CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL CHRISTINE STIX-HACKL

apresentadas em 15 de Março de 2005 [1]

I — Observações introdutórias

1. O presente pedido de decisão prejudicial tem por objecto o recurso das decisões da entidade adjudicante sobre a adjudicação e, em concreto, a legitimidade activa dos membros de um consórcio de direito belga, que pode qualificar-se como agrupamento de empreiteiros na acepção do direito comunitário da contratação pública (ou como «agrupamento de operadores económicos» segundo as novas directivas que regulam os processos de adjudicação [2]).

II — Quadro jurídico

A — *Direito comunitário*

2. O artigo 1.º da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos [3] (a seguir «directiva») prevê, designadamente:

«1. Os Estados-Membros tomarão as medidas necessárias para garantir que, no que se refere aos processos de adjudicação abrangidos pelo âmbito de aplicação das Directivas 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE [...], as medidas necessárias para garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos eficazes e, sobretudo, tão rápidos quanto possível, nas

1 — Língua original: alemão.

2 — Artigo 4.º, n.º 2, da Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras publicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos publicos de serviços (JO L 134, p. 114) e artigo 11.º, n.º 2, da Directiva 2004/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de Março de 2004, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos nos sectores da água, da energia, dos transportes e dos serviços postais (JO L 134, p. 1).

3 — JO L 395, p. 33, na redacção dada pela Directiva 92/50/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de contratos publicos de serviços (JO L 209, p. 1).

condições previstas nos artigos seguintes e, nomeadamente, no n.º 7 do artigo 2.º, com o fundamento de que essas decisões tenham violado o direito comunitário em matéria de contratos públicos ou as regras nacionais que transpõem esse direito.

[...]

3. Os Estados-Membros garantirão que os processos de recurso sejam acessíveis, de acordo com as regras que os Estados-Membros podem determinar, pelo menos a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato de fornecimento público ou de obras públicas e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação. Os Estados-Membros podem em particular exigir que a pessoa que pretenda utilizar tal processo tenha informado previamente a entidade adjudicante da alegada violação e da sua intenção de interpor recurso.»

3. O artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 89/665 prevê, designadamente:

«Os Estados-Membros velarão por que as medidas tomadas para os efeitos dos recursos referidos no artigo 1.º prevejam os poderes que permitam:

[...]

b) Anular ou fazer anular as decisões ilegais, incluindo suprimir as especificações técnicas, económicas ou financeiras discriminatórias que constem dos documentos do concurso, dos cadernos de encargos ou de qualquer outro documento relacionado com o processo de adjudicação do contrato em causa;

[...]»

4. O artigo 21.º da Directiva 93/37/CEE do Conselho, de 14 de Junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de adjudicação de empreitadas de obras públicas [4] tem a seguinte redacção:

«Os agrupamentos de empreiteiros são autorizados a apresentar propostas. Não se pode exigir que esses agrupamentos adoptem uma forma jurídica determinada para efeitos de apresentação da proposta, mas o agrupamento seleccionado pode ser obrigado a adoptar essa forma quando a empreitada lhe for atribuída.»

4 — JO L 199, p. 54; posteriormente alterado.

B — *Direito nacional*

5. São pertinentes as disposições do artigo 19.º, primeiro parágrafo, das leis coordenadas relativas ao Conseil d'État, de 12 de Janeiro de 1973, que regulam, nomeadamente, a legitimidade activa nos recursos de anulação.

6. O artigo 53.º do code des sociétés regula os aspectos fundamentais das relações com terceiros da «association momentanée».

7. O artigo 522.º, n.º 2, do code des sociétés estabelece que a «société anonyme» é representada, também em tribunal, pelo conselho de administração. Além disso, esta disposição permite também que os estatutos possam prever a representação da sociedade através de um ou mais membros do conselho de administração.

III — Matéria de facto, processo principal e questões prejudiciais

8. Em 30 de Setembro de 1997, o *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* publicou um anúncio de concurso público do Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (a seguir «FOREM») indicando o seu objecto do seguinte modo: «a concepção, realização e financiamento de um imóvel com uma área acima do solo de cerca de 6 500 m^2 (úteis), para uso dos serviços administrativos do Office régional de l'emploi (direcção regional de Liège)», especificando que eram admitidas propostas conjuntas. Em seguida, foram publicados quatro anúncios rectificativos.

9. Em 20 de Fevereiro de 1998, ocorreu a abertura das propostas. Foram apresentadas cinco propostas, entre as quais a do agrupamento de empreiteiros (associations momentanées; consórcios) Espace Trianon — Sofibail e a do C.I.D.P.-B.P.C. O agrupamento de empreiteiros Espace Trianon — Sofibail é composto pela Espace Trianon SA (a seguir «Espace») e pela Société Wallone de Location-Financement SA (a seguir «Sofibail»).

10. Em 22 de Dezembro de 1998, o comité de gestão do FOREM adjudicou uma obra relativa à concepção, realização e financiamento de um imóvel com uma área acima do solo de cerca de 6 500 m^2 úteis, para uso dos serviços administrativos do FOREM, direcção regional de Liège, ao consórcio C.I.D.P.-B.P.C.

11. Em 8 de Janeiro de 1999, o comité de gestão do FOREM aprovou «a decisão

fundamentada tal como foi adoptada na sessão de 22 de Dezembro de 1998».

12. Em 25 de Janeiro de 1999, a decisão de adjudicação foi notificada à Espace e à Sofibail.

13. Em 19 de Fevereiro de 1999, a Espace e a Sofibail interpuseram no Conseil d'État um recurso de anulação da decisão de adjudicação.

14. Em 8 de Março de 1999, a Espace e a Sofibail interpuseram no Conseil d'État um recurso de anulação da confirmação de 8 de Janeiro de 1998.

15. No âmbito do exame da admissibilidade do recurso, o Conseil d'État concluiu que, por não terem sido tomadas pelo seu conselho de administração, conforme dispõem os seus estatutos, as decisões de actuar judicialmente tomadas em nome da Espace são irregulares. Por outro lado, considerou regulares as decisões da Sofibail.

16. Entendendo que a proposta foi apresentada em nome do consórcio Espace-Sofibail, mas que a decisão de um dos membros era irregular, o Conseil d'État examinou as consequências que daí poderiam decorrer para a admissibilidade dos recursos.

17. Por acórdão de 25 de Fevereiro de 2004, o Conseil d'État decidiu submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1. O artigo 1.º da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, opõe-se a uma disposição de uma legislação nacional como o artigo 19.º, primeiro parágrafo, das leis coordenadas relativas ao Conseil d'État, de 12 de Janeiro de 1973, interpretada no sentido de que obriga os membros de um consórcio que não dispõe de personalidade jurídica que, enquanto tal, participou num procedimento de adjudicação de um contrato público e ao qual não foi adjudicado o referido contrato, a agirem em conjunto, na sua qualidade de associados ou em seu próprio nome, para interpor recurso da decisão de adjudicação do referido contrato?

2. A resposta à questão será diferente no caso de os membros do consórcio terem agido conjuntamente mas de o recurso de um dos seus membros ser inadmissível?

3. O artigo 1.º da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989,

que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos, opõe-se a uma disposição de uma legislação nacional como o artigo 19.°, primeiro parágrafo, das leis coordenadas relativas ao Conseil d'État, de 12 de Janeiro de 1973, interpretada no sentido de que proíbe a um membro de um consórcio interpor a título individual, ou na sua qualidade de associado, ou em seu próprio nome, recurso da decisão de adjudicação?»

IV — Apreciação

A — *Considerações gerais*

18. As questões prejudiciais incidem, essencialmente, sobre os requisitos de direito comunitário para a admissibilidade dos recursos interpostos pelos membros de um agrupamento de empreiteiros e, no caso em apreço, de um consórcio de direito belga.

19. Atendendo à redacção das questões prejudiciais, deve recordar-se que a compatibilidade do direito nacional com o direito comunitário não pode ser objecto de um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 234.° CE. Por conseguinte, também as questões prejudiciais colocadas no presente processo devem ser entendidas no sentido de que incidem sobre a interpretação do direito comunitário.

20. Ao passo que as primeira e terceira questões prejudiciais se referem ao problema básico da legitimidade activa dos membros de um agrupamento de empreiteiros agindo isoladamente, a segunda questão prejudicial diz respeito unicamente a uma situação específica, em que os membros do agrupamento de empreiteiros agiram conjuntamente, mas o recurso de um dos seus membros é inadmissível.

21. Contudo, a problemática jurídica que isto coloca deve distinguir-se da questão — que não é objecto do presente processo — de saber se e em que condições a directiva admite a legitimidade activa, em processos de recurso, de um agrupamento de empreiteiros na acepção do direito comunitário.

22. Mas também de uma outra perspectiva, a apreciação a realizar se deve limitar, por razões processuais, às particularidades do presente pedido de decisão prejudicial.

23. Assim, o processo principal, isto é, o processo nacional de recurso, tem por objecto o exame de uma decisão da entidade adjudicante sobre a adjudicação, ou seja, a selecção. Não obstante, as respostas dadas neste processo prejudicial não podem aplicar-se, sem mais, aos recursos relativos a outras decisões da entidade adjudicante como, por exemplo, de não seleccionar determinados participantes para proponentes, ou seja, de não os convidar a apresentar uma proposta, ou a eliminação de propostas. É também de notar que o processo principal respeita à anulação de uma decisão.

24. Assim, a resposta às questões prejudiciais deve limitar-se a uma situação como a do processo principal. Isto significa que, relativamente à mera declaração de ilegalidade e à concessão de uma indemnização por danos, é perfeitamente possível que possam resultar do direito comunitário outras obrigações.

25. Acrescente-se que o agrupamento de empreiteiros que está em causa no processo principal foi constituído por contrato e que — pelo menos segundo resulta dos autos — não dispõe de personalidade jurídica nos termos do direito nacional.

26. No entanto, a este propósito, há que assinalar que as directivas de direito substantivo que regulam os procedimentos de adjudicação, quer as anteriores quer as actuais, prevêem expressamente a apresentação de propostas por «agrupamentos de empreiteiros» ou «agrupamentos de operadores económicos». Deste modo, o direito comunitário concede determinados direitos a estes candidatos e proponentes, em especial, o direito de participar num procedimento de adjudicação. Destas disposições comunitárias resulta a capacidade jurídica parcial dos agrupamentos de empreiteiros.

27. Além disso, no presente processo prejudicial só é necessário examinar a questão da regra da unanimidade ou da exclusão da legitimidade activa dos membros de um agrupamento de empreiteiros agindo isoladamente, mas não a questão da compatibilidade de outros regimes nacionais, existentes ou que podem existir nos Estados-Membros, relativos à interposição de recursos pelos membros de um agrupamento de empreiteiros.

28. Por último, deve notar-se que, no caso de o direito comunitário obrigar os Estados-Membros a atribuir a legitimidade activa ao próprio agrupamento de empreiteiros, a legitimidade activa dos associados já não é necessária para garantir uma tutela jurídica efectiva. Nesta hipótese, o problema jurídico do presente processo ficaria reduzido à questão de saber quem pode actuar em nome do agrupamento de empreiteiros que goze de legitimidade activa.

B — *Quanto às primeira e terceira questões prejudiciais*

29. As primeira e terceira questões prejudiciais partem do direito nacional aplicável no processo principal, segundo o qual os membros de um consórcio não podem recorrer individualmente da decisão da entidade adjudicante, ou seja, só a totalidade destes membros pode impugnar a adjudicação. Por isso, parece oportuno responder em conjunto às primeira e terceira questões prejudiciais.

1. Ponto de partida: o conceito de «interesse» na acepção da directiva

30. O ponto de partida é constituído pelos requisitos para a atribuição de legitimidade activa, estabelecidos no artigo 1.°, n.° 3, da directiva. Nos termos desta disposição, os Estados-Membros garantirão «que os processos de recurso sejam acessíveis, de acordo com as regras que os Estados-Membros podem determinar, pelo menos a qualquer pessoa que esteja ou tenha estado interessada em obter um determinado contrato de fornecimento público ou de obras públicas e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação».

31. Na sua jurisprudência relativa à legitimidade activa, o Tribunal de Justiça realçou sempre a importância atribuída pelo direito comunitário ao preenchimento destes requisitos [5].

32. O acórdão Makedoniko Metro fornece uma indicação muito útil para o presente processo prejudicial, que tem por objecto um agrupamento de empreiteiros. O Tribunal de Justiça declarou aí que é preciso ter em conta os requisitos do artigo 1.°, n.° 3, da directiva ao «examinar [...] a questão de saber se um agrupamento de empresas [...] deve [...] ter acesso às vias de recurso previstas pela Directiva 89/665» [6].

33. O Tribunal de Justiça considera assim decisivo saber se o agrupamento de empreiteiros está ou esteve interessado em que lhe fosse adjudicado o contrato em causa no processo principal e se foi ou pode vir a ser lesado pela decisão da entidade adjudicante, na acepção do artigo 1.°, n.° 3, da Directiva 89/665 [7].

34. Estas considerações podem ser aplicadas à questão do presente processo prejudicial, que tem por objecto não a legitimidade

5 — Acórdãos de 23 de Janeiro de 2003, Makedoniko Metro (C-57/01, Colect., p. I-1091, n.° 65), e de 12 de Fevereiro de 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, Colect., p. I-1829, n.° 25).

6 — Acórdão já referido na nota 5, n.° 66.

7 — Acórdão já referido na nota 5, n.° 72.

activa do próprio agrupamento de empreiteiros, mas a dos seus membros.

35. Assim, nos termos da directiva, deve reconhecer-se legitimidade activa a quem tenha um interesse em obter o contrato que é objecto de um processo de recurso. Quanto à legitimidade activa e ao interesse necessário para que a mesma exista, importa acrescentar que não basta um qualquer interesse para tornar admissível o recurso.

36. Isto deve ser frisado também no contexto dos agrupamentos de empreiteiros. Este esclarecimento é necessário porque podem existir diferenças entre os interesses do agrupamento de empreiteiros e os dos seus membros, bem como entre os interesses individuais dos membros, o que, de resto, é também sublinhado pela Comissão.

37. É certo que os membros de um agrupamento de empreiteiros têm interesse no sucesso económico do agrupamento de empreiteiros a que pertencem. Contudo, um membro de um agrupamento de empreiteiros tem interesse apenas em que o contrato seja adjudicado ao *agrupamento de empreiteiros*, mas não em obter, *ele próprio*, o referido contrato.

38. A questão de saber se existe um interesse *na acepção* do artigo 1.º, n.º 3, da directiva deve ser examinada tendo em conta as actividades do agrupamento de empreiteiros que sejam relevantes no domínio dos procedimentos de adjudicação.

39. Com efeito, ao contrário do que afirma a Comissão, os Estados-Membros só estão obrigados a reconhecer, em princípio, a legitimidade activa das empresas que participaram no procedimento de adjudicação impugnado [8].

40. É certo que existem excepções a esta regra, mas estas só são aplicáveis em determinados casos: assim, a participação num procedimento de adjudicação não pode ser exigida como requisito se a entidade adjudicante nem levou a cabo qualquer procedimento formal de adjudicação [9]. Tem também direito de aceder aos processos de recurso previstos na directiva a empresa que só não participou porque as condições do concurso pareciam excluir a possibilidade de sucesso [10].

41. Logo, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, só estão excluídos os casos

8 — Acórdão Grossmann Air Service, já referido na nota 5, n.º 27.

9 — Acórdão de 11 de Janeiro de 2005, Stadt Halle e o. (C-26/03, Colect., p. I-1, n.os 34, 41 e segs.).

10 — Acórdão Grossmann Air Service (já referido na nota 5, n.os 28 e segs.).

em que a participação num procedimento de adjudicação não era possível ou, pelo menos, não poderia ter sucesso. É, portanto, decisivo que a impossibilidade de participar com êxito num procedimento de adjudicação seja causada pelo comportamento da entidade adjudicante. Porém, é necessário distinguir os casos de *impossibilidade* daqueles em que uma empresa não *quer* participar num procedimento de adjudicação. Isto aplica-se também individualmente aos membros de um agrupamento de empreiteiros que não *querem* participar, em nome próprio, num procedimento de adjudicação.

42. Quanto às empresas que se constituem em agrupamento de empreiteiros porque, individualmente, não poderiam participar com êxito, deve notar-se que a causa desta sua impossibilidade não reside no comportamento da entidade adjudicante.

43. A situação que está subjacente ao processo principal distingue-se, pois, dos casos de impossibilidade nos quais não se pode exigir a participação também noutro ponto: houve participação e foi mesmo apresentada uma proposta. Não é decisivo que isso tenha tido lugar através do agrupamento de empreiteiros e não dos seus membros. Com efeito, os membros não intervêm no processo de recurso como empresas sem qualquer relação com o proponente, o agrupamento de empreiteiros, mas como seus membros. Dado que, individualmente, as empresas invocam a sua qualidade de membros de um agrupamento de empreiteiros, deve também ser possível atribuir-lhes ou opor-lhes o comportamento do agrupamento de empreiteiros.

2. Importância do direito material para a legitimidade activa

44. Por conseguinte, o direito processual de interpor um recurso decorre da participação material num procedimento de adjudicação como candidato ou, como no processo principal, na qualidade de proponente.

45. Este paralelismo reflecte-se também no acórdão Makedoniko Metro, segundo o qual, «na medida em que uma decisão de uma entidade adjudicante viola os direitos de um agrupamento de empresas previstos no direito comunitário no âmbito de um concurso público, este agrupamento de empresas deve ter acesso às vias de recurso previstas pela Directiva 89/665» [11].

11 — Acordão já referido na nota 5, n.º 73.

46. Deste modo, nos termos do direito comunitário, deve ser atribuída legitimidade activa a quem é igualmente titular de direitos materiais. Contudo, no caso dos agrupamentos de empreiteiros, eles próprios são titulares dos direitos resultantes das directivas de direito substantivo que regulam os procedimentos de adjudicação. É precisamente o agrupamento de empreiteiros que participa, como sociedade externa, num procedimento de adjudicação. Ele é também o único destinatário de uma decisão sobre a adjudicação.

47. Também a circunstância de que, nos termos do direito nacional, os membros de um agrupamento de empreiteiros assumem certos deveres — eventualmente mesmo nas relações com terceiros — pode ser decisiva para o direito processual nacional. Assim, o princípio do paralelismo, por um lado, entre direitos e deveres materiais e, por outro, a protecção jurídica, pode também revestir importância no direito nacional.

48. Deste modo, a resposta às questões prejudiciais na perspectiva do direito comunitário deve nortear-se pelo princípio de que a directiva visa assegurar o exercício dos direitos decorrentes das directivas de direito substantivo que regulam os procedimentos de adjudicação.

49. Aplicando este princípio ao processo principal, deve concluir-se que a directiva só garante a protecção jurídica dos *proponentes*, neste caso do agrupamento de empreiteiros. O processo principal ilustra precisamente a situação característica dos agrupamentos de empreiteiros, na qual os seus membros, devido à sua especialização, não se encontram em condições de realizar a totalidade do projecto. É de frisar que também não o tencionavam fazer.

50. Assim, o princípio do paralelismo contraria mesmo a atribuição, nos termos da directiva, de legitimidade activa também aos membros individualmente considerados.

51. Deste modo, resulta da directiva apenas a legitimidade activa do próprio agrupamento de empreiteiros. Por sua vez, decorre daqui que, nos termos do direito comunitário, os membros de um agrupamento de empreiteiros não têm isoladamente direito de recorrer, em nome *próprio*, de uma decisão de adjudicação.

52. Resta ainda esclarecer se os membros de um agrupamento de empreiteiros podem, pelo menos em nome deste, interpor um correspondente recurso.

53. A este propósito, cabe recordar, como relativamente a todas as disposições processuais nacionais, os princípios da equivalência e da eficácia.

54. No que respeita à protecção jurídica no âmbito dos procedimentos de adjudicação, estes princípios do direito comunitário são mesmo expressamente consagrados no artigo 1.º da directiva. Relativamente ao princípio da eficácia, o artigo 1.º, n.º 1, da directiva obriga os Estados-Membros a garantir que as decisões tomadas pelas entidades adjudicantes possam ser objecto de recursos *eficazes* e, sobretudo, tão rápidos quanto possível. Porém, o critério que resulta do princípio da eficácia, aqui relevante, não é absoluto.

55. Assim, num acórdão relativo à protecção jurídica no domínio dos procedimentos de adjudicação, o Tribunal de Justiça realçou que «para a aplicação do princípio da eficácia, cada caso em que se ponha a questão de saber se uma disposição processual nacional torna impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito comunitário deve ser analisado tendo em conta, nomeadamente, a colocação dessa disposição no conjunto do processo, a tramitação deste e as suas particularidades» [12].

56. No acórdão Fritsch, Chiari & Partner e o., o Tribunal de Justiça sublinha um outro princípio:

«Importa acrescentar que o facto de o artigo 1.º, n.º 3, da Directiva 89/665 permitir expressamente que os Estados-Membros determinem as modalidades segundo as quais devem tornar os processos de recurso previstos pela referida directiva acessíveis a qualquer pessoa que tenha ou possa vir a ter interesse na obtenção de um contrato público determinado e que tenha sido ou possa vir a ser lesada por uma alegada violação não os autoriza, contudo, a dar à noção de 'interesse na obtenção de um contrato público' uma interpretação susceptível de pôr em causa o efeito útil da directiva» [13].

57. No acórdão Grossmann Air Service, o Tribunal de Justiça reconheceu mesmo, em princípio, a admissibilidade de disposições nacionais que precisam o conceito de «interesse» e, deste modo, limitam a legitimidade activa:

«Nestas condições, a recusa de reconhecer o interesse na obtenção do contrato em causa e, por conseguinte, o direito de aceder aos processos de recurso previstos pela Directiva 89/665 a uma pessoa que não participou no procedimento de adjudicação do contrato nem interpôs recurso da decisão da entidade

12 — Acórdão de 27 de Fevereiro de 2003, Santex (C-327/00, Colect., p. I-1877, n.º 56), v. acórdão de 14 de Dezembro de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Colect., p. I-4599, n.º 14)

13 — Acordão de 19 de Junho de 2003 (C-410/01, Colect., p. I-6413, n.º 34)

adjudicante que fixava as especificações do concurso não é susceptível de pôr em causa o efeito útil desta directiva» [14].

58. Por conseguinte, pode deduzir-se desta jurisprudência que só o agrupamento de empreiteiros tem o interesse necessário para a legitimidade activa, mas não um membro desse agrupamento isoladamente.

3. Apreciação dos efeitos da regra da unanimidade

59. Os efeitos resultantes da regra da unanimidade devem ser apreciados à luz dos princípios da equivalência e da eficácia, tal como foram definidos.

60. Isto aplica-se relativamente ao efeito indicado pela Comissão, segundo o qual a regra da unanimidade reduz as possibilidades de interposição de um recurso, sendo esta limitação tanto mais grave quanto reduz a rapidez necessária à protecção jurídica no domínio da contratação pública.

61. Contudo, não só os agrupamentos de empreiteiros mas também outros proponentes estão obrigados a preencher requisitos processuais comparáveis e a assegurar uma representação correspondente à respectiva forma jurídica. Assim, também relativamente aos agrupamentos de empreiteiros, está apenas em causa, em rigor, o processo interno de formação da vontade, tal como tem lugar também noutros proponentes.

62. O facto de que, além disso, a regra da unanimidade poder fazer depender de um único membro a defesa dos interesses do agrupamento de empreiteiros não implica, por si só, uma violação dos princípios acima referidos. Com efeito, a cooperação entre membros isolados de um agrupamento de empreiteiros não constitui qualquer particularidade do direito processual; pelo contrário, a cooperação é necessária mesmo antes da participação num processo de adjudicação e muito antes da apresentação de propostas, designadamente ao constituir um agrupamento de empreiteiros.

63. É certo que, aplicando a regra da unanimidade, o facto de os interesses individuais dos membros poderem divergir é susceptível de dificultar a interposição de um recurso, mas não deve ser ignorado que os interesses da maioria dos membros, também quanto à questão do recurso, podem ser diferentes dos de cada membro.

14 — Acórdão já referido na nota 5, n.º 39.

64. Segundo a Comissão, a regra da unanimidade força mesmo os agrupamentos de empreiteiros a adoptar uma forma jurídica determinada. A este respeito, é de notar que esta regra levará, sobretudo, a evitar uma determinada forma jurídica.

65. Acresce que cada agrupamento de empreiteiros deve adoptar uma forma concreta de cooperação e, em regra, celebrar um contrato de sociedade. Por conseguinte, contrariamente ao entendimento da Comissão, não se pode considerar que isto constitua uma violação do artigo 21.º da Directiva 93/37. Não se força a adopção de uma forma jurídica determinada. A decisão de constituir um agrupamento de empreiteiros é tomada conscientemente e, também, com conhecimento das consequentes vantagens e desvantagens.

66. Um acordo deste tipo pode também ter por objecto o exercício do direito de recurso. Porém, as vantagens decorrentes desse acordo para os membros de um agrupamento de empreiteiros não podem ser entendidas como obrigando a adoptar uma forma jurídica determinada.

67. Finalmente, ao alegar que a regra da unanimidade tem um efeito dissuasivo logo ao ser constituído um agrupamento de empreiteiros, a Comissão ignora que, precisamente o conhecimento de eventuais dificuldades de obtenção de protecção jurídica pode levar a incluir precauções correspondentes no contrato de sociedade. Estas cláusulas podem prever, por exemplo, a representação por um membro ou uma determinada regra de maioria.

68. A regra da unanimidade também não pode ser considerada uma discriminação relativamente a outras formas jurídicas de sociedade. Com efeito, também proponentes sem a forma de agrupamento de empreiteiros têm de cumprir as disposições processuais e de direito das sociedades que lhes são aplicáveis. Isto abrange, por exemplo, o respeito das normas relativas à representação das sociedades pelos órgãos competentes para o efeito. As características de um agrupamento de empreiteiros demonstram apenas que cada forma jurídica apresenta determinadas particularidades.

69. Uma paralisação resultante da regra da unanimidade, a que a Comissão se refere no contexto de vários aspectos, pode ser evitada pelo legislador, como já foi explicado, nas ordens jurídicas nacionais em que a regra da unanimidade constitui apenas um direito facultativo. A este respeito, podem ser adoptadas soluções diferentes através da correspondente configuração do contrato de sociedade ou — ocasionalmente — através de decisão dos membros, directamente com base nas disposições pertinentes do direito das sociedades nacional.

70. No presente processo, foi várias vezes referida a possibilidade de estipular uma regra de maioria ou de prever a representação através de um membro, nos termos da ordem jurídica nacional do processo principal, por exemplo, sob a forma de «mandat».

71. Porém, o objectivo de facilitar o acesso a uma protecção jurídica eficaz, visado pelo legislador comunitário, seria contrariado se o direito nacional previsse regras em matéria de representação que redundassem numa discriminação de agrupamentos de empreiteiros estrangeiros ou cujo cumprimento fosse praticamente impossível.

72. Muitos Estados-Membros permitem que também os membros de um agrupamento de empreiteiros possam, isoladamente, interpor um recurso, mas isto em nada altera o facto de a directiva não o exigir. É certo que os Estados-Membros podem, em princípio, ir além das condições mínimas previstas nas directivas [15]. Contudo, coloca-se a questão de saber se este regime nacional à primeira vista benévolo, porque favorável aos proponentes, é compatível com o direito comunitário. Porém, esta questão jurídica não é objecto do presente pedido de decisão prejudicial.

73. Por último, contra a existência de uma obrigação imposta pelo direito comunitário aos Estados-Membros, de atribuir legitimidade activa também aos membros isoladamente, milita a circunstância de que é necessário proteger igualmente os outros membros de um agrupamento de empreiteiros.

74. O reconhecimento de legitimidade activa aos membros agindo isoladamente poderia, por exemplo, implicar que — mesmo — a maioria dos membros fosse forçada a interpor recurso e, em caso de procedência, impelida para um procedimento de adjudicação novo ou continuado, no qual já não tivessem, possivelmente, qualquer interesse, por exemplo, por terem celebrado entretanto outros contratos.

75. Não cabe aqui examinar a questão de saber se, inversamente, o direito comunitário proíbe a atribuição de legitimidade activa a um membro de um agrupamento de empreiteiros. No presente processo, importa esclarecer apenas se o direito comunitário se opõe a uma proibição nacional específica ou — por outras palavras — se permite a limitação da legitimidade activa ao conjunto dos membros de um agrupamento de empreiteiros.

76. Assim, o direito comunitário não impõe, em princípio, que os Estados-Membros atribuam individualmente aos membros de um agrupamento de empreiteiros legitimidade activa para interpor um recurso em nome próprio. O direito comunitário também não exige que os membros possam interpor recurso em nome do agrupamento

15 — Acórdão de 19 de Junho de 2003, GAT (C-315/01, Colect., p. I-6351, n.º 45).

de empreiteiros. Em qualquer caso, tal exigência não se aplica aos Estados-Membros cujo direito nacional não é imperativo neste ponto, permitindo a adopção de regimes diferentes pelos agrupamentos de empreiteiros ou seja, pelos seus membros, por exemplo, logo no contrato de sociedade ou — mais tarde — através de decisão.

77. Por conseguinte, há que responder às primeira e terceira questões prejudiciais que o artigo 1.º da Directiva 89/665 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma disposição de uma legislação nacional nos termos da qual os membros de um consórcio que não dispõe de personalidade jurídica que, enquanto tal, participou num procedimento de adjudicação de um contrato público e ao qual não foi adjudicado o referido contrato, são obrigados a agir em conjunto, na sua qualidade de associados ou em seu próprio nome, para interpor recurso da decisão de adjudicação do referido contrato, e segundo a qual um membro desse consórcio não pode interpor a título individual, nem na sua qualidade de associado nem em seu próprio nome, recurso da decisão de adjudicação. Isto na condição de que esta disposição nacional não torne impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito comunitário. É esse o caso quando o direito nacional permite a adopção de soluções diferentes pelos membros do agrupamento de empreiteiros.

C — *Quanto à segunda questão prejudicial*

78. A segunda questão prejudicial diz respeito à legitimidade activa no caso de os membros do consórcio terem agido conjuntamente, mas de o recurso de um dos seus membros ser inadmissível.

79. Deste modo, coloca-se a questão jurídica de saber se, relativamente à regra nacional da unanimidade, se deve distinguir, nos termos do direito comunitário, em função da causa da falta de unanimidade.

80. A Comissão e o FOREM entendem, embora por razões diferentes, que a resposta a dar é negativa.

81. Como a Áustria correctamente sublinha, a segunda questão prejudicial deve ser respondida à luz dos princípios da equivalência e da eficácia — ou, como foi acima explicado, à luz do princípio de uma protecção jurídica rápida e eficaz, expressamente enunciado no artigo 1.º da directiva.

82. Estes princípios podem ser violados em determinadas situações ou atendendo a certas disposições nacionais. No presente processo prejudicial, suscita-se a questão de saber quais os limites que estes dois princípios colocam aos resultados da aplicação da regra da unanimidade numa situação como a do processo principal.

83. Como o acórdão Santex [16] claramente mostra, e em comparação com o acórdão Universale Bau e o. [17], ao apreciar a legalidade de uma disposição processual nacional à luz de ambos os princípios é necessário atender também às circunstâncias do caso concreto. Assim, a violação do direito comunitário por uma norma que, à primeira vista, satisfaz as exigências deste, pode tornar-se evidente apenas em determinadas situações.

84. Porém, num pedido de decisão prejudicial ao abrigo do artigo 234.º CE, o Tribunal de Justiça deve limitar-se a responder às questões prejudiciais e abster-se de quaisquer considerações gerais de carácter pericial. Por conseguinte, não cabe aqui examinar situações alheias ao processo principal ou proceder à sua apreciação jurídica à luz do direito comunitário.

85. Em qualquer caso, a disposição nacional em causa no presente processo, por força da qual as normas internas relativas ao processo de formação de vontade devem ser respeitadas numa situação como a do processo principal, não viola os princípios de uma protecção jurídica rápida e eficaz.

86. Por conseguinte, deve responder-se à segunda questão prejudicial que a resposta à primeira questão prejudicial não é diferente se os membros do consórcio agiram conjuntamente, mas o recurso de um dos seus membros é inadmissível.

16 — Acórdão já referido na nota 12.

17 — Acórdão de 12 de Dezembro de 2002 (C-470/99, Colect., p. I-11617).

V — Conclusão

87. Com base nas considerações que precedem, propomos que o Tribunal de Justiça responda da seguinte forma às questões prejudiciais:

«1) O artigo 1.º da Directiva 89/665/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, que coordena as disposições legislativas, regulamentares e administrativas relativas à aplicação dos processos de recurso em matéria de adjudicação dos contratos de direito público de obras e de fornecimentos deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma disposição de uma legislação nacional nos termos da qual:

— os membros de um consórcio que não dispõe de personalidade jurídica que, enquanto tal, participou num procedimento de adjudicação de um contrato público e ao qual não foi adjudicado o referido contrato, são obrigados a agir em conjunto, na sua qualidade de associados ou em seu próprio nome, para interpor recurso da decisão de adjudicação do referido contrato;

— um membro desse consórcio não pode interpor a título individual, nem na sua qualidade de associado nem em seu próprio nome, recurso da decisão de adjudicação.

Isto só se aplica na condição de que esta disposição nacional não torne impossível ou excessivamente difícil a aplicação do direito comunitário. De qualquer modo, estes princípios são respeitados quando o direito nacional permite a adopção de soluções diferentes pelos membros do agrupamento de empreiteiros.

2) A resposta à questão não é diferente se os membros do consórcio agiram conjuntamente, mas o recurso de um dos seus membros é inadmissível nos termos do direito nacional.»