CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL SRA. CHRISTINE STIX-HACKL presentadas el 15 de marzo de 2005 [1]

I. Observaciones introductorias

1. La presente petición de decisión prejudicial tiene por objeto el procedimiento de recurso contra las decisiones de las entidades adjudicadoras en relación con la adjudicación de contratos públicos y, en concreto, la legitimación activa individual de los miembros de una unión temporal de empresas con arreglo al Derecho belga, que puede calificarse de agrupación de licitadores en el sentido del Derecho comunitario de la contratación pública (o de «agrupación de operadores económicos» según las nuevas Directivas en materia de contratos públicos). [2]

II. Marco jurídico

A. *Normativa comunitaria*

2. El artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras [3] (en lo sucesivo, «Directiva»), dispone, entre otras cosas:

«1. En lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos comprendidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE y 92/50/CEE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en

1 — Lengua original: alemán.

2 — Artículo 4, apartado 2, de 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 (DO L 134, p. 114), y artículo 11, apartado 2, de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134, p. 1).

3 — DO L 395, p. 33, en la versión modificada por 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).

los artículos siguientes y, en especial, en el apartado 7 del artículo 2, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho comunitario en materia de contratos públicos o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa.

[...]

3. Los Estados miembros garantizarán que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción. En particular, los Estados miembros podrán exigir que la persona que desee utilizar tal procedimiento haya informado previamente al poder adjudicador de la presunta infracción y de su intención de presentar recurso.»

3. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/665 establece, entre otras cosas:

«Los Estados miembros velarán para que las medidas adoptadas en relación con los procedimientos de recurso contemplados en el artículo 1 prevean los poderes necesarios:

[...]

b) para anular o hacer que se anulen las decisiones ilegales, incluida la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en los documentos de licitación, en los pliegos de condiciones o en cualquier otro documento relacionado con el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión;

[...]»

4. A tenor del artículo 21 de la 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: [4]

«Estarán autorizadas a licitar las agrupaciones de contratistas. No se exigirá la transformación de dichas agrupaciones en una forma jurídica determinada para la presentación de la oferta, pero la agrupación elegida puede ser obligada a proceder a dicha transformación cuando le haya sido adjudicado el contrato.»

4 — DO L 199, p. 54; posteriormente modificada.

B. *Normativa nacional*

5. Las disposiciones pertinentes son las del artículo 19, párrafo primero, de las Leyes sobre el Conseil d'État, coordinadas el 12 de enero de 1973, que regulan, entre otros, la legitimación activa en los recursos de anulación.

6. El artículo 53 del Código de sociedades contiene disposiciones relativas a aspectos fundamentales de las relaciones con terceros de la «association momentanée» («unión temporal de empresas»).

7. El artículo 522, apartado 2, del Código de sociedades establece que la representación de una «société anonyme» («sociedad anónima»), entre otros, ante los tribunales, corresponde al consejo de administración. Además, dicha disposición permite que los estatutos prevean la representación de la sociedad mediante uno o varios miembros del consejo de administración.

III. Hechos que originaron el litigio, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

8. El 30 de septiembre de 1997 se publicó en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* un anuncio de licitación del Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (en lo sucesivo, «FOREM»), cuyo objeto se precisaba de la siguiente manera: «proyecto, ejecución y financiación de un inmueble para los servicios administrativos de la Oficina regional de empleo (Dirección General de Lieja) de aproximadamente 6.500 m^2 (netos) en superficie», y se señalaba que se autorizaban variantes. Posteriormente se publicaron cuatro anuncios rectificativos.

9. El 20 de febrero de 1998 tuvo lugar la apertura de las plicas. Se habían presentado cinco ofertas, entre ellas las correspondientes a las agrupaciones de licitadores («associations momentanées»; uniones temporales de empresas) Espace Trianon — SOFIBAIL y C. I.D.P.-B.P.C. La agrupación de licitadores Espace Trianon — SOFIBAIL está compuesta por Espace Trianon, S.A. (en lo sucesivo, «Espace») y por la Société Wallone de Location-Financement, S.A. (en lo sucesivo, «SOFIBAIL»).

10. El 22 de diciembre de 1998, el comité de gestión de FOREM adjudicó a la unión temporal de empresas C.I.D.P.-B.P.C. un contrato para el proyecto, la ejecución y la financiación de un inmueble de aproximadamente 6.500 m^2 (netos) en superficie para los servicios administrativos de la Dirección General de Lieja de FOREM.

11. El 8 de enero de 1999, el comité de gestión confirmó «la resolución motivada

adoptada en la sesión de 22 de diciembre de 1998».

12. El 25 de enero de 1999 se notificó a Espace y a SOFIBAIL la decisión de adjudicación.

13. El 19 de febrero de 1999, Espace y SOFIBAIL interpusieron ante el Conseil d'État un recurso para obtener la anulación de la decisión por la que se adjudicaba el contrato.

14. El 8 de marzo de 1999, Espace y SOFIBAIL interpusieron ante el Conseil d'État un recurso de anulación de la resolución confirmatoria de 8 de enero de 1998.

15. En el marco del examen de la admisibilidad de los recursos, el Conseil d'État llegó a la conclusión de que los acuerdos adoptados en nombre de Espace de acudir a los tribunales eran irregulares al no haber sido adoptados por el consejo de administración con arreglo a su estatuto. En cambio, consideró regulares los acuerdos de SOFIBAIL.

16. Dado que la oferta había sido presentada en nombre de la agrupación de licitadores Espace-SOFIBAIL pero la decisión de uno de los miembros era irregular, el Conseil d'État examinó las consecuencias que ello podía entrañar para la admisibilidad de los recursos.

17. Mediante resolución de 25 de febrero de 2004, el Conseil d'État decidió plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) El artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, ¿se opone a una disposición de una legislación nacional como la del artículo 19, párrafo primero, de las Leyes sobre el Conseil d'État, coordinadas el 12 de enero de 1973, que se interpreta en el sentido de que obliga a los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica, que, como tal, ha participado en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y no ha resultado adjudicataria, a actuar conjuntamente, en su condición de socios o en nombre propio, para interponer un recurso contra la decisión de adjudicación de dicho contrato?

2) ¿Sería diferente la respuesta a la cuestión en el supuesto de que los miembros de la unión temporal de empresas hubieran interpuesto el recurso conjuntamente, pero la acción ejercitada por uno de sus miembros fuera inadmisible?

3) El artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de

1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, ¿se opone a una disposición de Derecho nacional como la del artículo 19, párrafo primero, de la Leyes sobre el Conseil d'État, coordinadas el 12 de enero de 1973, que se interpreta en el sentido de que prohíbe a un miembro de tal unión temporal de empresas interponer a título individual, ya sea como socio o en nombre propio, un recurso contra la decisión de adjudicación?»

IV. Apreciación

A. *Consideraciones de carácter general*

18. Las tres cuestiones prejudiciales tienen por objeto los requisitos del Derecho comunitario en relación con la admisibilidad de los recursos interpuestos por los miembros de una agrupación de licitadores y, en el presente caso, los miembros de una unión temporal de empresas de Derecho belga.

19. Habida cuenta del tenor de dichas cuestiones, es preciso recordar que las peticiones de decisión prejudicial con arreglo al artículo 234 CE no pueden tener por objeto la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho comunitario. Por consiguiente, procede interpretar las cuestiones planteadas en el presente procedimiento en el sentido de que solicitan que se interprete el Derecho comunitario.

20. Mientras las cuestiones primera y tercera se refieren al problema básico de la legitimación activa individual de los miembros de una agrupación de licitadores, la segunda cuestión afecta únicamente a un supuesto concreto, a saber, el caso en que todos los miembros de una agrupación de licitadores han recurrido conjuntamente, pero la acción ejercitada por uno de ellos es inadmisible.

21. Sin embargo, las cuestiones jurídicas que ello plantea han de distinguirse de la cuestión, que no es objeto del presente procedimiento, de si la Directiva concede legitimación activa a una agrupación de licitadores en el sentido del Derecho comunitario y, en su caso, con qué requisitos.

22. Pero también desde otro punto de vista, la siguiente apreciación debe limitarse, por motivos procesales, a las particularidades de la presente petición de decisión prejudicial.

23. Así, el procedimiento principal, es decir, el procedimiento de recurso nacional, tiene por objeto el examen de una decisión de la entidad adjudicadora sobre la adjudicación del contrato. Sin embargo, las respuestas que se den en el presente procedimiento prejudicial no pueden aplicarse sin más a los recursos relativos a otras decisiones de la entidad adjudicadora, como, por ejemplo, no haber seleccionado a determinados participantes como licitadores, es decir, no haberles invitado a que presentaran una oferta, o la eliminación de ofertas. Es preciso señalar, asimismo, que el procedimiento principal se refiere a la anulación de una decisión.

24. La respuesta a las cuestiones prejudiciales debe limitarse, pues, a una situación como la del procedimiento principal. Ello significa que del Derecho comunitario podrían resultar, sin lugar a dudas, otras obligaciones en relación con la mera declaración de ilegalidad y con la concesión de una indemnización por daños y perjuicios.

25. Hay que añadir a lo anterior, que la agrupación de licitadores de la que se trata en el procedimiento principal fue constituida mediante contrato y, según se desprende de los autos, carece de personalidad jurídica con arreglo al Derecho nacional.

26. A este respecto, ha de señalarse que tanto las Directivas antiguas como las nuevas, que contienen el derecho sustantivo en materia de contratos públicos, prevén expresamente la presentación de ofertas por «agrupaciones de licitadores» o «agrupaciones de operadores económicos». De este modo, el Derecho comunitario concede determinados derechos a dichos candidatos y licitadores, en particular, el derecho a participar en un procedimiento de licitación. De estas disposiciones comunitarias se desprende la capacidad jurídica limitada de las agrupaciones de licitadores.

27. Además, en el presente procedimiento prejudicial es preciso examinar exclusivamente la cuestión de la regla de la unanimidad o de la denegación de la legitimación activa individual de los miembros de la agrupación de licitadores, pero no la cuestión de la compatibilidad de otras normativas nacionales existentes o imaginables en los Estados miembros relativas a la interposición de recursos por los miembros de una agrupación de licitadores.

28. Por último, debe señalarse que, en el supuesto de que el Derecho comunitario obligue a los Estados miembros a conceder legitimación activa a la propia agrupación de licitadores, ya no resulta necesaria la legitimación activa de sus miembros para garantizar la tutela efectiva de los derechos. En tal supuesto, la cuestión de fondo objeto del presente procedimiento se vería reducida al problema de quién puede actuar en nombre de la agrupación de licitadores, cuando ésta tiene legitimación activa.

B. *Sobre las cuestiones primera y tercera*

29. Las cuestiones primera y tercera parten del Derecho nacional aplicable en el procedimiento principal, según el cual los miembros de una unión temporal de empresas no pueden recurrir a título individual la decisión de adjudicación de la entidad adjudicadora, sino que corresponde a la totalidad de los miembros presentar una demanda contra dicha decisión. Por ello, parece oportuno responder de manera conjunta a las cuestiones primera y tercera.

1. Punto de partida: el concepto de «interés» en el sentido de la Directiva

30. El punto de partida lo constituyen los requisitos establecidos en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva en relación con la concesión de la legitimación activa. A tenor de dicha disposición, los Estados miembros garantizarán «que, con arreglo a modalidades que podrán determinar los Estados miembros, los procedimientos de recurso sean accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público de suministros o de obras y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una presunta infracción».

31. En su jurisprudencia relativa a la legitimación activa, el Tribunal de Justicia ha declarado ya en repetidas ocasiones [5] la importancia de cumplir este requisito.

32. La sentencia Makedoniko Metro y Michaniki aporta una valiosa indicación para el presente procedimiento prejudicial, que tiene por objeto una agrupación de licitadores. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia ha declarado que es preciso tener en cuenta los requisitos del artículo 1, apartado 3, de la Directiva al «examinar [...] la cuestión de si, [...] una agrupación de empresas [...] debe poder ejercitar los recursos establecidos por la Directiva 89/665». [6]

33. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia considera decisivo que la agrupación de licitadores tenga o haya tenido interés en obtener el contrato de que se trate en el litigio principal y que haya sufrido o pueda sufrir un perjuicio, en el sentido del artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665, como consecuencia de la decisión de la entidad adjudicadora. [7]

34. La consideración anterior puede aplicarse a la cuestión del presente procedimiento prejudicial, que no tiene por objeto la

5 — Sentencias de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki (C-57/01, Rec. p. I-1091), apartado 65, y de 12 de febrero de 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, Rec. p. I-1791), apartado 25.

6 — Citada en la nota 5, apartado 66.

7 — Sentencia Makedoniko Metro y Michaniki, citada en la nota 5, apartado 72.

legitimación activa de la propia agrupación de licitadores, sino la de sus miembros.

35. Así, con arreglo a la Directiva, se debe otorgar legitimación activa a todo aquel que tenga interés en obtener el contrato que vaya a ser recurrida. Respecto de la legitimación activa y del interés necesario para tenerla, es preciso añadir que, para que una demanda sea admisible, no es suficiente un interés cualquiera.

36. Lo mismo cabe afirmar en relación con las agrupaciones de licitadores. Es necesario realizar esta aclaración porque pueden existir diferencias entre los intereses de la agrupación de licitadores y los de sus miembros, y entre los intereses individuales de éstos, como asimismo ha señalado la Comisión.

37. Es cierto que, los miembros de una agrupación de licitadores tienen interés en el éxito comercial de la agrupación a la que pertenecen. No obstante, un miembro de una agrupación de licitadores sólo tiene interés en que la *agrupación de licitadores,* y no *él mismo,* obtenga el contrato.

38. La cuestión de si existe un interés *en el sentido* del artículo 1, apartado 3, de la Directiva debe examinarse a la luz de las actividades de la agrupación de licitadores que sean relevantes desde el punto de vista del Derecho de la contratación pública.

39. Contrariamente a lo que sostiene la Comisión, los Estados miembros, en principio, solamente están obligados a otorgar legitimación activa a las empresas que hayan participado en el procedimiento de licitación que se impugna. [8]

40. Si bien existen excepciones a esta regla, éstas solamente se aplican en casos muy concretos: así, por ejemplo, no se puede exigir como requisito la participación en una licitación, cuando la entidad adjudicadora no ha llevado a cabo un procedimiento formal de contratación pública. [9] Del mismo modo, debe tener derecho a interponer un recurso una empresa que no ha participado en la licitación únicamente porque las condiciones del anuncio de licitación no parecían ofrecer posibilidad alguna de éxito. [10]

41. Por consiguiente, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la participación

8 — Sentencia Grossmann Air Service, citada en la nota 5, apartados 28 y ss.

9 — Sentencia de 11 de enero de 2005, Stadt Halle (C-26/03, Rec. p. I-1), apartados 34 y 41 y ss.

10 — Sentencia Grossmann Air Service, citada en la nota 5, apartados 28 y 29.

en un procedimiento de licitación no es requisito para la legitimación solamente en los casos en que dicha participación no haya sido posible o, al menos, carecía de toda posibilidad de éxito. Lo determinante es, por tanto, que la imposibilidad de participar con éxito en un procedimiento de licitación sea consecuencia del comportamiento de la entidad adjudicadora. Es preciso distinguir, sin embargo, los casos de *imposibilidad* de aquellos supuestos en que una empresa no *quiere* participar en un procedimiento de licitación. Esto también puede aplicarse a los miembros de una agrupación de licitadores, que no *quieren* participar individualmente en un procedimiento de licitación.

42. Por lo que se refiere a las empresas que han constituido una agrupación de licitadores, porque individualmente no podían participar con éxito, es preciso señalar que la causa de esta imposibilidad no se encuentra en el comportamiento de la entidad adjudicadora.

43. La situación que ha dado lugar al litigio principal se diferencia, pues, de los casos de imposibilidad en los que no se puede exigir la participación en otro punto, a saber, que la agrupación ha participado en un procedimiento de licitación y que, incluso, ha presentado una oferta. No es decisivo que realizara estos actos la agrupación de licitadores, y no sus miembros, ya que dichos miembros no son partes en el procedimiento de recurso como empresas que carecen de todo vínculo con el licitador, es decir con la agrupación de licitadores, sino en calidad de miembros de esa agrupación. Dado que las empresas invocan esta calidad, también se les debe poder atribuir, u oponer, el comportamiento de la agrupación de licitadores.

2. Importancia del Derecho sustantivo para la legitimación activa

44. El derecho de carácter procesal a interponer un recurso se deriva, por consiguiente, de la participación en un procedimiento de licitación, es decir, por haber sido candidato, o bien, licitador, como sucede en el procedimiento principal.

45. Este paralelismo se pone asimismo de manifiesto en la sentencia Makedoniko Metro y Michaniki, según la cual, «en la medida en que una decisión de una entidad adjudicadora vulnera los derechos de una agrupación de empresarios que le confiere el Derecho comunitario en el marco de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, dicha agrupación debe poder ejercitar los recursos previstos por la Directiva 89/665». [11]

11 — Sentencia citada en la nota 5, apartado 73.

46. Por lo tanto, con arreglo al Derecho comunitario, se debe otorgar legitimación activa a toda persona que sea también titular de derechos sustantivos. Sin embargo, en el caso de las agrupaciones de licitadores, la propia agrupación es titular de los derechos derivados de las Directivas que contienen el Derecho sustantivo en materia de contratos públicos. La agrupación de licitadores es precisamente la que, como sociedad que actúa en relación con terceros, participa en el procedimiento de licitación, y solamente será ella, en su caso, la destinataria de la decisión relativa a la adjudicación.

47. Igualmente, la circunstancia de que, con arreglo al Derecho nacional, a los miembros de una agrupación de licitadores les incumban determinadas obligaciones, y eventualmente incluso en las relaciones con terceros, puede ser decisiva para el Derecho procesal nacional. Por lo tanto, el principio del paralelismo entre los derechos y las obligaciones sustantivos, por una parte, y la tutela de los derechos, por otra parte, puede adquirir importancia también en el Derecho nacional.

48. Por ello, la respuesta a la cuestión prejudicial debe guiarse, desde el punto de vista del Derecho comunitario, por el principio según el cual la Directiva tiene como finalidad facultar el ejercicio de los derechos derivados de las Directivas que contienen el Derecho sustantivo en materia de contratos públicos.

49. Ahora bien, si se aplica este principio al procedimiento principal, se llega a la conclusión de que la Directiva solamente garantiza la tutela de los derechos del licitador, en este caso, de la agrupación de licitadores. Precisamente el procedimiento principal puede considerarse paradigmático para las agrupaciones de licitadores, en la medida en que sus miembros, debido a su especialización, no podrían ejecutar por sí solos la totalidad del contrato. Hay que destacar, no obstante, que tampoco era ésa su intención.

50. Por lo tanto, el principio del paralelismo parece incluso oponerse a que se considere que la Directiva otorga también legitimación activa individual a los miembros de la agrupación de licitadores.

51. Así, de la Directiva solamente se desprende la legitimación activa de la propia agrupación de licitadores. De ello se deduce, a su vez, que, con arreglo al Derecho comunitario, los miembros de una agrupación de licitadores no están legitimados a título individual para recurrir *en nombre propio* una decisión de un procedimiento de licitación.

52. Todavía queda por aclarar la cuestión de si los miembros de una agrupación de licitadores pueden, al menos, interponer válidamente un recurso en nombre de ésta.

53. A este respecto, es preciso recordar, como ocurre en relación con todas las disposiciones de Derecho procesal nacional, los principios de equivalencia y de efectividad.

54. Por lo que se refiere a la tutela de los derechos en los procedimientos de licitación, estos principios del Derecho comunitario incluso se encuentran expresamente recogidos en el artículo 1 de la Directiva. En relación con el principio de efectividad, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas *de manera eficaz* y, en particular, lo más rápidamente posible. Sin embargo, el criterio de referencia que se desprende del principio de efectividad pertinente a efectos del presente asunto no es absoluto.

55. Así, el Tribunal de Justicia ha declarado en una sentencia relativa a la tutela de los derechos en materia de licitaciones que «para la aplicación del principio de efectividad, debe analizarse cada caso en el que se plantee la cuestión de si una disposición procesal nacional imposibilita o dificulta excesivamente la aplicación del Derecho comunitario, teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades». [12]

56. En la sentencia Fritsch, Chiari & Partner el Tribunal de Justicia ha subrayado otro principio:

«Es preciso añadir que el hecho de que el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 89/665 permita expresamente a los Estados miembros determinar las modalidades con arreglo a las cuales deben garantizar que los procedimientos de recurso previstos por la citada Directiva sean accesibles a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato público y que se haya visto o pueda verse perjudicada por la supuesta infracción no los autoriza, sin embargo, a interpretar el concepto de "interés en obtener un determinado contrato público" de modo que pueda menoscabar el efecto útil de dicha Directiva». [13]

57. En la sentencia Grossmann Air Service, el Tribunal de Justicia ha reconocido incluso la validez de las disposiciones de Derecho nacional que definen de manera más precisa el concepto de «interés» y, por lo tanto, limitan la legitimación activa:

«En tales circunstancias, la negativa a reconocer el interés en obtener el contrato de que se trate y, en consecuencia, el derecho a acceder a los procedimientos de recurso previstos por la Directiva 89/665 a una persona que no ha participado en el procedimiento de adjudicación del contrato ni ha interpuesto un recurso contra la decisión de la entidad adjudicadora en la que se fijan las

12 — Sentencia de 27 de febrero de 2003, Santex (C-327/00, Rec. p. I-1877), apartado 56; véase, asimismo, la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec. p. I-4599), apartado 14.

13 — Sentencia de 19 de junio de 2003 (C-410/01, Rec. p. I-6413), apartado 34.

características de la licitación no puede menoscabar el efecto útil de dicha Directiva.» [14]

58. De la jurisprudencia anterior puede deducirse, por consiguiente, que la agrupación de licitadores es la única que tiene el interés necesario para fundar su legitimación activa y que, en cambio, sus miembros carecen de dicha legitimación a título individual.

3. Apreciación de los efectos de la regla de la unanimidad

59. Los efectos resultantes de la regla de unanimidad han de ser examinados, a su vez, a la luz de los principios de equivalencia y efectividad, tal como han quedado definidos.

60. Lo anterior se aplica, en primer lugar, en relación con el efecto que ha señalado la Comisión de que la regla de la unanimidad limita las posibilidades de interponer un recurso, limitación que resulta aún más grave dada la necesaria rapidez que requiere la tutela de los derechos en materia de contratos públicos.

61. Sin embargo, existen otros licitadores distintos de las agrupaciones de licitadores que están asimismo obligados a cumplir determinados requisitos procesales comparables y, en particular, a velar por una representación que se ajuste a su correspondiente forma jurídica. En definitiva, por lo que atañe a las agrupaciones de licitadores, se trata, para ser exactos, de la formación de la voluntad interna, como igualmente sucede en relación con otros licitadores.

62. El hecho de que la regla de la unanimidad pueda conducir, además, a que la protección del interés de la agrupación de licitadores dependa de un único miembro, no significa que, solamente por ello, se produzca una violación de los principios anteriormente mencionados. La colaboración de los miembros de una agrupación de licitadores no constituye una particularidad del Derecho procesal. Al contrario, su colaboración es necesaria incluso antes de participar en un procedimiento de licitación y, con mayor razón, bastante antes de que se presente una oferta, como, por ejemplo, al constituirse una agrupación de licitadores.

63. Por ello, si bien el hecho de que los intereses de los distintos miembros puedan ser divergentes puede dificultar la interposición de un recurso en caso de que se aplique la regla de la unanimidad, no se debe olvidar que la mayoría de los miembros puede tener intereses diferentes de los de cada miembro individual, incluso por lo que se refiere a la interposición del recurso.

14 — Sentencia Grossmann Air Service, citada en al nota 5, apartado 39.

64. Según la Comisión, la regla de la unanimidad empuja a las agrupaciones de licitadores precisamente a adoptar una forma jurídica determinada. A este respecto, es preciso señalar que dicha regla debería llevar más bien a no adoptar una forma jurídica concreta.

65. Por lo demás, cada agrupación de licitadores tiene que organizar la cooperación entre sus miembros de una forma muy concreta que, por lo general, consistirá en celebrar un contrato de sociedad. En contra de la opinión de la Comisión, no puede considerarse que lo anterior constituya una infracción del artículo 21 de la Directiva 93/37, puesto que ello no provoca la obligación de adoptar una determinada forma jurídica. La decisión de constituir una agrupación de licitadores se toma conscientemente y con pleno conocimiento de las ventajas y las desventajas que ésta implica.

66. Un acuerdo de este tipo puede tener también por objeto el ejercicio del derecho de recurso. Sin embargo, no puede considerarse que las ventajas que se derivan de este tipo de acuerdos para cada miembro de una agrupación de licitadores obligan a adoptar una forma jurídica determinada.

67. Por último, cuando la Comisión afirma que la regla de la unanimidad tiene efectos disuasorios incluso en el momento de la constitución de una agrupación de licitadores, no tiene en cuenta, sin embargo, que precisamente el conocimiento de las posibles dificultades en el ejercicio de los derechos de recurso lleva a que se puedan tomar las correspondientes precauciones en el contrato de sociedad. Las cláusulas que de este modo se adopten podrán establecer, por ejemplo, la representación de la sociedad por un único miembro o el principio de la mayoría.

68. La regla de la unanimidad tampoco puede considerarse una discriminación de otros tipos de formas jurídicas de sociedades, ya que los licitadores que no participan como agrupación de licitadores también tienen que atenerse a las disposiciones vigentes de Derecho de sociedades y de Derecho procesal que les son aplicables. Esto afecta, por ejemplo, al respeto de las disposiciones sobre la representación de los socios por el órgano competente a tal efecto. Las características de la agrupación de licitadores demuestran meramente que cada forma jurídica se distingue por determinadas particularidades.

69. En los ordenamientos jurídicos nacionales en los que la regla de la unanimidad solamente se considera derecho dispositivo, el legislador puede, como ya se ha indicado, evitar el efecto de paralización que se produce como consecuencia de la regla de la unanimidad, al que la Comisión se ha referido en diversas ocasiones. En este supuesto, se pueden encontrar soluciones que difieran de dicha regla mediante la correspondiente configuración del contrato de sociedad o, en su caso, mediante un acuerdo de los miembros que se base expresamente en las disposiciones pertinentes del Derecho de sociedades nacional.

70. En el presente procedimiento se ha hecho referencia en repetidas ocasiones a la posibilidad de establecer mediante un acuerdo la regla de la mayoría o de prever la representación por un miembro como, por ejemplo, con arreglo al Derecho nacional del procedimiento principal, mediante un «mandato».

71. Sin embargo, si el Derecho nacional tuviera disposiciones relativas a la representación que supusieran un trato desfavorable de las agrupaciones de licitadores extranjeras o cuyo cumplimiento resultase imposible en la práctica, no se estaría cumpliendo el objetivo del legislador comunitario que consiste en facilitar el acceso a la tutela efectiva de los derechos.

72. Además, el hecho de que en algunos Estados miembros los miembros de una agrupación de licitadores también puedan interponer recurso a título individual, no significa en absoluto que la Directiva así lo exija. Obviamente, los Estados miembros pueden, en principio, establecer disposiciones que vayan más allá de los requisitos mínimos que regulan las Directivas. [15] Pero entonces, se plantea la cuestión de si sería compatible con el Derecho comunitario una normativa nacional de este tipo que, por su carácter favorable para los licitadores, parece generosa a primera vista. Sin embargo, esta cuestión no es objeto de la presente petición de decisión prejudicial.

73. Por último, la circunstancia de que es preciso proteger asimismo a los demás miembros de una agrupación de licitadores impide considerar que existe una obligación de Derecho comunitario a cargo de los Estados miembros de conceder también la legitimación activa individual a los miembros de una agrupación de licitadores.

74. La concesión de la legitimación activa individual a los miembros de una agrupación de licitadores podría llevar, por ejemplo, a que –incluso– la mayoría de los miembros se vea obligada a ser parte contra su voluntad en un procedimiento de recurso y, en caso de ganarlo, a participar en un nuevo procedimiento de licitación o en el procedimiento ya iniciado en el que tal vez ya no tengan interés alguno, debido a que, por ejemplo, entretanto, hayan celebrado ya otros contratos.

75. No procede examinar aquí la cuestión de si, a la inversa, el Derecho comunitario prohíbe conceder la legitimación activa a un único miembro de una agrupación de licitadores. En el presente procedimiento se trata únicamente de averiguar si el Derecho comunitario se opone a una prohibición especial de Derecho nacional o, dicho de otro modo, si permite que sólo tenga legitimación activa la totalidad de los miembros de una agrupación de licitadores.

76. Por lo tanto, el Derecho comunitario no exige que los Estados miembros concedan legitimación activa individual a los miembros de una agrupación de licitadores para interponer un recurso en nombre propio. El Derecho comunitario tampoco exige que

15 — Sentencia de 19 de junio de 2003, GAT (C-315/01, Rec. p. I-6351), apartado 45.

uno o varios miembros puedan interponer a título individual un recurso en nombre de la agrupación de licitadores. En cualquier caso, no existe ninguna exigencia de este tipo respecto de los Estados miembros cuyo Derecho nacional no es imperativo en la medida en que admite normas divergentes adoptadas por la agrupación de licitadores, es decir, por sus miembros, como, por ejemplo, en el contrato de sociedad o, posteriormente, mediante un acuerdo.

77. En virtud de todo cuanto antecede, procede responder a las cuestiones primera y tercera que el artículo 1 de la Directiva 89/665 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición de Derecho nacional que obliga a los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica, que, como tal, ha participado en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y no ha resultado adjudicataria, a actuar conjuntamente en su condición de socios o en nombre propio, para interponer un recurso contra la decisión de adjudicación de dicho contrato, y que prohíbe a un miembro de tal unión temporal de empresas interponer a título individual, ya sea como socio o en nombre propio, un recurso contra la decisión de adjudicación. Esta apreciación se impone siempre que dicha normativa nacional no impida o haga excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario. Tal es el caso cuando el Derecho nacional permite que los miembros de la agrupación de licitadores adopten otro tipo de soluciones.

C. Sobre la segunda cuestión

78. La segunda cuestión se refiere a la legitimación activa en un supuesto concreto, a saber, cuando todos los miembros de la unión temporal de empresas han interpuesto el recurso conjuntamente pero la acción ejercitada por uno de ellos es inadmisible.

79. La cuestión jurídica que se plantea en este caso es si, en relación con la regla nacional de la unanimidad, hay que distinguir, con arreglo al Derecho comunitario, en función de la causa de la falta de unanimidad.

80. A juicio de la Comisión y de FOREM, procede responder a esta cuestión de forma negativa, por diferentes motivos.

81. Como subraya acertadamente el Gobierno austriaco, la respuesta a la segunda cuestión debe efectuarse a la luz de los principios de equivalencia y eficacia, o, como se ha expuesto anteriormente, en virtud del principio de tutela rápida y eficaz de los derechos, expresamente consagrado en el artículo 1 de la Directiva.

82. Estos principios podrían verse vulnerados en determinadas circunstancias o en relación con determinadas disposiciones nacionales. En el presente procedimiento prejudicial se trata de la cuestión de los límites que ambos principios establecen a los efectos que produce la aplicación de la regla de la unanimidad en un supuesto como el del procedimiento principal.

83. Como indica claramente la sentencia Santex, [16] en comparación con la sentencia Universale Bau y otros, [17] la apreciación de la legalidad de una disposición procesal de Derecho nacional a la luz de ambos principios requiere que se tengan en cuenta asimismo las circunstancias concretas de los hechos del litigio. Así, puede suceder que la ilegalidad a la luz del Derecho comunitario de una regla, que a primera vista se ajusta a los requisitos de éste, sólo se ponga de manifiesto en determinados supuestos.

84. Sin embargo, en una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia debe limitarse a responder a la cuestión prejudicial y no efectuar dictamen alguno de carácter general. Por consiguiente, no procede examinar otros supuestos distintos del que sirve de base al procedimiento principal, ni apreciarlos a la luz del Derecho comunitario.

85. En todo caso, la exigencia de Derecho nacional, que es objeto del presente procedimiento, de ajustarse a las disposiciones relativas a la formación de la voluntad interna en una situación como la del procedimiento principal, no viola el principio de tutela rápida y efectiva de los derechos.

86. Por consiguiente, procede responder a la segunda pregunta que la respuesta a la primera cuestión prejudicial no sería distinta en el caso de que los miembros de la unión temporal de empresas hubieran interpuesto el recurso conjuntamente, pero la acción ejercitada por uno de sus miembros fuera inadmisible.

16 — Citada en la nota 12.

17 — Sentencia de 12 de diciembre de 2002 (C-470/99, Rec. p. I-11617).

V. Conclusión

87. En virtud de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales:

«1) El artículo 1 de la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional

— que obliga a los miembros de una unión temporal de empresas sin personalidad jurídica, que, como tal, ha participado en un procedimiento de adjudicación de un contrato público y no ha resultado adjudicataria, a actuar conjuntamente, en su condición de socios o en nombre propio, para interponer un recurso contra la decisión de adjudicación de dicho contrato;

— y que prohíbe a un miembro de tal unión temporal de empresas no interponer a título individual, ya sea como socio o en nombre propio, un recurso contra la decisión de adjudicación.

Esta apreciación se impone siempre que dicha normativa nacional no impida o haga excesivamente difícil la aplicación del Derecho comunitario. En todo caso, se respetan esos principios cuando el Derecho nacional permite que los miembros de la agrupación de licitadores adopten otro tipo de soluciones.

2) La respuesta a la cuestión no sería distinta en el caso de que los miembros de la unión temporal de empresas hubieran interpuesto el recurso conjuntamente, pero la acción ejercitada por uno de sus miembros fuera inadmisible con arreglo al Derecho nacional.»