo del asunto: alegaciones de las partes.**

El 7 de mayo de 2025 se celebra la 2ª Mesa de contratación, en la que, atendiendo a la documentación prevista en el artículo 150 de la LCSP recibida, “(...) *la Mesa concluye que la documentación es correcta, salvo la siguiente documentación que deberá ser subsanada:*

*La que acredite la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituye el objeto del contrato y así haya sido exigida en el Pliego. Conforme al Anexo I, letra V, del PCAP de aplicación: “Acreditación fehaciente que indique que el adjudicatario reúne la condición de distribuidor al por menor de productos petrolíferos, conforme a los arts. 43 y 44 de Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos. Esta acreditación se efectuará mediante certificado de registro o documento equivalente.”*

En consecuencia, la mesa acuerda, “(...) *conceder un plazo de subsanación de tres días naturales contados a partir del siguiente al de la publicación del requerimiento en Plataforma de Contratación del Sector Público para que el licitador BP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U. (...) aporte la documentación referida. (...).*”



Pasado el plazo de los tres días para subsanar se vuelve a reunir la mesa de contratación en una nueva sesión celebrada el 14 de mayo de 2025.

De este modo, atendiendo a la documentación presentada por el licitador para subsanar lo requerido previamente:

*“(…) Tras la revisión de la documentación aportada en plazo por el licitador, BP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U. (..) concluye que la documentación no es correcta al no acreditar la habilitación empresarial o profesional exigida en la letra V del Anexo I del PCAP de aplicación.*

*Como consecuencia de lo anterior, y de conformidad con la cláusula 13.3.2 del PCAP, la Mesa acuerda, por unanimidad, excluir al licitador BP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U. (...), al no acreditar la habilitación empresarial o profesional exigida en la letra V del Anexo I del PCAP de aplicación, y, propone la devolución de la garantía presentada mediante aval por la citada entidad.*

*Tras lo expuesto, la Mesa acuerda, por unanimidad, una vez comprobado mediante ROLECE el objeto social y que la sociedad está constituida válidamente, proponer como adjudicatario al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas, es decir, la entidad SOLRED S.A.. (...)”*

#### I. Alegaciones de la entidad recurrente.

La recurrente solicita que se anule y deje sin efecto el acuerdo impugnado.

Se alega que la mesa no expresa razón alguna en virtud de la cual se acuerda la exclusión de BP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U. salvo cuando se menciona que la documentación no es correcta al no acreditar la habilitación empresarial o profesional exigida en la letra V del Anexo I del PCAP de aplicación.

Alega que existe falta de motivación y que ello supone generar indefensión, al desconocer los motivos por los cuales se ha considerado que de la documentación aportada no se acredita la habilitación empresarial o profesional. Estima que el argumento es demasiado escueto, generalista y taxativo, alegando como único motivo el “no acreditar la habilitación empresarial o profesional exigida en la letra V del Anexo I del PCAP de aplicación” sin ofrecer razones concretas respecto qué documento de los aportados no acredita la habilitación o en su caso el documento necesario para acreditar la habilitación exigida, pues acudiendo a lo dispuesto en la letra V del Anexo I del PCAP de aplicación y al PPT no podemos deducir cual es el documento requerido.

Señala que estima que no existe motivación del acuerdo de exclusión, de tal modo que no tienen “*elementos necesarios para configurar un recurso en el que podamos centrar el motivo del mismo, lo que nos obliga a formular los motivos del recurso desconociendo la documentación que la Mesa considera que no acredita la habilitación*”.

En cuanto a la acreditación de la habilitación empresarial o profesional reproduce el contenido de la cláusula 1 del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), el apartado 2 del pliego de prescripciones técnicas (PPT), y el resumen del Anexo I del PCAP apartado B para expresar que todo ello es conforme a la cláusula 7 del PCAP, el Anexo I del PCAP, apartado V y el artículo 34, 42 y 44 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

Explica que en su caso, como operador al por mayor, “*siendo comercializador de productos petrolíferos para su posterior distribución al por menor, puede también realizar la actividad de suministro de combustibles y*



*carburantes a vehículos en instalaciones habilitadas al efecto, pues esta distribución al por menor de carburante y combustibles petrolíferos puede ser ejercida libremente por cualquier persona física o jurídica y son las instalaciones utilizadas para el ejercicio de esta actividad las que deberán cumplir con las instrucciones técnicas complementarias que establezcan las condiciones técnicas y de seguridad de dichas instalaciones, así como cumplir con el resto de la normativa vigente que en cada caso sea de aplicación, en especial la referente a metrología y metrotecnia y a protección de los consumidores y usuarios”.*

*Explica que “para estar habilitado como suministrador al por menor no requiere de autorización alguna previa, solo respecto de la instalación donde se ejerza dicha actividad”. Explica que “el marco regulatorio contenido en la Ley del Sector de Hidrocarburos define en distintos artículos los operadores al por mayor de venta de productos petrolíferos para su posterior distribución al por menor de productos petrolíferos, requiriendo para el ejercicio de actividad de la operación al por mayor la notificación de inicio y cese, con declaración responsable sobre el cumplimiento de las condiciones necesarias, mientras que la distribución minorista de productos petrolíferos, que comprende, entre otros, el suministro de combustibles y carburantes a vehículos en instalaciones habilitadas al efecto, puede ser ejercida libremente por cualquier persona física o jurídica, requiere de las autorizaciones necesarias para la puesta en marcha de las instalaciones precisas para el ejercicio de la actividad”.*

*Alega que la regulación sectorial no define ni declara de forma expresa y explícita la compatibilidad de la habilitación para el ejercicio de la actividad de distribución al por menor de productos petrolíferos por un operador al por mayor, pero que la misma se infiere de su contenido al expresarlo en distintos apartados de su articulado.*

*Añade que “el funcionamiento del mercado minorista de carburantes de automoción en España señalando que “una vez refinados, los carburantes se destinan o bien al uso propio del operador mayorista en el mercado minorista descendente (intra-red), bien a la venta a terceros que operan en el mercado descendente o a grandes clientes (extra-red)”.*

*De este modo “las Estaciones de Servicio pueden operar bajo la bandera de operadores mayoristas (ya sean compañías petroleras integradas, como BP, o bien, mayoristas no integrados, u operar con banderas propias, en el caso de las Estaciones de Servicio independientes o marcas blancas que no mantienen relaciones de exclusividad de suministro con operadores al por mayor. La red de distribución de un operador al por mayor abarca el conjunto de todas las instalaciones de suministro a vehículos en las que éste ostenta el régimen de propiedad (tanto en los casos de explotación directa como en los de cesión a un tercero por cualquier título habilitante), así como aquellas instalaciones en las que el operador al por mayor tiene suscritos contratos de suministro en exclusiva con su titular. Los tipos de vínculos contractuales que existen entre los operadores al por mayor y los distribuidores minoristas de las instalaciones pertenecientes a sus redes de distribución. Son los siguientes:*

- a) "COCO (Company Owned - Company Operated): Instalaciones propiedad del operador al por mayor.*
- b) CODO (Company Owned - DealerOperated): Instalaciones en la que el operador al por mayor conserva la propiedad del punto de venta, pero tiene cedida la gestión a favor de un tercero con exclusividad de suministro de los productos del operador.*
- c) DOCO (DealerOwned - Company Operated): Instalaciones propiedad de un particular, que cede la gestión del punto de venta a un operador al por mayor.*
- d) DODO (DealerOwned - DealerOperated): Instalaciones propiedad de un particular vinculadas al operador al por mayor mediante un contrato de suministro en exclusiva que incluye el abanderamiento.*

*En las Estaciones de Servicio sin gestión directa por parte del operador al por mayor (CODO o DODO), pero con contratos en exclusiva con éste, existen dos modalidades de régimen de suministro:*



- a) *Venta en firme: bajo el cual el minorista asume el riesgo económico, vendiendo su producto a un precio libre. El operador únicamente puede indicar un precio de venta al público (PVP) recomendado.*
- b) *Comisión: Es el régimen jurídico predominante. En este caso el operador limita al gestor el PVP máximo".*

Finalmente, las estaciones de servicio independientes se aprovisionan en el mercado a través de los operadores al por mayor, pero sin mantener exclusividad con ninguno de ellos.

Explica pues que está habilitado para la distribución al por menor a través de su red de distribución, *"bien directamente como titular de las instalaciones y puntos de venta, bien mediante un contrato de suministro en exclusiva que incluye el abanderamiento y en ambos casos, puede tener la gestión directa del punto de venta o no, y en este segundo caso puede vender el producto en régimen de venta en firme o mediante comisión".* Señala además que ello es conforme a los términos exigidos en el PPT que establece *"El suministro se realizará en la modalidad de venta al por menor para el repostaje en la red de estaciones de servicios del suministrador, con la obligatoriedad de disponer de al menos una en el término Municipal de Benalmádena".*

Añade que las estaciones de servicio de la red pertenecientes a la entidad recurrente se suministra todo tipo de carburantes y combustibles a clientes finales.

Conforme a los modelos anteriores señala que la red de estaciones de servicio se basa en un modelo de gestión COCO (Company Owned – Company Operated), que constituye la forma más directa de integración vertical. Expresa que en España, las estaciones de servicio de BP con modelo de gestión COCO son propiedad de BP ENERGÍA ESPAÑA, S.A.U., (antes BP OIL ESPAÑA, S.A.U.) pero son gestionadas por MARKOIL, quien forma parte del Grupo BP a través del socio único, BP ESPAÑA, S.A. quien mantiene una participación directa del 100% de las participaciones que componen el capital social. Estima que, dado que el PPT exige la obligatoriedad de disponer de al menos una estación de servicio en Benalmádena, y que habiendo señalado la perteneciente a la Red de BP que es gestionada por MARKOIL, que sí dispone de las autorizaciones precisas, para ello aporta las mismas, de tal modo que entiende que estaría cumpliéndose el mismo.

Concluye que estima haber acreditado la habilitación exigida en los pliegos toda vez que conforme a la Ley de Hidrocarburos un operador al por mayor está habilitado para la distribución al por menor bien directamente bien por medio de su red de distribución. Estima que el único documento que acredita la habilitación exigida es el certificado emitido por la Dirección General de Política Energética y Minas en el que consta en el Registro de operadores autorizados para desarrollar la actividad de distribución al por mayor de productos petrolíferos habiendo aportado con el certificado anterior el listado emitido por la Comisión Nacional de Mercado y Competencia (CNMC) donde figura la empresa BP.

Alega además que el Real Decreto Legislativo 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del impuesto sobre actividades económicas, en cuya Regla 4ª apartado 2C establece:

*"C) El pago de las cuotas correspondientes al ejercicio de actividades de comercio al por mayor, faculta para la venta al por menor, así como para la importación y exportación de las materias o productos objeto de aquéllas. Epígrafe 616.5.- Comercio al por mayor de petróleo y lubricantes.*

*Nota: Este Epígrafe comprende el comercio al por mayor de petróleo crudo y productos procedentes del refinado de petróleo (gasolina, aceite ligero, fuel-oil, lubricantes, gases licuados de petróleo, etc.). "*



Solicita la estimación del recurso y, en consecuencia, la anulación de la resolución mediante la que se procede a su exclusión.

## II. Alegaciones del órgano de contratación.

Explica que la habilitación profesional específica prevista en la letra V del anexo I del PCAP era conocida por todos los licitadores que presentaron su oferta y, que en el plazo de impugnación previsto para la documentación contractual no fue interpuesto recurso alguno.

Añade que conforme al último párrafo del artículo 50.1.b) de la LCSP *“no se admitirá el recurso contra los pliegos y documentos contractuales que hayan de regir una contratación si el recurrente, con carácter previo a su interposición, hubiera presentado oferta o solicitud de participación en la licitación correspondiente, sin perjuicio de lo previsto para los supuestos de nulidad de pleno derecho.”*

Alega, basándose en la sentencia 398/2021, de 22 de marzo, del Tribunal Supremo, y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 12 de marzo de 2015, que el plazo para recurrir los documentos contractuales ha expirado y los licitadores han presentado proposición para participar en el procedimiento de adjudicación. Estima que ahora en este momento sólo cabría la interposición de recurso indirecto contra los documentos contractuales por su parte cuando los pliegos incurrieran en un supuesto de nulidad conforme del art. 39 de la LCSP o 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), o, en el caso de que del contenido de los pliegos se deduzca que desde la posición estándar de un licitador razonablemente informado y normalmente diligente se demuestre que no podían comprenderse las condiciones de la licitación hasta momento posterior en el que el poder adjudicador informara de los motivos de su decisión.

Expone que durante el plazo de presentación de ofertas la entidad recurrente y los demás licitadores fueron capaces de presentar las ofertas y que el licitador BP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U., antes de presentar su oferta, no solicitó aclaraciones.

Concluye que el motivo del recurso se centra en la cuestión de la habilitación profesional específica, explicando que no puede interponer recurso indirecto contra los pliegos pues concurriría una causa de inadmisión de tal recurso por extemporaneidad atendiendo al art. 55 d) de la LCSP. En cuanto al fondo del recurso, aborda lo que la entidad recurrente expresa cuando añade que el acuerdo de exclusión adolece de un error en la valoración y en falta de motivación, específicamente en lo relativo a la acreditación de la habilitación profesional exigida en la Letra V del Anexo I del PCAP.

Explica en cuanto a la falta de motivación alega que si bien se realiza por la entidad recurrente la defensa de la validez de su inscripción en registro de operadores autorizados para desarrollar la actividad de distribución al por mayor de productor petrolíferos, como acreditación fehaciente de que reúne la condición de distribuidor al por menor de productos petrolíferos, y que ello es conforme a los arts. 43 y 44 de Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, no obstante explica, que la entidad recurrente, sin embargo, no ha contrargumentado la motivación de la exclusión, es decir, conforme a lo previsto en la letra V del Anexo I del PCAP.

El órgano de contratación explica que la falta de acreditación de la inscripción en el registro de la Comunidad Autónoma de Andalucía que le acredite como distribuidor al por menor de carburante y combustibles petrolíferos, no puede ser sustituida por la documentación que le acredita como operador al por mayor con la requerida por la letra V del Anexo I del PCAP de aplicación.



El entendimiento de su exclusión supone que la decisión se encuentre correctamente motivada, en cumplimiento del art. 35 de la LPAC.

Termina señalando que la pretensión de la entidad recurrente de acreditar el requisito de operador minorista exigido en los arts. 43 y 44 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, mediante la inscripción como distribuidor mayorista carece de fundamento jurídico. Añade finalmente que el artículo 65.2 de la LCSP expresa que la habilitación profesional debe adecuarse estrictamente al objeto del contrato, siendo en el presente caso requisito indispensable la capacidad como distribuidor minorista, al tratarse del suministro directo de combustible al Ayuntamiento de Benalmádena como destinatario final, pues se trata de una habilitación de naturaleza distinta, dado que las figuras de operador mayorista y minorista constituyen regímenes jurídicos diferentes, con requisitos y alcances propios establecidos en Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos. Debe finalmente indicarse que la habilitación legal o empresarial al tratarse de una condición personalísima de aptitud del contratista.

## **SEXTO. Fondo del asunto: consideraciones del Tribunal.**

### **1. Sobre la habilitación legal para el suministro de hidrocarburos.**

El objeto del contrato ha quedado definido en el apartado B, del Anexo 1 del cuadro resumen del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP), como *“el suministro de combustible de automoción para los vehículos, motos y maquinaria dependientes del Excmo. Ayuntamiento de Benalmádena a precio unitario, como cuenta abierta para posible adquisición de nuevos vehículos, según vayan surgiendo las necesidades que la Corporación demande y de conformidad con el contenido del presente pliego, mediante tarjeta de control de banda magnética para los vehículos del Parque Móvil Municipal”*.

El apartado V de dicho Anexo relativo a la habilitación profesional especifica que debe acreditarse fehacientemente que indique que *“el adjudicatario reúne la condición de distribuidor al por menor de productos petrolíferos, conforme a los arts. 43 y 44 de Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos. Esta acreditación se efectuará mediante certificado de registro o documento equivalente”*.

Es una materia ésta que encuentra su regulación en la normativa específica a la que hay que someterse. En relación con el requisito de habilitación empresarial o profesional, el artículo 65.2 de la LCSP señala que *“los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”*.

La habilitación empresarial o profesional a la que se refiere el artículo citado se circunscribe, a diferencia de la solvencia técnica o profesional, a la aptitud legal para el desarrollo de una determinada actividad. En este sentido, el dictamen 1/2009 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado señala lo siguiente:

*“La habilitación empresarial o profesional a que se refiere el apartado 2 antes transcrito hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo. Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal. En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 citado es un requisito de legalidad y no de solvencia en*



*sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal".*

Debe partirse de que no es posible desde el punto de vista legal que los pliegos de cláusulas exijan requisitos de habilitación que vayan más allá de lo legalmente establecido. La regulación de los contratos públicos si bien estima que la protección del interés público es un elemento condicionante también no menos importante es la protección del cumplimiento de determinados principios entre los que destaca, como el primero, la garantía de la libre de concurrencia. De este modo partiendo de la idea básica de que la regulación de los contratos públicos, se debe garantizar la libre concurrencia de las empresas, tanto de la Directiva como, en consecuencia, la Ley de Contratos del Sector Público, admitiendo la posibilidad de exigencia de títulos habilitantes para el ejercicio de actividades y que éstos sean requisito para poder contratar con un poder adjudicador.

Realizada esta introducción, es la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos (LSH), regula de forma diferenciada la actividad de suministro al por menor y al por mayor de productos petrolíferos. La habilitación legal para operar como distribuidor al por menor o como operador al por mayor exige el cumplimiento de requisitos específicos y la inscripción en los registros correspondientes, siendo actividades diferenciadas y reguladas por artículos distintos de la Ley. No se permite el suministro entre distribuidores al por menor ni de estos a operadores al por mayor.

Si bien, la actividad de distribución al por menor puede ser ejercida libremente por cualquier persona física o jurídica que cumpla los requisitos legales y reglamentarios. El suministro al por mayor está reservado a los operadores al por mayor, definidos como aquellos que comercializan productos petrolíferos para su posterior distribución al por menor. Por su parte, la distribución al por menor comprende actividades como el suministro a vehículos, instalaciones fijas, aviación, embarcaciones y otros consumos finales, y puede ser ejercida por cualquier persona física o jurídica que cumpla los requisitos legales. La LSH expresa en su artículo 2 el concepto legal, de que a los efectos de esa norma entiende por “*distribución al por mayor*”, aquella que no supone suministro a un consumidor o usuario final del producto distribuido, y por otro lado como «*distribución al por menor mediante suministros directos*», la actividad de suministro domiciliario a un consumidor o usuario final con producto procedente de un operador, de intercambios intracomunitarios o de importación, no incluyéndose en el ámbito de la autorización de esta actividad el suministro a instalaciones de venta al público o a otros distribuidores al por menor mediante suministros directos.

Debe tenerse en cuenta igualmente el espíritu de la norma tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre, que modificó, con efectos de 28 de marzo de 2024 el artículo 43 de la LSH, en cuanto al alcance de las prohibiciones, de tal modo que los titulares de estaciones de servicio son distribuidores al por menor de productos petrolíferos pues ponen el producto a disposición del consumidor final. Así del contenido de la Ley que contempla las actividades de refinación, transporte y almacenamiento, comercialización al por mayor y distribución al por menor, supone que la comercialización al por mayor solo puede ser ejercida por las empresas que ostentan la condición de operador al por mayor de productos petrolíferos porque cumplen los requisitos establecidos para ello. Estas empresas estimamos que podrían comprar y vender producto a otros operadores al por mayor, vender directamente a un consumidor final o vender el producto a distribuidores al por menor para que luego ellos lo pongan a disposición de los consumidores finales. La Ley únicamente prohíbe expresamente el suministro entre distribuidores al por menor, así como el suministro de distribuidores al por menor a operadores al por mayor (art. 43 LSH). El suministro al por menor está dirigido exclusivamente al consumidor o usuario final, y la normativa impide la retroalimentación de producto entre agentes de la misma categoría o hacia el escalón superior de la cadena de distribución.



La LSH distingue claramente entre la actividad de suministro al por menor y al por mayor de productos petrolíferos. El art. 42 de la LSH señala que hay que distinguir claramente entre la actividad de suministro al por menor y al por mayor de productos petrolíferos, de tal modo que el suministro al por mayor está reservado a los operadores al por mayor, definidos como aquellos que comercializan productos petrolíferos para su posterior distribución al por menor.

Recoge este artículo 42 LSH que: *“1. Serán operadores al por mayor aquellos sujetos que comercialicen productos petrolíferos para su posterior distribución al por menor. En todo caso tendrán tal consideración los titulares de refinerías y plantas de producción de biocombustibles (...)”*.

Por su parte, la distribución al por menor comprende actividades como el suministro a vehículos, instalaciones fijas, aviación, embarcaciones y otros consumos finales, y puede ser ejercida por cualquier persona física o jurídica que cumpla los requisitos legales (art. 43 LSH).

Además, para operar como distribuidor al por menor, es necesario cumplir con los actos de control preceptivos, las condiciones técnicas y de seguridad, y estar inscrito en el registro correspondiente, integrando todos los trámites en un procedimiento único ante una única instancia administrativa. Para ser operador al por mayor, se requiere la forma de sociedad mercantil, acreditar capacidad técnica y financiera, y comunicar el inicio de actividad al Ministerio de Industria, que lo notificará a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y a la Corporación de Reservas Estratégicas de Productos Petrolíferos. En este sentido, establece el artículo 44 de la LSH.

Por su parte, el Real Decreto 2487/1994, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto regulador de las actividades de distribución al por mayor y de distribución al por menor mediante suministros directos a instalaciones fijas, de carburantes y combustibles petrolíferos, define qué se entiende por distribución al por mayor y al por menor de carburantes y combustibles petrolíferos. El artículo 1.1 de esta norma establece que:

*“Los carburantes y combustibles petrolíferos podrán ser comercializados al por mayor y al por menor mediante suministros directos a instalaciones fijas en todo el territorio nacional por quienes obtengan la condición de operador o de distribuidor, respectivamente, previa acreditación del cumplimiento de las condiciones que establece para dichas actividades la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, y la presente disposición”*.

Por su parte, el apartado 2, del artículo 1 del Real Decreto 2487/1994 define la distribución al por mayor como *“aquella que no supone suministro a un consumidor o usuario final del producto distribuido”*, mientras que la distribución al por menor mediante suministros directos se define como *“la actividad de suministro domiciliario a un consumidor o usuario final con producto procedente de un operador, de intercambios intracomunitarios o de importación, no incluyéndose en el ámbito de la autorización de esta actividad el suministro a instalaciones de venta al público o a otros distribuidores al por menor mediante suministros directos”*.

Este artículo define también la condición de operador, que *“se entiende como tal la persona física o jurídica autorizada para desarrollar en todo el territorio nacional la actividad de distribución al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos, ya sean procedentes de producción nacional, de intercambios intracomunitarios o de importación”*. Asimismo, la de “distribuidor”, como *“la persona que está facultada para realizar libremente la actividad de distribución al por menor de combustibles y carburantes petrolíferos mediante suministros directos a instalaciones fijas en todo el territorio nacional”*.



En el artículo 7, señala una diferencia respecto de la “*autorización para el ejercicio de la actividad de distribución al por menor mediante suministros directos a instalaciones fijas*”, pues será válida para todo el territorio nacional.

Abundando en lo anterior, el artículo 9 del Real Decreto 2487/1994 señala que “*Serán operadores al por mayor aquellos sujetos que comercialicen productos petrolíferos para su posterior distribución al por menor, debiendo acreditar los requisitos descritos en los artículos siguientes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 34/1998, del sector de hidrocarburos*”.

En la LSH, en el artículo 44 se establece un registro especial para los distribuidores. Así señala respecto al “*Registro de instalaciones de distribución al por menor*”, que:

“1. Las comunidades autónomas constituirán un registro de instalaciones de distribución al por menor en el cual deberán estar inscritas todas aquellas instalaciones que desarrollen esta actividad en su ámbito territorial, previa acreditación del cumplimiento por dichas instalaciones de los requisitos legales y reglamentarios que resulten exigibles.

2. Se crea en el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio un registro de instalaciones de distribución al por menor que permita el ejercicio de las competencias que correspondan a la Administración General del Estado. A partir de este registro y la información de precios de venta de los carburantes, el Ministerio de Industria Turismo y Comercio creará una base de datos a la que podrán acceder las comunidades autónomas.

3. Las comunidades autónomas incorporarán al registro del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, en el plazo máximo de un mes desde la fecha de inscripción o modificación, con expresa mención de los datos referentes a la fecha de inscripción, descripción detallada de la instalación, que incluya capacidad de almacenamiento, datos de su ubicación y datos del titular, las inscripciones, altas, bajas y modificaciones realizadas en los registros correspondientes a su ámbito territorial, incluyendo:

- a) Instalaciones habilitadas para el suministro de combustibles y carburantes a vehículos.
- b) Instalaciones de suministro a instalaciones fijas para consumo en la propia instalación.
- c) Instalaciones de suministro de queroseno con destino a la aviación.
- d) Instalaciones de suministro de combustibles a embarcaciones.

El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio establecerá, en colaboración con las comunidades autónomas, la forma de incorporación de la información a la base de datos y las condiciones y forma de acceso a la información”.

En el ámbito nacional, por tanto, la habilitación para la distribución al por menor es válida para todo el territorio español, y la autorización para la distribución al por mayor también tiene alcance nacional. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, éstas tienen competencia para la gestión de los registros de instalaciones de distribución al por menor en su ámbito territorial, pero existe un registro estatal que centraliza la información. Pero son ámbitos distintos el del operador y el del distribuidor.

## **2. Sobre el fondo del asunto en relación con la fundamentación anterior, las circunstancias puestas de manifiesto por la entidad recurrente en el presente recurso y el régimen legal de integración de solvencia.**

Expresa la entidad recurrente que puede realizar como operador directamente el suministro al Ayuntamiento, como destinatario o consumidor final, pero lo cierto es que no es eso lo que realmente plantea. Expone que no estamos ante un supuesto de integración de la solvencia con medios externos, sino que la entidad recurrente pone de manifiesto que, en las estaciones de servicio de la red pertenecientes a BP, se suministra todo tipo de carburantes y combustibles a clientes finales. Explica que la red de estaciones de servicio se basa en el modelo de



gestión “COCO” (*Company Owned – Company Operated*), que constituye la forma más directa de integración vertical”.

Sin embargo, indica, en palabras de la propia entidad recurrente, que, en España, las estaciones de servicio de BP con modelo de gestión COCO son propiedad de BP ENERGIA ESPAÑA, S.A.U., (antes BP OIL ESPAÑA, S.A.U.) pero *“son gestionadas por Markoil, quien forma parte del Grupo BP través del Socio Único, BP España, S.A. quien mantiene una participación directa del 100% de las participaciones que componen el capital social”*. Se adjunta al escrito de recurso especial documento indicativo explicando el organigrama del grupo.

Llegados a este punto, y partiendo de la posibilidad de que, hipotéticamente, pudiese ser viable la opción expresada por parte de la entidad recurrente, de poder suministrar directamente el combustible siendo un operador, lo cierto es que ello no es así, dado que el pliego de prescripciones técnicas (PPT) exigía la obligatoriedad de disponer de al menos una estación de servicio. Exigía que aquel licitador que se presentare pudiese acreditar que disponía de una estación dentro del término municipal de Benalmádena, y para ello ahora, expresa que lo haría a través de una estación perteneciente a la Red de BP gestionada por MARKOIL. Es decir, está expresando distintas entidades que pertenecerían a un grupo de empresas.

En este sentido, establece el apartado 3.3 del PPT:

*“La empresa deberá atender a todos y cada uno de los vehículos, maquinarias y suministro especiales municipales, en todas las estaciones de servicios detalladas en su oferta, debiendo disponer al menos, una estación de servicio en el término municipal de Benalmádena.*

*Es requisito imprescindible que la empresa adjudicataria tenga al menos una estación en el término municipal de Benalmádena, y que ésta se encuentre abierta, de lunes a domingo durante las 24 horas del día y permita la accesibilidad a vehículos pesados y especiales, dadas las características del presente contrato”*.

Los documentos presentados con el recurso especial manifiestan que la estación de servicio ofrecida tiene como titular a una entidad denominada MARKOIL, S.A. y en otro documento, privado, el reflejo del organigrama, que lo único que muestra (que no prueba fehacientemente), es que estarían insertadas la entidad que gestiona la estación de servicio, en un grupo de empresas, en la cual también lo estaría, la entidad recurrente.

Por ello, la primera conclusión es que debe descartarse que la oferta presentada, supusiera que fuere a existir un suministro directamente realizado por una “operadora”, en el sentido abordado en la consideración jurídica anterior, sino que finalmente lo realizaría una “distribuidora al por menor”, la estación de servicio gestionada por MARKOIL, S. A.

Esta primera conclusión, supone que el presente recurso especial no se resolverá en Derecho considerando la argumentación mantenida en el recurso especial por la entidad recurrente, pues manifiesta, ofreciendo la estación de servicio, que finalmente sí aceptó el PCAP, el cual exigía que siempre fuera a través de una estación de servicio el suministro. Después de la publicación del PCAP en ningún momento se ha puesto en duda dicha cláusula, es más, la aceptó y proponía que el suministro se realice a través de una estación de servicio, que estima que está a su disposición, por lo que decaen todos sus argumentos ahora sostenidos que están relacionados con el suministro que pueden realizarse directamente a un consumidor final siendo operadora, sin que debamos entrar más sobre el fondo de esta cuestión. El pliego está consentido, y la oferta presentada, de forma que en virtud del artículo 139 de la LCSP, puede considerarse que aceptó que el suministro se realizare desde un distribuidor y no por una operadora, por lo que el suministro no podría nunca, desde que presentó la oferta realizarse sin una distribuidora conforme a la LSH.



En segundo lugar, se encuentra la posibilidad de estimar si conforme al PCAP y PPT dispone o no la entidad recurrente de esta estación de servicio para prestar el suministro pudiendo aclarar esta cuestión en el presente momento, en el momento del artículo 150.2 de la LCSP.

Para resolver esta cuestión, debemos estar al tenor literal también de los pliegos, así como a las reglas generales de integración de la solvencia técnica entre empresas a la hora de conformar una oferta. Así, el PCAP no prohibía la subcontratación, así se expresaba en el Anexo I apartado S del PCAP donde se exponía la obligación de indicar en la oferta la parte del contrato que tenga previsto subcontratar, pues conforme al artículo 215 LCSP, la subcontratación está permitida en nuestro ordenamiento, y por ello prevista en los pliegos, sin estar prohibida. El artículo 215.2 LCSP señala:

*“Si así se prevé en los pliegos, los licitadores deberán indicar en la oferta la parte del contrato que tengan previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial, definido por referencia a las condiciones de solvencia profesional o técnica, de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.”*

Por lo que era respetuoso el PCAP con este precepto. Con relación a ello, asimismo, del expediente remitido no observamos ninguna declaración de la entidad recurrente sobre la posibilidad de subcontratar la prestación del servicio por el distribuidor con el que pueda tener acuerdo. Así se manifiesta en el DEUC presentado, en la parte II que no tiene la intención de subcontratar.

Asimismo, en cuanto al anexo relativo a la posibilidad de constitución de una unión temporal empresas señala que *“BP Energía España, S.A.U. no constituirá ni participará en ninguna Unión Temporal de Empresas (UTE) para la presente licitación”*.

Es decir, conforme al PCAP, no se preveía ni la subcontratación ni la posibilidad de constituir una UTE.

En cuanto a la posibilidad que recoge de que se considere a MARKOIL S.A. como una entidad de su grupo e integrada en su propia organización, que, sin expresarlo claramente, se deduce de su argumentación, cumple manifestar que ambas entidades tienen personalidad jurídica distinta. Es más, la Ley establece hasta la regla de que las mismas pueden presentar en una misma licitación por separado. No existe en los grupos de empresas una suerte de voluntad social única que convertiría a la sociedad participada, de alguna manera, en un medio propio de la licitadora dominante sin expresarlo en cada caso, si es que ello se permitiere.

El artículo 42 del Código de Comercio, señala que *“existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.”*



El artículo 75 de la LCSP prevé la posibilidad de que las empresas licitadoras acrediten la solvencia necesaria basándose en la de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y la entidad a la que recurra no esté incurso en una prohibición de contratar.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª de 11 de diciembre de 2015, sostiene en el sentido expuesto que el hecho de que varias sociedades pertenezcan a un mismo grupo en modo alguno presuponen, y más bien todo lo contrario, la existencia de una voluntad societaria única, pues podría producirse, que con constar claramente, existiere un conflicto que fácilmente podría verse visto superado con la subcontratación (permitida en este caso) o la constitución e una UTE. Así, uno de los conflictos típicos es el que se produce cuando una decisión tomada por administradores sociales de una sociedad filial es guiada por el interés del grupo en detrimento del interés de la sociedad filial, perjudicando a esta última. Esta problemática se abordó de forma pionera en nuestro Derecho por la citada sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 la cual impide considerar a efectos de la contratación pública que la integración de solvencia entre sociedades de un grupo pueda llevarse a cabo de forma, automática y ajena a las reglas de integración de solvencia, pues el artículo 79.3 de la LCSP opera en un contexto distinto.

Ello trasladado al DEUC supone que, si se va a recurrir a medios externos para acreditar la solvencia, y no siendo absoluta la voluntad social del grupo de empresas, los licitadores sí deberán indicar en el DEUC que se recurrirá a las capacidades de empresas que formen parte del mismo grupo empresarial, debiendo incluir el DEUC de la empresa que prestará la solvencia, siendo, en consecuencia, insubsanable el error en la indicación de este extremo. Así la pertenencia a un grupo de empresas no exime del requisito de declarar cualquier apoyo de terceros en la fase inicial del DEUC, y que la “voluntad social única” de grupos empresariales no se acepta como justificación para integrar solvencia de terceros sin declaración explícita.

Debe igualmente descartarse permitir el recurso a las capacidades de terceros en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP cuando en el DEUC no se ha manifestado este extremo Actuar de dicha forma por la mesa de contratación supondría otorgar al licitador una ventaja ilegítima al permitirle completar los requisitos de aptitud que se le requieren con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de proposiciones.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de noviembre de 2022, asunto C-631/21, exponía: *“Si, en cambio, para la ejecución de un contrato público, esa empresa común estima que debe recurrir a medios propios de algunos socios, hay que considerar que ha recurrido a las capacidades de otras entidades, en el sentido del artículo 63 de la Directiva 2014/24, y entonces no solo debe presentar su propio DEUC, sino también el de todos los socios a cuyas capacidades tenga la intención de recurrir”*.

Concluimos expresando que no puede afirmarse que exista automáticamente una voluntad única del grupo de sociedades en la que se diluya la voluntad de cada una de las sociedades que lo integran. La pertenencia a un grupo de sociedades no constituye una excepción a la regla general que sanciona con la exclusión la pretensión de completar las condiciones de aptitud exigidas en los pliegos con ocasión de la aportación documental prevista en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, cuando en el DEUC se ha consignado la voluntad del licitador de no integrar su aptitud para contratar recurriendo al concurso de terceros.

En este sentido se ha pronunciado recientemente en términos semejantes el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC), en la resolución 1569/2024, de 5 de diciembre.



Consecuentemente con lo anterior, este Tribunal no aprecia infracción en el acuerdo de exclusión de la oferta del recurrente adoptado por la mesa de contratación procediendo la desestimación del recurso.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **BP ENERGÍA ESPAÑA S.A.U.** contra la exclusión de la citada entidad acordada en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Suministro de combustibles para la flota de vehículos del Ayuntamiento de Benalmádena» (Expediente 2025/5183A), promovido por el Ayuntamiento de Benalmádena (Málaga).

**SEGUNDO.** Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento de contratación acordada por la resolución de medida cautelar 74/2025, de 11 de junio de 2025.

**TERCERO.** Declarar que no se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

**NOTIFÍQUESE** la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

