

LA NOCIÓN DE AGRUPACIÓN JURÍDICA DE EMPRESAS A EFECTOS DE CONTRATACIONES PÚBLICAS EUROPEAS EN EL MARCO DE LOS FONDOS EUROPEOS *NEXT GENERATION*^(*)

JAVIER GUILLEM CARRAU

Doctor en Derecho, letrado de Les Corts Valencianes en servicios especiales

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. EMPRESA Y GRUPO DE EMPRESAS EN DERECHO EUROPEO ANTE LAS LICITACIONES PÚBLICAS: EL CONCEPTO DE «AGRUPACIÓN JURÍDICA»: 1. La noción jurídica de empresa y grupo de empresa en Derecho europeo. 2. Las empresas vinculadas y la «influencia dominante» en la Directiva 2014/24/UE.– III. CONCEPTO DE «AGRUPACIÓN JURÍDICA» EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS: AUTO DEL TJCE DE 20 DE ABRIL DE 2009: 1. Hechos que dan lugar al pronunciamiento. 2. Posiciones de las partes. 3. Criterios para apreciar la existencia de «agrupación jurídica».– IV. CONSIDERACIONES FINALES.– V. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Ante la necesidad de incrementar los mecanismos de cooperación y coordinación público-privada, el concepto de ‘agrupación jurídica’ puede ofrecer ciertas soluciones a las situaciones de programación, desarrollo y ejecución de los fondos europeos, en la interpretación en el presente periodo de programación.

Palabras clave: cooperación público-privada; CPP; fondos europeos; agrupación jurídica.

RESUMEN: Ante la necesidad de incrementar los mecanismos de cooperación y coordinación público-privada, el concepto de ‘agrupación jurídica’ puede ofrecer ciertas soluciones a las situaciones de programación, desarrollo y ejecución de los fondos europeos, en la interpretación en el presente periodo de programación.

Key words: public-private partnerships; PPP; european funds; legal group.

I. INTRODUCCIÓN

Por su dimensión presupuestaria y su impacto esperado en los tejidos económicos de los Estados miembros, los fondos europeos para el periodo 2021-2027 han tenido un gran impacto mediático y jurídico.

(*) Trabajo recibido en esta REVISTA con fecha 15/03/2022 y evaluado favorablemente para su publicación el 18/04/2022.

Señala GIMENO FELIU los fondos europeos plantean interrogantes que exigen, entre otras respuestas, una nueva cultura de la colaboración público-privada (siempre justificada y debidamente alineada con el fin de favorecer el nivel óptimo de gestión desde la perspectiva pública de garante) basada en la lógica del *win/win* y de la rendición de cuentas como herramientas al servicio de la buena administración (1).

Tradicionalmente, apunta NAVARRO MOLINÉS, por ejemplo, en materia patrimonial o contractual la colaboración público-privada se asentaba sobre una serie de realidades que distan en demasía respecto los deseos anhelados en el actual marco. Así, continúa NAVARRO MOLINÉS se requiere de estructuras que, tanto directamente ellas mismas (consorcios, agencias estatales, estructuras societarias de capital de economía mixta...) como las partes que las conforman tengan la capacidad financiera y la seguridad jurídica para el desarrollo de proyectos en escenarios que deben hacerse conciliar con el derecho de la competencia, proclamado en los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el régimen jurídico de Ayudas de Estado (2).

En todo caso, la colaboración público-privada no sólo es una garantía de la aplicación del Derecho de la UE sino que, simultáneamente, puede constituirse en un elemento fundamental en la eficiencia del gasto público es el control de los errores financieros y presupuestarios en las Administraciones. En el ámbito europeo, es importante tanto la correcta ejecución de lo presupuestado como la minimización de los riesgos financieros que se puedan generar para el presupuesto (3).

En el periodo 2021-2027, *Next Generation EU* se configura como un instrumento temporal de recuperación tras la pandemia COVID-19. Su elemento central es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia que se articula a través de Planes nacionales de cada Estados Miembro y la Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-UE) que se articula a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), del Fondo Social Europeo (FSE) y del Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas (FEAD). Otro componente relevante en el contexto del *Next Generation EU* se pone de manifiesto con la existencia del Fondo de transición justa (4).

(1) J. M^o GIMENO FELIU (2021^o, p. 33).

(2) G. NAVARRO MOLINÉS (2021, p. 88 y 89).

(3) J. GUILLEM CARRAU (2017, p. 161).

(4) Estos fondos se encuadran en el siguiente marco legal: Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia OJ L 57, 18.2.2021; Reglamento (UE) 2020/2094 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19 OJ L 433I, 22.12.2020; Reglamento (UE) 2021/1056 del Parlamento Europeo y del Consejo,

En este periodo se produce una dicotomía respecto a la protección de los intereses financieros de la UE. Hasta la fecha, los fondos europeos descansan en una estructura básica donde, periodo tras periodo de programación, los Estados asumían el principal protagonismo competencial en lo relativo a la ejecución de los Fondos, atribuyéndoles el legislador europeo las responsabilidades correspondientes de gestión, control y auditoría (5). Esto es, las intervenciones en materia de fondos estructurales y de inversión eran objeto de una gestión denominada «compartida», en la que son las autoridades de los Estados miembros y los organismos designados por éstos quienes se sitúan en primera línea de la responsabilidad de una buena gestión financiera (6). En cambio, en el marco del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, al ser definido como de gestión directa de la Comisión (artículo 8) es la Comisión la que controla directamente al Estado como receptor del Fondo y, para ello, se determina que el Acuerdo de Préstamo con el Estado miembro recogerá el derecho de la Comisión a reducir proporcionalmente la ayuda en el marco del Mecanismo y a cobrar todo importe adeudado al presupuesto de la Unión o a solicitar el reembolso anticipado del préstamo en caso de fraude, corrupción o conflicto de intereses que afecte a los intereses financieros de la Unión y que no haya corregido el Estado miembro, o en caso de incumplimiento grave de alguna obligación derivada de dichos acuerdos (artículos 15 y 22).

Este periodo de programación 2021-2027 se pone una vez más de manifiesto la necesidad de incrementar los mecanismos de cooperación público privada, no sólo al respecto de la fase previa de la redacción de los proyectos

de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo de Transición Justa; Reglamento (UE) 2021/1057 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establece el Fondo Social Europeo Plus (FSE+) y por el que se deroga el Reglamento (UE) n.º 1296/2013; Reglamento (UE) 2021/1058 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, relativo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y al Fondo de Cohesión; Reglamento (UE) 2021/1059 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, sobre disposiciones específicas para el objetivo de cooperación territorial europea (Interreg) que recibe apoyo del Fondo Europeo de Desarrollo Regional y de los instrumentos de financiación exterior; Reglamento (UE) 2021/1060 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de junio de 2021, por el que se establecen las disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo Plus, al Fondo de Cohesión, al Fondo de Transición Justa y al Fondo Europeo Marítimo, de Pesca y de Acuicultura, así como las normas financieras para dichos Fondos y para el Fondo de Asilo, Migración e Integración, el Fondo de Seguridad Interior y el Instrumento de Apoyo Financiero a la Gestión de Fronteras y la Política de Visados; así como el Reglamento (UE, EURATOM) 2020/2093 del Consejo de 17 de diciembre de 2020 por el que se establece el marco financiero plurianual para el periodo 2021-2027. Es importante en este contexto las Conclusiones del Consejo Europeo en su reunión extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020). Véase al respecto G. NAVARRO MOLINÉS (2021, p. 44).

(5) J. FUENTETAJA (2015, p. 517).

(6) J. GUILLEM CARRAU (2018, p. 281) (2017, p. 54).

estratégicos y de las convocatorias subsiguientes para las cuales la administración en muchas ocasiones precisará de asistencia técnica sino también, una vez realizadas las convocatorias, para la presentación de proyectos, propuestas y acciones elegibles y se ejecuten los contratos por los adjudicatarios.

En el Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia se contempla como nuevo mecanismo de colaboración público-privada los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y la Transformación Económica (PERTE), estableciéndose adicionalmente las agrupaciones de personas físicas y jurídicas sin personalidad jurídica, los consorcios y las sociedades de economía mixta, sin que dichos instrumentos sean los únicos a utilizar estableciéndose con carácter general cualquier instrumento contemplado que permita la colaboración público-privada (7).

Así, en el ámbito de la contratación, se plantea la necesidad de que agrupaciones de empresarios puedan concurrir a licitaciones públicas en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia para la ejecución de los fondos europeos aprobado por el Consejo de ministros el 27 de abril de 2021.

En este escenario jurídico, el interés de este trabajo reside en que se propone explorar el concepto de «agrupación jurídica» de Derecho de la UE en el sentido recogido por el legislador europeo y en consonancia con la interpretación realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión (8).

La razón de este interés radica, en el contexto de la contratación pública europea, en que el concepto de «agrupación jurídica» persigue, en primer lugar, la posibilidad de explorar nuevas formas de colaboración jurídica entre «lo público» y «lo privado» que vayan más allá de las típicas Uniones Temporales de Empresas, los consorcios, las sociedades de economía mixta (9), las encomiendas de gestión, las concesiones, los contratos de servicios, etc.; y que, igualmente, dichas formas de colaboración jurídica tengan más incentivo

(7) Sobre el citado RD y el carácter restrictivo de los preceptos relativos a las estructuras de gobernanza o a las herramientas de colaboración público-privada, véase J. ESTEBAN RÍOS (2021, p. 256) y I. LINARES MUÑAGORRI y I. BARQUERO SOLANES (2021, p. 300) y el estudio exhaustivo sobre la CPP y los Perte de B. MONTES SEBASTIÁN, B (2021).

(8) Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 20 de abril de 2007 – TEA-CEGOS y STG/Comisión (Asunto C189/06 P) ECLI:EU:C:2007:242.

(9) Véase nuevos Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE) bajo las sociedades de economía mixta para los contratos de concesión de obras o servicios estén o no sujetos a regulación armonizada y, en particular, los artículos 10 y 69 del Real Decreto-ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, BOE núm. 341, de 31 de diciembre de 2020. Véase al respecto, J. M^o GIMENO FELIU (2021).

para la empresa privada; y, a su vez, en segundo lugar, el interés reside en que el concepto de ‘agrupación jurídica’ se consolida como una habilitación para la Administración contratante para revisar que se respetan las condiciones de competencia y no se produzcan situaciones de conflictos de intereses, de las identificadas como bid-rigging, que puedan alterar el resultado de las convocatorias de contratación pública o que pongan en riesgo la garantía el artículo 107 del Reglamento financiero, que tiene como finalidad prevenir los conflictos de intereses, pretende garantizar la independencia en sentido amplio de los licitadores frente a otros potenciales participantes, ya sea desde un punto de vista estructural o funcional (10).

II. EMPRESA Y GRUPO DE EMPRESAS EN DERECHO EUROPEO ANTE LAS LICITACIONES PÚBLICAS: EL CONCEPTO DE «AGRUPACIÓN JURÍDICA»

La garantía del respeto al Ordenamiento europeo en los procedimientos administrativos incluye, en particular, el principio de buena administración, que abarca el deber de la Institución competente de examinar cuidadosa e imparcialmente todos los aspectos de cada procedimiento (11).

En dicho marco, el Auto objeto de análisis permite conocer la interpretación que realiza la jurisprudencia europea de la noción de «agrupación jurídica» a los efectos de tenerla en cuenta en las licitaciones efectuadas por la Comisión Europea y en el marco del Reglamento financiero (12).

En dicho Auto, asunto C-186/06P (13), el Tribunal validó las actuaciones realizadas por la Comisión europea consistentes en recabar informaciones complementarias de las empresas que se presentaron a una licitación y rechazar dos candidaturas que se encontraban en conflicto de intereses al contar con dos Institutos conexos en cada una (asuntos acumulados T— 376/05 y T-383/05).

(10) Véase, en este sentido, Sentencia del Tribunal General de 9 de abril de 2019, *Sopra/Parlamento Europeo*, T-182/15, ECLI:EU:T:2019:228, apartados 78 y 79 y su cita al Auto de 20 de abril de 2007, *TEA-CEGOS y STG/Comisión*, C189/06 P, EU:C:2007:242, apartado 28.

(11) Sentencia de 15 de marzo 2012, *Evropaiki Dynamiki/ Comisión Europea*, T-236/09, ECLI:EU:T:2012:127, apartado 45 y la cita a la Sentencia de 14 de febrero de 2006, *TEA-CEGOS y otros/Comisión*, T376/05 y T383/05, EU:T:2006:47, apartado 76.

(12) Reglamento (CE, Euratom) n° 1605/2002, del Consejo, de 25 de junio de 2002, por el que se aprueba el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas (DO L 248, p.1)— el Reglamento financiero, en adelante— y Reglamento (CE, Euratom) n° 2342/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre 2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero (DO L 357).

(13) *Vid.* Nota pie número 8.

Para avanzar en la noción de «agrupación jurídica» en el sentido propuesto por la jurisprudencia europea se hace preciso revisar, aunque sea a mero título enunciativo, los conceptos de empresa y grupo de empresa en Derecho europeo, así como el de empresas vinculadas e influencia dominante.

Esta tarea permitirá deslindar de una manera más clara las particularidades de la «agrupación jurídica» y las posibilidades que la misma ofrece en derecho de la contratación pública europea. Así, el interés del Auto que a continuación se analiza reside en la utilidad que pueden tener los razonamientos empleados para identificar, a la luz del concepto conflicto de intereses del Reglamento financiero, la «agrupación jurídica» desde un punto de vista funcional y estructural y la jerarquía que establece la Comisión entre dichos puntos de vista, confirmada tanto por el Tribunal General como por el Tribunal de Justicia. Estas consideraciones pueden ser de gran utilidad, en el ámbito interno, ante lo dispuesto en la Ley de Contratos de la Administración Pública y la noción de grupo empresarial efectuada por la doctrina mercantil.

1. La noción jurídica de empresa y grupo de empresa en Derecho europeo

Es conocido que el concepto europeo de empresa abarca la definición de empresa como entidad económica y como entidad jurídica (14). Este concepto de empresa a escala europea no es neutro y no se puede afirmar que proceda una remisión a lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos nacionales. De 1952 a 1968, las autoridades europeas rechazaron dar un contenido jurídico original a la noción de empresa. Esto es, en un inicio, la empresa coincide con la noción jurídica de persona física o jurídica (15) Posteriormente la aplicabilidad de los artículos 85 y 86 TCE en relación con los acuerdos intergrupos o las prácticas de grupos respectivamente hace evolucionar hacia el reconocimiento de la empresa en tanto que realidad separada de la personalidad jurídica (16).

Actualmente, es jurisprudencia reiterada que el concepto de empresa comprende, en el contexto del Derecho europeo de la competencia, cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación (17). Además, el Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe

(14) En el mismo sentido se manifiesta el TJCE en la Sentencia de 14 de diciembre 2006, asunto CEPSA, C-207/05, apartados 39 y 40.

(15) Sentencia TJCE de 13.7.66, Grundig, asuntos 56 a 58/64.

(16) Decisión de la Comisión en el asunto Scott Paper, DOCE C110 de 24.10.1968 y en el asunto Continental Can de 9 diciembre 1971, y más recientemente, Sentencia TJCE de 13 de julio 1994, asunto Carton).

(17) Sentencias de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, C 41/90, Rec. p. I 1979, apartado 21, y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C 205/03 P, Rec. p. I 0000, apartado 25.

entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (18).

De este modo, el criterio de actividad económica se define de manera positiva por la existencia de dicha actividad económica (19), independientemente del carácter lucrativo o no de la actividad y del modo de financiación (20). Designa, así, una unidad económica, aunque, desde el punto de vista jurídico, dicha unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (21). Esta unidad económica consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado (22).

Este criterio de actividad económica encuentra dificultades en relación con las actividades intelectuales y las actividades públicas. Las primeras son actividades empresariales sujetas a la norma de la competencia por cuanto la actividad empresarial no se define de manera determinante por la búsqueda del lucro más por la explotación comercial de los derechos. Las segundas se consideran actividades empresariales por los criterios de transparencia, actividad social y la prerrogativa de poder público. Esto es así porque la aplicabilidad de los artículos 101 y 102 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la UE) se justifica en virtud de la actividad y de la finalidad de la actividad empresarial y no tanto de la personalidad jurídica del operador.

En cuanto al criterio de la actividad económica como clave para el concepto de empresa, éste se manifiesta por medio de la unidad de interés (23) y de unidad en el sentido de organización y autonomía de decisión (24). Este

(18) Sentencia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11.

(19) Sentencia TJCE de 19 enero 1994, asunto Eurocontrol, C-364/92, Rec. 1541.

(20) Sentencia TJCE de 23 abril 1991, asunto Höfner, C-41/90, Rec. 1979; de 17 febrero 1993, C-159 y 160/91, asunto Poucet, Rec. 637; y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C205/03 P, Rec. p. 10000, apartado 25).

(21) Sentencias de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-97/08 P, EU:C:2009:536, apartados 54 y 55, y de 27 de abril de 2017, Akzo Nobel y otros/Comisión, C-516/15 P, EU:C:2017:314, apartados 47 y 48).

(22) Sentencia de 1 de julio de 2010, Knauf Gips/Comisión, C-407/08 P, EU:C:2010:389, apartados 84 y 86.

(23) Sentencia TJCE de 12 de junio 1994, asunto Hydrotherm, C-170/83, Rec. 1999; y de 19 enero 1994, asunto Eurocontrol, C-364/92, Rec. 1541.

(24) Sentencia TJCE de 14 de julio de 1972, ICI/Comisión, 48/69, Rec. p. 619, apartado 140 y de 10 de marzo 1992, asunto T-11/89, Rec. 1523. Sentencia TJCE de 23 abril 1991, asunto Höfner, C-41/90, Rec. 1979; de 17 febrero 1993, C-159 y 160/91, asunto Poucet, Rec. 637; y de 11 de julio de 2006, FENIN/Comisión, C 205/03 P, Rec. p. 1 0000, apartado 25; Sentencia TJCE de 12 de junio 1994, asunto Hydrotherm, C-170/83, Rec. 1999).

criterio responde al necesario reconocimiento de los grupos de interés y a los acuerdos intergrupos que escapaban a la aplicación del artículo 101 TFUE. Asimismo, el poder económico de grupo empresarial permite a una aplicación más rigurosa de las normas de competencias es un ejemplo más de ello (25). Junto a ello, la noción de grupo de empresas en Derecho Europeo ha sido ampliamente estudiada y analizada por la doctrina académica (26).

Como señala el Tribunal en el asunto C-882/19, en el marco de una cuestión prejudicial en materia de derecho de la competencia, procede señalar igualmente que la organización de los grupos de sociedades que pueden constituir una unidad económica puede variar mucho de un grupo a otro. Existen, en particular, grupos de sociedades del tipo «conglomerado» que actúan en varios ámbitos económicos sin relación alguna entre sí (27).

En cierta manera, la existencia de una definición europea de empresa se explica por la importancia dada por el derecho europeo a la realidad más que a la forma jurídica que la viste: lo jurídico constituye un medio al servicio del desarrollo económico. En paralelo, en Derecho europeo, para definir grupos empresariales se acude al criterio de la unidad de decisión que se

(25) Una manifestación de ello es la Sentencia de 6 de octubre de 2021, dictada en el marco de la cuestión prejudicial elevada por la AP Barcelona, asunto C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, en la que se reconoce a la víctima de una práctica contraria a la competencia llevada a cabo por una empresa el derecho de ejercitar una acción de resarcimiento por daños y perjuicios indistintamente contra una sociedad matriz que haya sido sancionada por la Comisión en una decisión como consecuencia de dicha práctica o contra una filial de esa sociedad que no sea destinataria de la referida decisión, siempre que estas sociedades constituyan, conjuntamente, una unidad económica.

(26) Entre otros, respecto a los grupos de empresas debe destacarse los estudios realizados por mi maestro el Profesor Embid Irujo con especial atención a la UE, el informe Winter y las ideas del Forum Europaeum. En todo caso, véase: AZORRA, F.: «El informe Winter sobre modernización del Derecho societario en Europa»; *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, nº 4, 2003, p. 31-44; DE ARRIBA FERNÁNDEZ, M.L.: *Derecho de los grupos de sociedades*, Madrid, Thomson Civitas 2004; EMBID IRUJO, J.M.: *Introducción al Derecho de los Grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003, «A la búsqueda de un derecho de grupos en Europa» *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, Nº 231, 2004, pp. 29-44; «Treds and Realities in the Law of Corporate Groups» *European Business Organization Law Review*», EBOR, nº 65/05, p. 70-72, y «Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la ley concursal», *RCP*, 4, 2006, p. 65-79; «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 30, 2008, p. 19-31; «El derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa», *Revista de derecho mercantil*, Nº 304, 2017, p. 13-40; GIRGADO, P.: *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada Comares, 2001, y *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

(27) Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre 2021, Sumal y Mercedes Benz Trucks España, C-882/19, ECLI:EU:C:2021:800, apartado 45.

concreta en la existencia de una unidad de interés por encima de una unidad de organización y autonomía de decisión. No obstante, procede señalar, a este respecto, que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas (28).

2. Las empresas vinculadas y la «influencia dominante» en la Directiva 2014/24/UE

En el Derecho europeo derivado, se definió el concepto de «empresa vinculada» en relación con los criterios de selección cualitativa contenidos en la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. Así, entre los criterios de exclusión que disponía la Directiva no se incluían expresamente la circunstancia de que en la licitación participen empresas vinculadas con distintas ofertas (29). Esta Directiva fue derogada por

(28) Procede señalar, a este respecto, que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas. En efecto, las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones específicas que garanticen tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación (sentencia de 19 de mayo de 2009, Assitur, C-538/07, EU:C:2009:317, apartado 31)

(29) El artículo 29 de la Directiva 92/50, incluido en el capítulo 2 de la misma titulado «Criterios de selección cualitativa», dispone en su párrafo primero: «Podrá ser excluido de la participación en un contrato todo prestador de servicios: a) que se encuentre en estado de quiebra o de liquidación, cuyos negocios se encuentren bajo administración judicial, que haya negociado un convenio con sus acreedores, que haya cesado en sus actividades empresariales o se encuentre en cualquier situación análoga de resultados de un procedimiento de la misma naturaleza que exista en las legislaciones y reglamentaciones nacionales; b) que esté sujeto a un procedimiento de quiebra o sea objeto de una orden de liquidación obligatoria, de administración judicial, de concurso de acreedores o de cualquier otro procedimiento de la misma naturaleza que exista en las legislaciones y reglamentaciones nacionales; c) que haya sido condenado en sentencia firme por cualquier delito que afecte a su moralidad profesional; d) que haya cometido una falta profesional grave comprobada por cualquier medio que las entidades adjudicadoras puedan justificar; e) que no haya cumplido sus obligaciones en lo referente al pago de la cotización a la Seguridad Social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o del país de la entidad adjudicadora; f) que no haya cumplido sus obligaciones fiscales según las disposiciones legales del país de la entidad adjudicadora; g) que oculte o falsee gravemente la información exigible en virtud de lo dispuesto en el presente capítulo».

la 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 (30). Dicha Directiva 2004/18/CE, en su artículo 63 apartado dos, incluye una definición de empresa vinculada que abarca *«cualquier empresa en la que el concesionario pueda ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, o cualquier empresa que pueda ejercer una influencia dominante en el concesionario o que, del mismo modo que el concesionario, esté sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o normas que la regulan. Se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, se encuentre en una de las siguientes situaciones con respecto a otra empresa:*

- a) *tenga en su poder la mayoría del capital suscrito de la empresa; o bien;*
- b) *disponga de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o bien*
- c) *pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa».*

La Directiva 93/37/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (31), sí que contenía un concepto de «empresa vinculada» y de «influencia dominante» entre empresas. Así, el artículo 3, apartado 4, párrafos segundo y tercero, de la citada Directiva, estableció, en lo que respecta a los contratos de concesión de obras públicas «No tendrán la consideración de terceros aquellas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión ni las empresas vinculadas a ellas». En todo caso, señalaba la Directiva que se entenderá por empresa vinculada cualquier empresa en la que el concesionario puede ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante, o aquella empresa que puede ejercer una influencia dominante en el concesionario o que, del mismo modo que el concesionario, está sometida a la influencia dominante de otra empresa por razón de propiedad, participación financiera o reglas que la regulan.

Esta norma fue derogada por la Directiva 2004/18/CE, que a la sazón fue derogada por la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (32). Esta

(30) *OJ L 134, 30.4.2004, p. 114-240.*

(31) Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54).

(32) Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/C (DO L 94, p. 65).

norma contiene en su artículo 41 una disposición de interés para el objeto que nos ocupa, relativa la participación previa de candidatos o licitadores que hace referencia.

Así, cuando un candidato o licitador, o una empresa vinculada a un candidato o a un licitador, haya asesorado al poder adjudicador, sea o no en el contexto del artículo 40, o haya participado de algún otro modo en la preparación del procedimiento de contratación, el poder adjudicador tomará las medidas adecuadas para garantizar que la participación de ese candidato o licitador no falsee la competencia.

Estas medidas incluirán la comunicación a los demás candidatos y licitadores de la información pertinente intercambiada en el marco de la participación del candidato o licitador en la preparación del procedimiento de contratación, o como resultado de ella, y el establecimiento de plazos adecuados para la recepción de las ofertas. El candidato o el licitador en cuestión solo será excluido del procedimiento cuando no haya otro medio de garantizar el cumplimiento del principio de igualdad de trato. Antes de proceder a dicha exclusión, se dará a los candidatos o licitadores la oportunidad de demostrar que su participación en la preparación del procedimiento de contratación no puede falsear la competencia. Las medidas adoptadas se consignarán en el informe específico previsto en el artículo 84 de la citada Directiva 2014/24/UE.

En este contexto, se presumirá que existe influencia dominante cuando una empresa, directa o indirectamente, con respecto a otra empresa esté en posesión de la mayoría del capital suscrito de la empresa, o disponga de la mayoría de los votos inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o pueda designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de control de la empresa. La interpretación de ambos conceptos en el marco de la legislación italiana de contratación pública provocó el planteamiento de una cuestión prejudicial resuelta por el TJCE mediante Sentencia de 19 de mayo de 2009, asunto C-538/07 (33). Así, el TJCE consideró que los Estados miembros pueden ampliar el listado de causas de exclusión de los concursos públicos relacionadas con la calidad

(33) La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1), así como de los principios generales de Derecho comunitario en materia de contratos públicos. Dicha petición se presentó en el marco de un litigio entre Assitur Srl y la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano, relativo a la compatibilidad con las disposiciones y principios antes mencionados de una normativa nacional que prohíbe la participación, por separado y en competencia, en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos, a aquellas sociedades entre las que existe una relación de control o cuando una de ellas ejerce sobre las demás una influencia considerable.

profesional de los interesados con el fin de garantizar el respeto de los principios de igualdad de trato y de transparencia (34).

La norma europea es de aplicación a la situación en la que la legislación nacional prevé la exclusión de un procedimiento de adjudicación a las empresas que presenten ofertas separadas y en competencia cuando dichas empresas están vinculadas entre sí mediante relaciones de control, con carácter general, dicha norma presume *iusuris et de iure* que se habrán influido entre sí necesariamente y, por ello, vulnera el principio de proporcionalidad en la medida en que no concede a dichas empresas la posibilidad de demostrar que, en su caso, no existe un riesgo real de que se produzcan prácticas que pueden menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores (35).

En este contexto, afirma el TJCE, en el apartado 32 de la referida Sentencia de 19 de mayo 2009, que la cuestión de si la relación de control controvertida ha influido en el contenido respectivo de las ofertas presentadas por las empresas de que se trata en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación pública exige un examen y una apreciación de los hechos que corresponde efectuar a las entidades adjudicadoras. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión. Por el contrario, la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento,

(34) En el apartado 21 de la Sentencia, el Tribunal de Justicia añade que dicha enumeración exhaustiva no excluye la facultad de los Estados miembros de mantener o de establecer, además de dichas causas de exclusión, normas materiales para garantizar, en particular, que se respeten, en el sector de los contratos públicos, los principios de igualdad de trato de todos los licitadores y de transparencia, que constituyen la base de las Directivas comunitarias referentes a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos, siempre que, no obstante, se observe el principio de proporcionalidad. El Tribunal de Justicia ha señalado, en lo que respecta al artículo 24, párrafo primero, de la Directiva 93/37, que enumera las mismas causas de exclusión que figuran en el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50, que la voluntad del legislador comunitario ha sido incluir en dicha disposición tan sólo las causas de exclusión relacionadas únicamente con las calidades profesionales de los interesados. En la medida en que se refiere a tales causas de exclusión, el Tribunal de Justicia considera que dicha enumeración es exhaustiva (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C213/07, Rec. p. 10000, apartados 42 y 43, así como jurisprudencia citada). Por lo tanto, procede considerar que el artículo 29, párrafo primero, de la Directiva 92/50 no se opone a que un Estado miembro establezca, además de las causas de exclusión incluidas en dicha disposición, otras causas de exclusión, siempre que tales medidas no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

(35) Véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de marzo de 2005, *Fabricom*, C21/03 y C34/03, Rec. p. 11559, apartados 33 y 35, así como *Michaniki*, antes citada, apartado 62).

no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos. En cuanto al nivel de prueba requerido para demostrar la existencia de ofertas que no son ni autónomas ni independientes, el principio de efectividad exige que la prueba de una infracción de las normas de adjudicación de contratos públicos de la Unión pueda aportarse no solo mediante pruebas directas, sino también mediante indicios, siempre que estos sean objetivos y concordantes y que los licitadores vinculados entre sí puedan aportar pruebas en contrario (véase, por analogía, la sentencia de 21 de enero de 2016, *Eturas y otros*, C-74/14, EU:C:2016:42, apartado 37).

III. CONCEPTO DE «AGRUPACIÓN JURÍDICA» EN LAS LICITACIONES PÚBLICAS: AUTO DEL TJCE DE 20 DE ABRIL DE 2009.

En su Auto de 20 de abril de 2009, el TJCE considera que el Derecho europeo —ni los documentos facilitados en el marco de la licitación que daba lugar al litigio de referencia— ofrecían una definición del concepto de «agrupación jurídica».

El litigio en cuestión trae razón del hecho de que, en una licitación europea, se presentó un consorcio en el que manifestaron interés en participar un consorcio en el que figuraba Instituto (DIHR) que, pese a tener su propio consejo de administración, pertenecía a una organización más amplia (Centro), en la que tenía por socio a un segundo instituto (DIIS) y otro consorcio en el que formaba también parte éste segundo Instituto (DIIS). Esto es, el DIIS formaba parte de dos manifestaciones de interés. Durante la fase de presentación de candidaturas, los consorcios afirmaron no estar en supuesto alguno de exclusión.

A la vista de las documentaciones aportadas, según consta en los antecedentes del litigio, la Comisión remitió sendos escritos a los dos consorcios participantes en la licitación objeto de este recurso con el fin de solicitar que acreditaran que no se encontraban incursos en algún motivo de exclusión previstos en la convocatoria (apartado 13 de la Sentencia del Tribunal de primera Instancia) y, una vez recibidas las contestaciones, volvió a recabar de los consorcios para que explicaran la relación que les unía con la organización más amplia llamada «Centro» y su eventual autonomía frente a éste. Tras sucesivos requerimientos telefónicos, uno de los Consorcios envió a la Comisión una declaración del Ministerio competente en el que se manifestaba que ambos institutos eran autónomos en el seno del «Centro» (36).

(36) Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de febrero de 2006, *TEA-CEGOS, GHK /Comisión*, T376/05 y T-383/05, ECLI:EU:T:2006:47, apartados 13 y 17, respectivamente.

La Comisión decidió finalmente comunicar que las decisiones de seleccionar las ofertas de ambos consorcios habían sido erróneas y que desestimaba la candidatura y la oferta. Uno de los consorcios alegó que ambos Institutos no formaban parte de una misma agrupación jurídica. La Comisión volvió a solicitar documentación y a la vista de la recibida confirmó las decisiones y rechazó ambos recursos al considerar que los actos habían estado suficientemente motivados y que la Comisión no había violado el principio de confianza legítima ni el de buena administración.

Dichas decisiones fueron recurridas ante el Tribunal de Primera Instancia, que resolvió mediante Sentencia de 14 de febrero de 2006 (asuntos acumulados T-376/05 y T-383/05), desestimando las demandas y condenando en costas a las empresas demandantes.

Posteriormente, TEA-CEGOS y STG, respecto al asunto T-376/05, y GHK Consulting, respecto al asunto T-383/05, presentaron sendos recursos ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que fueron resueltos mediante el Auto de 20 de abril de 2009.

1. Hechos que dan lugar al pronunciamiento

Mediante un anuncio de licitación de 9 de julio de 2004 publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DO 2004, S 132), la Comisión convocó una licitación. Los hechos que fueron cuestionados ante el TPI fueron las actuaciones realizadas por la Comisión europea consistentes en recabar informaciones complementarias de las empresas que se presentaron a una licitación y rechazar dos candidaturas (Consortio TEA-CEGOS y Consortio GHK) que se encontraban en conflicto de intereses al contar con dos Institutos conexos en cada una (37).

(37) El consorcio TEA-CEGOS (en lo sucesivo, «Consortio TEA-CEGOS») manifestó su intención de participar en la licitación. TEA-CEGOS, S.A., fue seleccionado como jefe de fila de dicho consorcio a efectos de la participación del mismo en el procedimiento de licitación. Services techniques globaux (STG) SA es también miembro del Consortio TEA-CEGOS y le presta servicios en materia de gestión técnica y financiera. Durante la fase de presentación de las candidaturas y con arreglo las exigencias del anuncio de licitación, los distintos miembros del Consortio TEA-CEGOS efectuaron una declaración según la cual no se encontraban en ninguno de los supuestos de exclusión mencionados en el punto 2.3.3 de la guía práctica de la citada licitación. El 18 de agosto de 2004, el Danish Institute for Human Rights (en lo sucesivo, «DIHR»), miembro del Consortio TEA-CEGOS, remitió a la Comisión un documento en el que indicaba que el DIHR disponía de su propio consejo de administración pero pertenecía a una organización más amplia, el Danish Centre for International Studies and Human Rights (en lo sucesivo, «Centro») y tenía por socio al Danish Institute for International Studies (en lo sucesivo, «DIIS»), instituto creado mediante una ley danesa de 6 de junio de 2002, que también estableció el Centro y el DIHR. GHK Consulting Ltd, sociedad inglesa, forma parte de un consorcio que agrupa diversas entidades (en lo sucesivo, «Consortio GHK»), entre ellas el DIIS. GHK

Consulting, a través de su división GHK International Ltd, fue seleccionada como jefe de fila del Consorcio GHK a efectos del procedimiento de licitación. El 29 de septiembre de 2004, en la presentación de candidaturas, el DIIS declaró que no pertenecía a una agrupación o a una red. Mediante un correo electrónico de 17 de diciembre de 2004 y otro postal de 31 de diciembre de 2004, el Consorcio TEACEGOS fue admitido a participar en la licitación por el lote nº 7. Durante esa fase del procedimiento de licitación, el DIHR indicó de nuevo que pertenecía a una organización más amplia, el Centro, que englobaba a otro instituto, el DIIS. El Consorcio GHK fue asimismo admitido en la licitación por el lote nº 7. Mediante escritos de 20 de mayo de 2005, se comunicó a TEA-CEGOS y a GHK International que las ofertas de los consorcios a los que pertenecían respectivamente habían sido seleccionadas para el lote nº 7. Dichos escritos especificaban que los contratos serían remitidos a los consorcios para su firma siempre que se acreditara que no se hallaban en una de las situaciones correspondientes a los motivos de exclusión previstos en el punto 2.3.3 de la guía práctica. Las demandantes remitieron a la Comisión los documentos que consideraron pertinentes a tales efectos. Por fax de 22 de junio de 2005, la Comisión solicitó a TEA-CEGOS que explicara la relación que unía al DIHR con el Centro y su eventual autonomía frente a éste, y pidió asimismo a GHK International que facilitara aclaraciones acerca del estatuto jurídico del DIIS. El 23 de junio de 2005, el Consorcio TEA-CEGOS remitió a la Comisión un escrito del DIHR explicando su funcionamiento. El 24 de junio de 2005, GHK International envió por fax a la Comisión las aclaraciones relativas al DIIS. En respuesta a una nueva solicitud de la Comisión realizada telefónicamente el 27 de junio de 2005 y por la que se pedían aclaraciones adicionales, el Consorcio TEA-CEGOS remitió a la Comisión, ese mismo día, una copia de la Ley danesa de 6 de junio de 2002 por la que se creó el Centro, junto con una comunicación escrita en la que se indicaban los elementos pertinentes de dicha Ley y la relación entre el Centro y el DIHR, así como una carta del jefe de administración del Centro. El 14 de julio de 2005, el Consorcio TEA-CEGOS envió asimismo a la Comisión una declaración del Ministro de Asuntos Exteriores danés, en la que se afirmaba que el DIHR y el DIIS eran entidades autónomas en el seno del Centro. Mediante escritos de 18 de julio de 2005 (en lo sucesivo, «decisiones de 18 de julio de 2005»), la Comisión comunicó al Consorcio TEA-CEGOS y al Consorcio GHK que sus decisiones de seleccionar sus ofertas se habían basado en la información incorrecta que se le había facilitado en el procedimiento de licitación y que, a la luz de los nuevos elementos, debían desestimarse su candidatura y su oferta. El 22 y el 25 de julio de 2005, el Consorcio TEA-CEGOS alegó ante la Comisión que no cabía considerar que el DIHR y el DIIS formaban parte de una misma agrupación jurídica en el sentido del artículo 13 del anuncio de licitación, recordando que había indicado, desde el principio del procedimiento de licitación, la pertenencia del DIHR al Centro. El 27 de julio de 2005, la Comisión acusó recibo del escrito de 22 de julio y señaló que su contenido sería examinado de manera pormenorizada. El 25 de julio de 2005, la lista de los licitadores seleccionados para el lote nº 7, publicada en el sitio de EuropeAid, fue modificada excluyendo a ambos consorcios. El 8 de septiembre de 2005, TEA-CEGOS y STG se dirigieron a la Comisión para denunciar las ilegalidades de las que, a su juicio, adolecían las decisiones de 18 de julio de 2005, solicitando en consecuencia que revisara dichas decisiones a la mayor brevedad. Mediante escrito de 13 de septiembre de 2005, la Comisión les indicó que se estaba realizando un nuevo examen y que había remitido al Centro una serie de cuestiones con la solicitud de que aportara documentos que pudieran apoyar las respuestas que facilitara. El 14 de septiembre de 2005, TEA-CEGOS y STG reiteraron su deseo de obtener una respuesta rápida en cuanto a la posición definitiva que adoptaría la Comisión. El 21 de septiembre de 2005, la Comisión les comunicó que esperaba determinados datos del Centro necesarios para pronunciarse sobre el resultado del procedimiento, comprometiéndose a notificarles en el plazo más breve posible la decisión que adoptara. Mediante un correo electrónico de 23 de septiembre de 2005 y

2. Posiciones de las partes

Las demandantes sostuvieron, como segundo motivo de alegación, que la Comisión incumplió su obligación de motivación y el principio de seguridad jurídica, habiendo cometido además un error manifiesto de apreciación en la aplicación del artículo 13 del anuncio de licitación (38). El recurso se interpone contra la interpretación por la Comisión y por el Tribunal de Primera Instancia de la noción de «agrupación jurídica» y ante la ausencia de motivación suficiente en las decisiones de la Comisión, en primer término, y del TPI, en segundo.

TEA-CEGOS y STG subrayaron que el artículo 13 del anuncio de licitación excluye las candidaturas de «personas físicas o jurídicas» que presenten varias ofertas por un mismo lote, incluidas las «personas jurídicas que participan en una misma agrupación jurídica», pero no define dicho concepto (39). El principio de seguridad jurídica para las partes se opone a que la Comisión, ante

un fax de 26 de septiembre de 2005, el Centro respondió a las cuestiones de la Comisión, remitiéndole también una serie de documentos en los que apoyaba sus respuestas. El 26 de septiembre de 2005, GHK International envió a la Comisión un escrito para respaldar las respuestas facilitadas por el Centro. El 27 de septiembre de 2005 y el 5 de octubre de 2005, TEA-CEGOS y STG remitieron a la Comisión dos escritos en los que ponían de manifiesto, en particular, el carácter independiente de los dos institutos. En dichos escritos destacaban el hecho de que los únicos motivos por los que podían revocarse las decisiones de adjudicación eran los previstos en el artículo 14 de las instrucciones a los licitadores, que remitian al punto 2.3.3 de la guía práctica. Añadían que el Consorcio TEA-CEGOS no era responsable de omitir ningún dato y que no había facilitado información errónea. El 11 de octubre de 2005, TEA-CEGOS y STG se dirigieron a la Comisión para que indicara si había adoptado una posición definitiva sobre el procedimiento de licitación, solicitando que no celebrara contratos junto con las decisiones de adjudicación que adoptara. La Comisión les indicó que estaba a punto de adoptar una decisión. Mediante dos decisiones remitidas el 12 de octubre de 2005 al Consorcio TEA-CEGOS, por una parte, y al Consorcio GHK, por otra, la Comisión confirmó las decisiones de 18 de julio y desestimó las ofertas de dichos Consorcios.

(38) Las demandantes en el asunto T367/05 invocaron cuatro motivos en apoyo de su demanda. A continuación, se analizarán el segundo, tercer y cuarto motivo de recurso por ser de interés en este estudio. En virtud del primer motivo, las demandantes alegan que la Comisión vulneró, por una parte, el artículo 13 del anuncio de licitación y, por otra, el artículo 14 de las instrucciones a los licitadores.

(39) El artículo 13 del anuncio de licitación publicado en el marco del procedimiento de licitación designado con la referencia «EuropeAid/119860/C/SV/multi-Lot 7», relativo a un contrato marco múltiple para la selección de expertos a corto plazo encargados de prestar asistencia técnica a países terceros beneficiarios de la ayuda exterior (en lo sucesivo, «licitación»), indicaba que las personas físicas o jurídicas (incluidas las personas jurídicas que participan en una misma agrupación jurídica) sólo podrán presentar una candidatura, con independencia de su forma de participación (como entidad jurídica individual o como jefe de fila o socio de una agrupación candidata). En el supuesto de que una persona física o jurídica (incluidas las personas jurídicas pertenecientes a una misma agrupación jurídica) presente más de una candidatura, quedarán excluidas todas las candidaturas en las que dicha persona (y las personas jurídicas que pertenezcan a la misma agrupación jurídica) haya participado.

la ausencia de definición de agrupación jurídica, adopte primero un criterio funcional para preferir luego uno de carácter estructural.

A falta de tal definición, GHK Consulting estimaba que la exclusión de una oferta, tal como prevé el artículo 13 del anuncio de licitación, sólo debe producirse en el supuesto de que las entidades pertenezcan a un mismo grupo, es decir, cuando estén controladas por una sociedad matriz común o cuando se controlen mutuamente. Pues bien, GHK Consulting alegó que, en el caso de autos, el DIHR y el DIIS son independientes, que tienen sus propios estatutos y que cada uno de ellos persigue objetivos específicos, creándose el Centro para facilitar la administración de ambos institutos. Sólo es común la gestión de sus servicios administrativos, en la medida en que son gestionados por el Centro que percibe una remuneración a cambio de las prestaciones así suministradas. Además, TEA-CEGOS y STG sostuvieron que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación al no tener en cuenta que cada uno de los institutos dispone de un patrimonio propio.

TEA-CEGOS y STG consideraron que la Comisión modificó la interpretación que atribuye al concepto de «agrupación jurídica», puesto que, en las decisiones de 18 de julio de 2005, declaró por vez primera que el criterio de independencia no era ya pertinente y que bastaba que el DIHR formara parte estructural del Centro, enfoque que fue confirmado en las decisiones impugnadas, vulnerando así el principio de seguridad jurídica.

TEA-CEGOS y STG apuntaron que el objetivo perseguido por el artículo 13 del anuncio de licitación consistía en evitar conflictos de intereses entre personas que, directa o indirectamente, pudieran licitar varias veces por un mismo contrato y encontrarse, de este modo, en competencia por el contrato marco o, posteriormente, por los contratos específicos. Así, si el DIHR y el DIIS no fueran independientes frente al Centro y debieran obtener la aprobación previa de éste para celebrar un contrato, podría surgir entre ellos un conflicto de intereses. En el asunto, TEA-CEGOS y STG afirmaron que el comportamiento de cada entidad sólo puede imputarse a ésta y no a las otras, de forma que el Centro y los dos institutos no pueden constituir una entidad económica única (40).

La Comisión reconoció que no existía una definición del concepto de «agrupación jurídica» en el artículo 13 del anuncio de licitación. No obstante, este concepto es general y permite cubrir una diversidad de situaciones, por lo que la Comisión debía realizar una apreciación del caso concreto para pronunciarse sobre la existencia de una agrupación jurídica. Recordó que el artículo 13 del anuncio de licitación reproduce una disposición más general del Reglamento financiero, a saber, su artículo 94, que prevé expresamente

(40) Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 2005, Daimler-Chrysler/Comisión, T 325/01, Rec. p. I 0000, apartados 218 y 219).

la exclusión de los candidatos que se hallen en una situación de conflicto de intereses. En el caso de autos, la Comisión alegó que la pertenencia de los dos institutos al Centro obstaculizaba la competencia efectiva entre éstos, dado que tienen sectores de actividad próximos y sus ámbitos de competencia pueden cruzarse. Además, el citado artículo 13 para la Comisión era suficientemente claro cuando prohibía la pertenencia a una misma agrupación jurídica, introduciendo así un criterio estructural.

Las demandantes imputaron en su escrito de alegaciones a la Comisión la violación del principio de buena administración y el incumplimiento de su deber de diligencia y, mediante el cuarto motivo, las demandantes alegan que la Comisión infringió el principio de confianza legítima. TEA-CEGOS y STG recuerdan que la Comisión tenía conocimiento, desde la presentación de la candidatura, de la pertenencia del DIHR al Centro. Si la Comisión tenía dudas sobre el alcance de la pertenencia del DIHR al Centro, habría debido preguntar al Consorcio TEA-CEGOS durante el procedimiento de licitación y no después de decidir adjudicarle el contrato. Al no hacerlo, la Comisión vulneró el principio de buena administración. Asimismo, debería haber respondido a los escritos del Consorcio TEA-CEGOS de 22 y 25 de julio de 2005, a los que sólo contestó después de que TEA-CEGOS le instara a ello. Por tanto, a su juicio, procede condenar la ligereza con la que actuó la Comisión, manifestándose esta actitud en las informaciones divergentes que figuran en su sitio de Internet en relación con los licitadores seleccionados para el lote nº 7.

La Comisión subrayó en sus alegaciones ante el Tribunal de Primera Instancia que, aunque era cierto que el DIHR había indicado la relación existente con el DIIS, éste no había realizado ninguna declaración en ese sentido. Por tanto, el sistema informático utilizado en el marco del procedimiento administrativo no pudo detectar una eventual vulneración del artículo 13 del anuncio de licitación. Alertada por un tercero de la existencia de una relación entre el DIHR y el DIIS, la Comisión reaccionó preguntando a las demandantes sobre este extremo. Además, no cabe imputar a la Comisión una eventual falta de diligencia. Por otra parte, la Comisión alegó que respondió con celeridad a las solicitudes de las demandantes formuladas el 22 y el 25 de julio de 2005, indicándoles en particular, el 27 de julio de 2005, que tendría en cuenta sus observaciones y les comunicaría sus decisiones al respecto en el plazo más breve posible.

3. Criterios para apreciar la existencia de «agrupación jurídica»

Ante las alegaciones realizadas por las partes respecto al error de la Comisión al apreciar la existencia de «agrupación jurídica», el Tribunal de Primera Instancia consideró que las decisiones de la Comisión mencionaban expresamente las disposiciones infringidas por ambos consorcios en sus candi-

daturas y motivaban suficientemente los elementos que habían permitido a la Comisión llegar a las conclusiones de desistimiento. En este contexto, el Tribunal confirmó que, a la vista de las comprobaciones expuestas en los antecedentes, no ha habido un error manifiesto de apreciación en las decisiones (apartados 48 y 49 de la Sentencia).

En particular, en cuanto a la existencia de agrupación jurídica, a falta de una definición normativa o jurisprudencial del concepto de agrupación, el Tribunal entendió que la Comisión quedó «obligada a hacer un examen caso por caso teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes» (apartado 52 de la Sentencia). En función de ello, tenía que determinar si estaban vinculadas estructuralmente al «Centro», bien entendido, no obstante que *«otros factores podían apoyar el análisis de los vínculos estructurales como los referentes al grado de independencia de las entidades de que se trata y que las partes califican de criterio funcional»* (apartado 53 de la Sentencia). En este punto, la Comisión comprobó que ambos institutos formaban parte jurídicamente del «Centro» y pertenecían a una misma estructura. Es más, que el Centro llevaba a cabo una administración conjunta de ambos y ambos estaban representados en el Consejo de Administración del Centro.

El Tribunal tomó como referencia unos elementos de carácter estructural y otros de carácter funcional. Respecto a los elementos de carácter estructural, se consideró que la vinculación al Centro se manifiesta en que ambos compartían locales; que, en cuanto a la administración de los dos institutos, el artículo 2 de los estatutos del Centro prevé que éste «lleva a cabo la administración conjunta de las finanzas, los recursos humanos, la administración, los servicios comunes y la biblioteca común de ambos institutos». Así, los servicios administrativos, como el pago de los salarios y la gestión de las facturaciones, son prestados por el Centro, que percibe de los dos institutos una retribución específica a cambio de las prestaciones ofrecidas, y es asimismo responsable de recibir los pagos abonados a favor de los institutos; y por último, que el consejo de administración del Centro delibera sobre las previsiones operativas de los dos institutos.

En cuanto a los elementos funcionales, de los autos se desprende que la autonomía financiera de los institutos está relativamente limitada por la influencia del Centro. En efecto, como se desprende de los autos, el DIIS y el DIHR están financiados en parte por fondos públicos concedidos al Centro que debe distribuirlos en un 80 % para el DIIS y en un 20 % para el DIHR. Asimismo, los artículos 4 y 15 de los estatutos del DIIS establecen que éste «se sitúa bajo los auspicios del [Centro]» y que «las cuentas del instituto son controladas, como entidad del [Centro], por el “Rigsrevisor”». Del mismo modo, las cuentas del DIHR deben ser aprobadas por el consejo de administración del Centro. De igual modo, la dependencia funcional queda patente porque

la autonomía decisoria de los institutos, las demandantes ponen de manifiesto el hecho de que sus consejos de administración son autónomos frente al Centro. Sin embargo, esta alegación no basta para enervar la conclusión de que el DIIS y el DIHR pertenecen a la misma agrupación jurídica, puesto que tal pertenencia no excluye necesariamente la autonomía decisoria de las diversas entidades jurídicas que coexisten en el seno de una misma agrupación.

A modo de conclusión, el Tribunal de Primera Instancia consideró que la Comisión no cometió un error manifiesto de apreciación al basarse de modo principal en un criterio estructural ni se produjo una violación del principio de seguridad jurídica. El hecho de que solicitase, en un primer momento, información relacionada con el criterio funcional para adoptar, acto seguido, el criterio estructural no puede modificar esta conclusión, al haber realizado la Comisión un análisis profundo de las circunstancias del caso de autos antes de aplicar el motivo de exclusión (apartado 62).

En su Auto, el Tribunal de Justicia rechazó las alegaciones de las partes referidas anteriormente, confirmando que, en primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia había motivado suficientemente su Sentencia al considerar que la Comisión no había incurrido en un error manifiesto de apreciación al no analizar en profundidad las circunstancias del caso ni había violado el principio de seguridad jurídica puesto que el artículo 13 del anuncio de la licitación en cuestión establecía con suficiencia reglas claras y comprensibles respecto a la presentación de ofertas (apartado 36). En segundo lugar, confirmando la adopción por el Tribunal del criterio estructural en detrimento del funcional para la apreciación de la existencia de la agrupación jurídica, el Auto considera que el Tribunal de Primera Instancia justificó su decisión de manera completa porque, aunque admitió un cierto grado de autonomía, los dos Institutos en cuestión estaban suficientemente conexos para poder encontrarse en una situación de conflicto de intereses (apartado 45 del Auto) y no excluyó la pertinencia de valorar algún elemento de carácter funcional en el apartado 53 y 57 de la sentencia de instancia, como que la presencia de miembros de ambos Institutos en el seno del Consejo de Administración del Centro evidenciaba posibles intercambios de opiniones sobre estrategias comerciales (apartado 48 y 56 del Auto).

El Tribunal de Justicia refrendó la corrección de las actuaciones de la Comisión que partiendo de un criterio estructural en detrimento del funcional para la apreciación de la existencia de la agrupación jurídica, acerca la noción de «agrupación jurídica» al de red empresarial, en el que varios operadores acuerda compartir capacidades para alcanzar propósitos comunes y en el que pese existir un cierto grado de autonomía, los integrantes de la misma —dos Institutos en el asunto que sirve de objeto de estudio— están suficientemente conexos para poder encontrarse en una situación de conflicto de intereses,

aceptándose como medios de valoración también ciertos criterios de carácter funcional como que la presencia de miembros de los sujetos en red en el seno del Consejo de Administración de un tercer sujeto que evidencia posibles intercambios de opiniones sobre estrategias comerciales.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

En el contexto de un mercado interior único y de competencia efectiva, se pone una vez más la necesidad de incrementar los mecanismos de cooperación y coordinación público-privada. En dicho contexto, la referencia al concepto de «agrupación jurídica», que existe en Derecho de la Unión Europea, actualmente puede ofrecer ciertas soluciones a las situaciones de programación, desarrollo y ejecución de los fondos europeos en el periodo de programación de fondos europeos 2021-2027.

Como sostiene el Tribunal en el Auto objeto de análisis, por un lado, la exclusión sistemática de empresas vinculadas entre sí del derecho a participar en un mismo procedimiento de adjudicación de contratos públicos sería contraria a una aplicación eficaz del Derecho europeo. En efecto, dicha solución reduciría considerablemente la competencia en el ámbito europeo. Por otro, la cada vez más común existencia de grupos comerciales, empresariales o de Centros de investigación con actividad propia en el tráfico jurídico-económico pone de manifiesto la necesidad de ajustar al máximo los análisis sobre los concurrentes en un proceso de contratación pública para garantizar la transparencia y la igualdad y, a su vez, evitar toda colusión potencial entre los participantes en un mismo procedimiento.

El litigio subyacente en el asunto de referencia sirve de botón de muestra de esta problemática y de cómo la Administración europea ha puesto la máxima atención en garantizar el respeto a ambos principios por delante del principio de fomento de la competencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AZORRA, Fernando: «El informe Winter sobre modernización del Derecho societario en Europa»; *Actualidad Jurídica Uribe y Menéndez*, n° 4, 2003, p. 31-44.
- DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa: *Derecho de los grupos de sociedades*, Madrid, Thomson Civitas 2009.
- EMBED IRUJO, José Miguel: *Introducción al Derecho de los Grupos de sociedades*, Granada, Comares, 2003.
- «A la búsqueda de un derecho de grupos en Europa», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, N° 231, 2004, pp. 29-44;

- «Trends and Realities in the Law of Corporate Groups» *European Business Organization Law Review*, *EBOR*, nº 65/05, p. 70-72.
 - «Sobre el concepto y significado del grupo de sociedades en la ley concursal», *RCP.*, 4, 2006, p. 65-79;
 - «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español», *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 30, 2008, p. 19-31;
 - «El derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa», *Revista de Derecho Mercantil*, Nº 304, 2017, p. 13-40.
- ESTEBAN RÍOS, Javier.: «Vías para la agilización de las subvenciones financiadas con fondos de la UE: la adaptación al instrumento europeo de recuperación y más allá», en Monografía XX de esta REVISTA, Zaragoza, 2021, pp. 247-289.
- FUENTETAJA, Jesús: *Derecho Administrativo Europeo*, 2ª ed., Civitas 2015, pp. 517-546.
- GIMENO FELIU, José María: «El desafío de fondos Next Generation como elemento de transformación de la gestión pública», en Monografía XX de esta REVISTA, 2021, pp. 21-41.
- Los fondos Next Generation y la colaboración público privada (I), accesible en <https://pixelware.com/los-fondos-next-generation-y-la-colaboracion-publico-privada/>.
- GIRGADO, Pablo: *La empresa de grupo y el Derecho de sociedades*, Granada Comares, 2001.
- *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Madrid, Marcial Pons, 2002.
- GUILLEM CARRAU, Javier: «Errores financieros y presupuestarios: claves europeas en Auditoría pública», *Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, Nº. 70, 2017, pp. 161-166.
- «Las correcciones financieras en materia de fondos estructurales», en esta REVISTA, Nº 51, 2018, p. 281.
 - con VILLALBA DE MIGUEL, Diego: «Apuntes sobre la arquitectura legal de los Fondos estructurales y de inversión europeos en 2014-2020», en *La ejecución de los Fondos Europeos en España*, 2017, pp. 53-72.
- LINARES MUÑAGORRI, Isabel y BARQUERO SOLANES, Ignacio: «Balance y vías de mejora en las medidas previstas por el Real Decreto Ley 36/2020 en materia de gestión económico administrativa», en Monografía XX de esta REVISTA, Zaragoza, 2021, pp. 293-319.

MONTES SEBASTIÁN, Beatriz: «Perte y otras fórmulas de colaboración público-privada para la gestión de fondos Europeos», en *La Gestión de los Fondos Next Generation. Claves para la revolución administrativa*, Wolters Kluwer, 2021, pp.

NAVARRO MOLINÉS, Gabriel: «2020, Inicio de una década histórica en fondos europeos. Especial referencia al instrumento Next Generation vía mecanismo de recuperación y resiliencia y reflexión aragonesa de los fondos REACT-EU», en Monografía XX de esta REVISTA, 2021, pp. 43-101.