Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

12. december 2013 *

»Fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige kontrakter inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation — direktiv 93/38/EØF — manglende gennemførelse i national ret — medlemsstatens mulighed for at gøre dette direktiv gældende over for et organ, der har koncession på levering af en offentlig ydelse, når denne retsakt ikke er gennemført i national ret«

I sag C-425/12,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Portugal) ved afgørelse af 26. juni 2012, indgået til Domstolen den 18. september 2012, i sagen:

Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA

mod

Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, T. von Danwitz (refererende dommer), og dommerne E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby og C. Vajda,

generaladvokat: N. Wahl

justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 4. juli 2013,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA ved advogado J. Vieira Peres

— Ministério da Agricultura do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território, ved M. Ferreira da Costa og M. Pires da Fonseca, som befuldmægtigede

— Europa-Kommissionen ved M. Afonso og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 18. september 2013,

* Processprog: portugisisk.

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84), som ændret ved direktiv 98/4/EF (EFT L 101, s. 1, herefter »direktiv 93/38«).

2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA (herefter »Portgás«) og Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (ministeriet for landbrug, hav, miljø og fysisk planlægning, herefter »ministeriet«) vedrørende en afgørelse om tilbagebetaling af økonomisk støtte, som var blevet udbetalt til dette selskab inden for rammerne af Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, med den begrundelse, at Portgás i forbindelse med indkøb af gasmålere fra et andet selskab ikke havde overholdt en række EU-retlige bestemmelser, som finder anvendelse på offentlige indkøb.

Retsforskrifter

EU-retten

3 Artikel 2, stk. 1, i direktiv 93/38 bestemmer:

»Dette direktiv gælder for ordregivere:

a) der er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2

b) der ikke er offentlige myndigheder eller offentlige virksomheder, og som bl.a. udøver en eller flere af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 2, og som driver virksomhed på grundlag af særlige eller eksklusive rettigheder, der er indrømmet af en kompetent myndighed i en medlemsstat.«

4 Blandt de aktiviteter, der nævnes i artikel 2, stk. 2, i direktiv 93/38, fremgår tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af gas.

5 Direktivets artikel 4, stk. 1 og 2, har følgende ordlyd:

»1. Ved indgåelse af indkøbsaftaler, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelsesaftaler og ved afholdelse af projektkonkurrencer anvender ordregiverne udbudsprocedurer, der er tilpasset bestemmelserne i dette direktiv.

2. Ordregiverne drager omsorg for, at der ikke finder forskelsbehandling sted af leverandører, entreprenører eller tjenesteydere.«

6 Artikel 14, stk. 1, litra c), nr. i), i dette direktiv bestemmer, at direktivet finder anvendelse på aftaler, som indgås af ordregivere, der udøver virksomhed inden for transport eller distribution af gas, når den anslåede værdi eksklusive merværdiafgift mindst andrager 400 000 EUR.

7 I overensstemmelse med artikel 15 i direktiv 93/38 indgås indkøbsaftaler og bygge- og anlægskontrakter samt aftaler, hvis genstand er de i dette direktivs bilag XVI A anførte tjenesteydelser, i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivets afsnit III, IV og V.

8 I henhold til artikel 45, stk. 2, i direktiv 93/38 var Den Portugisiske Republik forpligtet til at vedtage de nødvendige foranstaltninger til gennemførelse af direktivet og anvende dem senest den 1. januar 1998. De ændringer af direktivet, der gennemførtes med direktiv 98/4, skulle gennemføres i portugisisk ret senest den 16. februar 2000.

Portugisisk ret

9 Direktiv 93/38 blev gennemført i portugisisk ret ved lovdekret nr. 223/2001 af 9. august 2001 (*Diário da República* I, serie A, nr. 184, af 9.8.2001, s. 5002). I henhold til artikel 53, stk. 1, i lovdekret nr. 223/2001 trådte det i kraft 120 dage efter offentliggørelsen.

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

10 Portgás er et aktieselskab efter portugisisk ret, der arbejder inden for sektoren for produktion og distribution af naturgas.

11 Den 7. juli 2001 indgik Portgás med Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda en aftale om levering af gasmålere. Værdien af denne aftale var 532 736,92 EUR.

12 Den 21. december 2001 fremsendte Portgás en ansøgning om medfinansiering fra Fællesskabet fra Den Europæiske Fond for Regionaludvikling, som blev godkendt. Aftalen om tildeling af økonomisk støtte til dækning af de støtteberettigede udgifter i forbindelse med projekt POR/3.2/007/DREN, som indkøbet af disse gasmålere var en del af, blev underskrevet den 11. oktober 2002.

13 I forlængelse af en revision foretaget af Inspecção-Geral das Finanças' (det generelle finanstilsyn) tjenestegrene, krævede forvaltningsorganet for Programa Operacional Norte (det operationelle program Nord) den 29. oktober 2009 tilbagebetaling af den økonomiske støtte til Portgás inden for rammerne af dette projekt med den begrundelse, at selskabet ikke havde levet op til de EU-retlige bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter, således at hele den offentlige medfinansiering var uberettiget.

14 Portgás anlagde et særligt administrativt søgsmål ved Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto med påstand om annullation af denne afgørelse, hvorved der var fastsat pålæg om tilbagebetaling. Selskabet gjorde ved denne ret gældende, at den portugisiske stat ikke kunne kræve af Portgás, som er en privat virksomhed, at den skulle overholde bestemmelserne i direktiv 93/38. Ifølge selskabet var direktivets bestemmelser ved indgåelsen af aftalen med Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda således endnu ikke gennemført i den portugisiske retsorden og kunne følgelig ikke have nogen direkte virkninger over for selskabet.

15 Ministeriet har over for den forelæggende ret gjort gældende, at direktiv 93/38 ikke blot retter sig til medlemsstaterne, men også til alle ordregivende myndigheder, således som defineret i direktivet. Ifølge ministeriet var Portgás i sin egenskab af enekoncessionshaver til levering af offentlige ydelser i det område, som koncessionen dækker, underlagt forpligtelserne i henhold til dette direktiv.

16 Da Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto er i tvivl om, hvordan de EU-retlige bestemmelser, som er påberåbt i hovedsagen, skal fortolkes, har den besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Kan artikel 4, stk. 1, i [direktiv 93/38], samme direktivs artikel 14, stk. 1, litra c), nr. i), samt de resterende bestemmelser i [dette direktiv] eller de almindelige fællesskabsretlige principper, der finder anvendelse, fortolkes således, at de skaber forpligtelser for privatpersoner, der har koncession på levering af offentlige ydelser – særligt en virksomhed, der er omfattet af artikel 2, stk. 1, litra b), i [direktiv 93/38/EØF], når dette direktiv ikke er blevet gennemført i national ret af den portugisiske stat, idet en manglende overholdelse af disse forpligtelser kan gøres gældende over for denne private koncessionshavende virksomhed af samme portugisiske stat ved en retsakt, der kan tilregnes et af dennes ministerier?«

Om det præjudicielle spørgsmål

17 Med sit spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 4, stk. 1, artikel 14, stk. 1, litra c), nr. i), og artikel 15 i direktiv 93/38 kan gøres gældende over for en privat virksomhed alene med den begrundelse, at denne virksomhed er eneste koncessionshaver til levering af en offentlig offentlige tjenesteydelse og dermed er omfattet af dette direktivs personelle anvendelsesområde, og i bekræftende fald om myndighederne i den pågældende medlemsstat kan påberåbe sig disse bestemmelser, når direktivet endnu ikke er blevet gennemført i denne medlemsstats nationale ret.

18 Det bemærkes indledningsvis, at det følger af Domstolens faste praksis, at borgerne i alle tilfælde, hvor bestemmelser i et direktiv ud fra et indholdsmæssigt synspunkt fremstår som ubetingede og tilstrækkeligt præcise, ved de nationale domstole kan påberåbe sig disse bestemmelser over for staten, enten når denne ikke rettidigt har gennemført direktivet i national ret, eller når den ikke har gennemført det korrekt (jf. bl.a. dom af 19.1.1982, sag 8/81, Becker, Sml. s. 53, præmis 25, og af 24.1.2012, sag C-282/10, Dominguez, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

19 Hvad angår artikel 4, stk. 1, artikel 14, stk. 1, litra c), i), og artikel 15 i direktiv 93/38 bemærkes, at disse bestemmelser præcist og ubetinget pålægger ordregivende myndigheder, der udøver aktiviteter inden for transport og distribution af gas, at indgå indkøbsaftaler med en anslået værdi eksklusive moms på mindst 400 000 EUR i overensstemmelse med bestemmelserne i direktivets afsnit III, IV og V og at drage omsorg for, at der ikke finder forskelsbehandling sted af leverandører, entreprenører eller tjenesteydere.

20 Heraf følger, at de nævnte bestemmelser i direktiv 93/38 er tilstrækkeligt ubetingede og præcise til, at de kan påberåbes for de nationale domstole.

21 Det skal herefter afgøres, om de nævnte bestemmelser kan gøres gældende ved de nationale domstole over for en privat virksomhed som Portgás i dens egenskab af enekoncessionshaver til levering af offentlige ydelser.

22 Det bemærkes i denne henseende, at ifølge artikel 288, stk. 3, TEUF, består et direktivs bindende karakter, som er grundlaget for, at der kan støttes ret herpå ved en national ret, kun i forhold til »enhver medlemsstat, som det rettes til«. Det fremgår af fast retspraksis, at et direktiv ikke i sig selv kan skabe forpligtelser for private, og at en direktivbestemmelse derfor ikke som sådan kan påberåbes over for sådanne personer ved en national domstol (dom af 8.10.1987, sag 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, Sml. s. 3969, præmis 9, og af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 20, samt Dominguez-dommen, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

23 Med hensyn til de organer, over for hvilke bestemmelserne i et direktiv kan gøres gældende, fremgår det af Domstolens praksis, at disse bestemmelser kan påberåbes i forhold til en medlemsstat, uanset i hvilken egenskab staten har handlet, dvs. som arbejdsgiver eller som offentlig myndighed. Det er nemlig i begge tilfælde væsentligt at hindre, at staten kan forbedre sin retsstilling ved ikke at efterkomme EU-retten (jf. i denne retning dom af 26.2.1986, sag 152/84, Marshall, Sml. s. 723, præmis 49, og af 12.7.1990, sag C-188/89, Foster m.fl., Sml. I, s. 3313, præmis 17, samt Dominguez-dommen, præmis 38).

24 Blandt de organer, over for hvilke bestemmelser i et direktiv, som kan have direkte virkning, kan gøres gældende, hører ifølge fast retspraksis således et organ, som – uanset sin retlige organisationsform – ved en retsakt udstedt af en offentlig myndighed har fået til opgave at levere en offentlig offentlige tjenesteydelse under den offentlige myndigheds tilsyn, og som med henblik herpå har fået tillagt særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne (dommen i sagen Foster m.fl., præmis 20, dom af 14.9.2000, sag C-343/98, Collino og Chiappero, Sml. I, s. 6659, præmis 23, af 5.2.2004, sag C-157/02, Rieser Internationale Transporte, Sml. I, s. 1477, præmis 24, og af 19.4.2007, sag C-356/05, Farrell, Sml. I, s. 3067, præmis 40, samt Dominguez-dommen, præmis 39).

25 Det følger af denne retspraksis, at selv om en privatperson er omfattet af et direktivs personelle anvendelsesområde, kan dets bestemmelser ikke som sådan gøres gældende over for privatpersonen ved de nationale domstole. Som generaladvokaten således har anført i punkt 41 forslaget til afgørelse, har den omstændighed alene, at en privat virksomhed, som er eneste koncessionshaver til levering af en offentlig ydelse, indgår i den kategori af enheder, der udtrykkeligt er omfattet direktiv 93/38's personelle anvendelsesområde, ikke til følge, at direktivets bestemmelser kan gøres gældende over for den pågældende virksomhed.

26 Det kræves således, at den nævnte offentlige tjenesteydelse udføres under statens tilsyn, og at den nævnte virksomhed har særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne (jf. i denne retning dommen i sagen Rieser Internationale Transporte, præmis 25-27).

27 For så vidt angår Portgás' situation fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at denne virksomhed som eneste koncessionshaver af den portugisiske stat har fået til opgave at levere en offentlig offentlige tjenesteydelse, nemlig driften af gasdistributionssystemet i den nordlige del af Portugal.

28 Oplysningerne fra den forelæggende ret gør det imidlertid ikke muligt for Domstolen at afgøre, om denne offentlige tjenesteydelse på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen blev udført under statens tilsyn, og om Portgás havde særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne.

29 Det bemærkes i denne henseende, at Portgás for så vidt angår spørgsmålet, om den nævnte offentlige tjenesteydelse blev udført under de portugisiske myndigheders tilsyn – uden herved at blive modsagt af den portugisiske regering – har gjort gældende, at dets selskabskapital ikke for størstedelens vedkommende eller fuldt ud ejes af den portugisiske stat, og at sidstnævnte hverken kan udpege medlemmerne af ledelses- og tilsynsorganerne eller give instrukser vedrørende varetagelsen af den offentlige tjenesteydelsesopgave. Det fremgår imidlertid ikke klart af de sagsakter, som Domstolen råder over, at disse omstændigheder forelå på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen.

30 Hvad angår spørgsmålet om, hvorvidt Portgás fik tillagt særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne, bemærkes det, at selv om denne virksomhed blev indrømmet særlige eller eksklusive rettigheder i henhold til koncessionsaftalen, indebærer det ikke, således som generaladvokaten har anført i punkt 39 i forslaget til afgørelse, at selskabet havde sådanne særlige beføjelser. Den omstændighed, at Portgás kunne anmode om, at der

blev gennemført de ekspropriationer, som er nødvendige for etableringen og driften af infrastruktur, uden af den grund selv at kunne gøre det, er ikke i sig selv tilstrækkeligt til, at det kan antages, at Portgás fik tillagt særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne.

31 Under disse omstændigheder tilkommer det den forelæggende ret at efterprøve, om Portgás på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen var et organ, som under statens tilsyn fik til opgave at levere en offentlige tjenesteydelse, og om denne virksomhed i denne henseende havde sådanne særlige beføjelser.

32 I det tilfælde, hvor Portgás udgjorde en af de enheder, over for hvem der i medfør af den retspraksis, som er nævnt i præmis 24, bestemmelserne i direktiv 93/38 kan gøres gældende, skal det undersøges, om de portugisiske myndigheder også kunne gøre disse bestemmelser gældende over for Portgás.

33 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at selv om Domstolen har fastslået, at tilstrækkeligt ubetingede og præcise bestemmelser i et direktiv af privatpersoner kan gøres gældende over for et organ, der under statens tilsyn leverer en offentlige tjenesteydelse, og i denne henseende har særlige beføjelser (jf. i denne retning dommen i sagen Foster m.fl., præmis 18 og 20, og Dominguez-dommen, præmis 38 og 39 og den deri nævnte retspraksis), indgår nærværende hovedsag i en anden kontekst end denne retspraksis.

34 I den nærværende sags kontekst skal det fastslås, at den forpligtelse, som påhviler en medlemsstat, til at træffe alle nødvendige foranstaltninger for at nå det ved et direktiv forskrevne resultat, i overensstemmelse med Domstolens praksis er en bindende forpligtelse såvel efter artikel 288, stk. 3, TEUF som efter selve direktivet. Denne forpligtelse til at træffe alle almindelige eller særlige foranstaltninger påhviler alle medlemsstaternes myndigheder (jf. dom af 18.12.1997, sag C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, Sml. I, s. 7411, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis) samt organer, der under disse myndigheders tilsyn har fået til opgave at levere en offentlige tjenesteydelse, og som i denne henseende har særlige beføjelser. Det følger heraf, at medlemsstaternes myndigheder skal kunne håndhæve, at sådanne organer overholder bestemmelserne i direktiv 93/38.

35 Det ville således være selvmodsigende at fastslå, at statslige myndigheder og organer, som opfylder de i denne doms præmis 24 anførte betingelser, er forpligtet til at anvende direktiv 93/38 samtidig med, at de nævnte myndigheder nægtes muligheden for – i givet fald ved de nationale domstole – at håndhæve dette direktivs bestemmelser over for et organ, som opfylder disse betingelser, selv om organet ligeledes skal efterkomme direktivet.

36 Medlemsstaterne ville endvidere kunne drage fordel af deres undladelse af at efterkomme EU-retten ved ikke at træffe de nødvendige foranstaltninger for at gennemføre et direktiv i national ret korrekt, hvis sådanne organers overholdelse af bestemmelserne i direktiv 93/38 ikke kunne sikres på initiativ af en statslig myndighed.

37 Endelig ville konsekvensen af denne løsning være, at en privat konkurrent ville kunne påberåbe sig bestemmelserne i direktiv 93/38 over for en ordregivende myndighed, som opfylder kriterierne i denne doms præmis 24, mens statslige myndigheder ikke vil kunne gøre forpligtelserne i henhold til dette direktiv gældende over for den ordregivende myndighed. Om en sådan ordregivende myndighed er forpligtet til at overholde bestemmelserne i dette direktiv, ville således være afhængigt af karakteren af de personer eller organer, som støtter ret på direktiv 93/38. Under disse omstændigheder ville direktivet imidlertid ikke længere blive anvendt ensartet i den pågældende medlemsstats nationale retsorden.

38 Heraf følger, at en privat virksomhed, der ved en akt udstedt af en offentlig myndighed har fået til opgave at levere en offentlige tjenesteydelse under den offentlige myndigheds tilsyn, og som med henblik herpå har fået tillagt særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne, er forpligtet til at overholde bestemmelserne i direktiv 93/38, og en medlemsstats myndigheder kan derfor gøre disse bestemmelser gældende over for virksomheden.

39 Henset til samtlige ovenstående betragtninger skal det forelagte spørgsmål besvares således:

— Artikel 4, stk. 1, artikel 14, stk. 1, litra c), nr. i), og artikel 15 i direktiv 93/38 skal fortolkes således, at de ikke kan gøres gældende over for en privat virksomhed alene med den begrundelse, at denne virksomhed er eneste koncessionshaver til levering af en offentlig tjenesteydelse og dermed er omfattet af dette direktivs personelle anvendelsesområde, når direktivet endnu ikke er blevet gennemført i denne medlemsstats nationale ret.

— En sådan virksomhed, der ved en akt udstedt af en offentlig myndighed har fået til opgave at levere en offentlig tjenesteydelse under den offentlige myndigheds tilsyn, og som med henblik herpå har fået tillagt særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne, er forpligtet til at overholde bestemmelserne i direktiv 93/38, og en medlemsstats myndigheder kan derfor gøre disse bestemmelser gældende over for virksomheden.

Sagens omkostninger

40 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Femte Afdeling) for ret:

Artikel 4, stk. 1, artikel 14, stk. 1, litra c), nr. i), og artikel 15 i Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/4/EF af 16. februar 1998, skal fortolkes således, at de ikke kan gøres gældende over for en privat virksomhed alene med den begrundelse, at denne virksomhed er eneste koncessionshaver til levering af en offentlig offentlige tjenesteydelse og dermed er omfattet af dette direktivs personelle anvendelsesområde, når direktivet endnu ikke er blevet gennemført i denne medlemsstats nationale ret.

En sådan virksomhed, der ved en akt udstedt af en offentlig myndighed har fået til opgave at levere en offentlige tjenesteydelse under den offentlige myndigheds tilsyn, og som med henblik herpå har fået tillagt særlige beføjelser ud over dem, som følger af de regler, der finder anvendelse i forholdet mellem borgerne, er forpligtet til at overholde bestemmelserne i direktiv 93/38, som ændret ved direktiv 98/4, og en medlemsstats myndigheder kan derfor gøre disse bestemmelser gældende over for virksomheden.

Underskrifter