ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

12 december 2013*

„Procedures voor plaatsen van overheidsopdrachten in sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie — Richtlijn 93/38/EEG — Niet-omzetting in nationaal recht — Mogelijkheid voor staat om zich te beroepen op deze richtlijn tegenover orgaan waaraan openbaredienstconcessie is verleend wanneer deze handeling niet in nationaal recht is omgezet”

In zaak C-425/12,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Portugal) bij beslissing van 26 juni 2012, ingekomen bij het Hof op 18 september 2012, in de procedure

Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA

tegen

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

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz (rapporteur), kamerpresident, E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby en C. Vajda, rechters,

advocaat-generaal: N. Wahl,

griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 4 juli 2013,

gelet op de opmerkingen van:

— Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA, vertegenwoordigd door J. Vieira Peres, advogado,

— het Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território, vertegenwoordigd door M. Ferreira da Costa en M. Pires da Fonseca als gemachtigden,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door M. Afonso en A. Tokár als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 18 september 2013,

* Procestaal: Portugees.

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998 (PB L 101, blz. 1; hierna: „richtlijn 93/38").

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA (hierna: „Portgás") en het Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (ministerie van Landbouw, Zeezaken, Milieu en Ruimtelijke Ordening; hierna: „Ministério") over een besluit waarbij terugvordering is gelast van de uit het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling aan deze onderneming toegekende financiële steun, op grond dat Portgás de Unierechtelijke voorschriften inzake overheidsopdrachten niet in acht had genomen toen zij bij een andere onderneming gasmeters aankocht.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Artikel 2, lid 1, van richtlijn 93/38 luidt:

„Deze richtlijn geldt voor de aanbestedende diensten die:

a) overheidsdiensten of openbare bedrijven zijn en die een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten tot taak hebben;

b) of die, indien het geen overheidsdiensten of openbare bedrijven betreft, een van de in lid 2 als relevant in de zin van deze richtlijn aangemerkte activiteiten of een combinatie daarvan tot taak hebben en die bijzondere of uitsluitende rechten genieten die hun door een bevoegde instantie van een lidstaat zijn verleend."

4 Eén van de in artikel 2, lid 2, van richtlijn 93/38 genoemde activiteiten is de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten die aan het publiek een dienst verlenen op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van gas.

5 Artikel 4, leden 1 en 2, van deze richtlijn luidt:

„1. Bij het plaatsen van opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken en voor het verrichten van diensten of bij het organiseren van prijsvragen voor ontwerpen passen de aanbestedende diensten de procedures toe die zijn aangepast aan de bepalingen van deze richtlijn.

2. De aanbestedende diensten zorgen ervoor dat er geen discriminatie tussen leveranciers, aannemers of dienstverrichters plaatsvindt."

6 Deze richtlijn is luidens artikel 14, lid 1, sub c-i, ervan van toepassing op opdrachten die worden geplaatst door aanbestedende diensten die activiteiten uitoefenen op het gebied van het vervoer of de distributie van gas, wanneer de geraamde waarde van deze opdrachten, exclusief belasting over de toegevoegde waarde, ten minste gelijk is aan 400 000 EUR.

7 Luidens artikel 15 van richtlijn 93/38 worden opdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken alsmede opdrachten voor het verrichten van in bijlage XVI A bij deze richtlijn opgenomen diensten overeenkomstig de voorschriften van de titels III, IV en V van deze richtlijn geplaatst.

8 Overeenkomstig artikel 45, lid 2, van richtlijn 93/38 diende de Portugese Republiek de nodige maatregelen te nemen om aan deze richtlijn te voldoen en was zij gehouden deze uiterlijk op 1 januari 1998 toe te passen. De met richtlijn 98/4 in richtlijn 93/98 aangebrachte wijzigingen moesten uiterlijk op 16 februari 2000 in Portugees recht zijn omgezet.

Portugees recht

9 Richtlijn 93/38 is in Portugees recht omgezet bij wetsdecreet nr. 223/2001 van 9 augustus 2001 (*Diário da República* I, serie A, nr. 184 van 9 augustus 2001, blz. 5002), dat overeenkomstig artikel 53, lid 1, ervan 120 dagen na zijn bekendmaking in werking is getreden.

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

10 Portgás is een aandelenvennootschap naar Portugees recht die op het gebied van aardgasproductie en -distributie actief is.

11 Op 7 juli 2001 heeft Portgás met Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda een overeenkomst voor de levering van gasmeters gesloten. De waarde van deze opdracht bedroeg 532 736,92 EUR.

12 Op 21 december 2001 heeft Portgás een aanvraag voor communautaire cofinanciering uit het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling ingediend, die werd ingewilligd. De overeenkomst inzake de toekenning van financiële steun ter dekking van de in aanmerking komende kosten van project POR/3.2/007/DREN, die ook betrekking had op de aanschaf van deze gasmeters, werd op 11 oktober 2002 ondertekend.

13 Na een door de Inspecção-Geral das Finanças (algemene belastinginspectie) uitgevoerde audit heeft de beheerder van het Programa Operacional Norte (Operationeel Programma Noord) op 29 oktober 2009 de terugvordering gelast van de financiële steun die in het kader van dat project aan Portgás was verleend, op grond dat Portgás bij de aanschaf van genoemde gasmeters de Unierechtelijke regels inzake de gunning van overheidsopdrachten niet in acht had genomen waardoor alle door de publieke cofinanciering gedekte kosten niet subsidiabel waren.

14 Portgás stelde bij het Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto een bijzonder administratief beroep in, strekkende tot nietigverklaring van dat terugvorderingsbesluit. Voor deze rechtbank heeft zij aangevoerd dat de Portugese Staat niet kon verlangen dat zij, als particuliere onderneming, de bepalingen van richtlijn 93/38 in acht zou nemen. Ten tijde van de sluiting van de overeenkomst met Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda was deze richtlijn nog niet in Portugees recht omgezet, zodat zij jegens haar geen rechtstreekse werking kon hebben.

15 Het Ministério heeft voor de verwijzende rechter betoogd dat richtlijn 93/38 niet alleen tot de lidstaten is gericht, maar ook tot alle aanbestedende diensten, zoals omschreven in deze richtlijn. Het Ministério voerde aan dat Portgás, als exclusief concessiehouder van een openbare dienst in het door de concessie bestreken gebied, aan de uit die richtlijn voortvloeiende verplichtingen was onderworpen.

16 Daar het Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto twijfelt over de uitlegging van de in het hoofdgeding aangevoerde Unierechtelijke bepalingen heeft het de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Kunnen de artikelen 4, lid 1, en 14, lid 1, sub c-i, van [richtlijn 93/38], alsook de overige bepalingen van [deze richtlijn] of de toepasselijke algemene beginselen van gemeenschapsrecht aldus worden uitgelegd dat zij voor een particuliere houder van een openbaredienstconcessie – met name een entiteit in de zin van artikel 2, lid 1, sub b, van [richtlijn 93/38] –, verplichtingen doen ontstaan ook al is deze richtlijn door de Portugese Staat nog niet in nationaal recht omgezet, en dat de Portugese Staat zich via een aan een van zijn ministeries toerekenbare handeling tegenover een dergelijke concessiehouder op de niet-naleving van deze verplichtingen kan beroepen?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

17 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 4, lid 1, 14, lid 1, sub c-i, en 15 van richtlijn 93/38 kunnen worden tegengeworpen aan een particuliere onderneming op de enkele grond dat deze laatste exclusief concessiehouder is van een dienst van openbaar belang die valt binnen de personele werkingssfeer van deze richtlijn, en, zo ja, of de autoriteiten van de betrokken lidstaat zich op deze bepalingen kunnen beroepen wanneer deze richtlijn nog niet in het nationale recht van deze lidstaat was omgezet.

18 Om te beginnen zij eraan herinnerd dat volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat in alle gevallen waarin de bepalingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn, particulieren zich voor de nationale rechter op die bepalingen kunnen beroepen tegenover de staat, wanneer deze hetzij heeft verzuimd de richtlijn binnen de termijn in nationaal recht om te zetten, hetzij dit op onjuiste wijze heeft gedaan (zie met name arresten van 19 januari 1982, Becker, 8/81, Jurispr. blz. 53, punt 25, en 24 januari 2012, Dominguez, C-282/10, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 Wat de artikelen 4, lid 1, 14, lid 1, sub c-i, en 15 van richtlijn 93/38 betreft, zij erop gewezen dat deze bepalingen aanbestedende diensten die met name op het gebied van gastransport en -distributie actief zijn, op onvoorwaardelijke en nauwkeurige wijze de verplichting opleggen om opdrachten voor leveringen waarvan de geraamde waarde exclusief btw ten minste gelijk is aan 400 000 EUR in overeenstemming met de bepalingen van de titels III, IV en V van deze richtlijn te plaatsen en ervoor te zorgen dat tussen leveranciers, aannemers of dienstverrichters geen discriminatie plaatsvindt.

20 Bijgevolg zijn deze bepalingen van richtlijn 93/38 onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig om te worden aangevoerd voor de nationale rechterlijke instanties.

21 In deze omstandigheden moet worden nagegaan of die bepalingen voor de nationale rechterlijke instanties kunnen worden ingeroepen jegens een particuliere onderneming, zoals Portgás, in haar hoedanigheid van exclusief concessiehouder van een openbare dienst.

22 In dit verband moet in herinnering worden gebracht dat overeenkomstig artikel 288, derde alinea, VWEU het verbindende karakter van een richtlijn, dat de grondslag vormt voor de mogelijkheid om deze aan te voeren, slechts bestaat ten aanzien van „elke lidstaat waarvoor zij bestemd is”. Bijgevolg kan een richtlijn, volgens vaste rechtspraak, uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren opleggen en dus niet als zodanig tegenover een particulier worden ingeroepen voor een nationale rechterlijke instantie (arresten van 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Jurispr. blz. 3969, punt 9; 14 juli 1994, Faccini Dori, C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 20, en arrest Dominguez, reeds aangehaald, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

23 Met betrekking tot de rechtssubjecten waaraan de bepalingen van een richtlijn kunnen worden tegengeworpen, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat deze bepalingen kunnen worden ingeroepen tegen een staat, ongeacht de hoedanigheid – als werkgever of als overheid – waarin de staat handelt. In beide gevallen moet immers worden voorkomen dat de staat voordeel heeft bij zijn schending van het Unierecht (zie in die zin arresten van 26 februari 1986, Marshall, 152/84, Jurispr. blz. 723, punt 49; 12 juli 1990, Foster e.a., C-188/89, Jurispr. blz. I-3313, punt 17, en arrest Dominguez, reeds aangehaald, punt 38).

24 Volgens vaste rechtspraak behoort zo tot de rechtssubjecten jegens welke kunnen worden ingeroepen de bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben, een orgaan, ongeacht zijn rechtsvorm, dat krachtens een handeling van de overheid onder toezicht van deze laatste met het verlenen van een dienst van openbaar belang is belast en daartoe over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels (arrest Foster e.a., reeds aangehaald, punt 20; arresten van 14 september 2000, Collino en Chiappero, C-343/98, Jurispr. blz. I-6659, punt 23; 5 februari 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02, Jurispr. blz. I-1477, punt 24; 19 april 2007, Farrell, C-356/05, Jurispr. blz. I-3067, punt 40, en arrest Dominguez, reeds aangehaald, punt 39).

25 Uit deze rechtspraak volgt dat zelfs wanneer een particulier binnen de personele werkingssfeer van een richtlijn valt, de bepalingen van deze richtlijn niet als dusdanig jegens hem kunnen worden aangevoerd voor de nationale rechterlijke instanties. Aldus heeft de enkele omstandigheid dat een particuliere onderneming die exclusief concessiehouder is van een openbare dienst, tot de uitdrukkelijk binnen de personele werkingssfeer van richtlijn 93/38 vallende entiteiten behoort, niet tot gevolg dat de bepalingen van deze richtlijn aan deze onderneming kunnen worden tegengeworpen.

26 Vereist is namelijk dat die dienst van openbaar belang onder overheidstoezicht wordt verricht en dat bedoelde onderneming over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels (zie in die zin arrest Rieser Internationale Transporte, reeds aangehaald, punten 25-27).

27 Wat de situatie van Portgás betreft, blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de Portugese Staat deze onderneming heeft opgedragen om als exclusief concessiehouder een dienst van openbaar belang, zijnde de exploitatie van het gasdistributienet in Região Norte (regio Noord-Portugal), te verrichten.

28 Op grond van de door de verwijzende rechter verstrekte aanwijzingen kan het Hof echter niet beoordelen of, ten tijde van de feiten van het hoofdgeding, deze dienst van openbaar belang onder overheidstoezicht werd verleend en Portgás over bevoegdheden beschikte die verder gingen dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels.

29 Wat de vraag betreft of die dienst van openbaar belang onder het toezicht van de Portugese autoriteiten werd verleend, heeft Portgás aangevoerd – zonder door de Portugese regering te zijn weersproken – dat haar maatschappelijk kapitaal noch volledig noch voor meer dan de helft in handen is van de Portugese Staat en dat deze laatste de leden van haar beheers- en controleorganen niet mag benoemen en evenmin instructies mag geven voor het beheer van haar activiteit van openbare dienstverlening. Uit de aan het Hof overgelegde stukken blijkt echter niet duidelijk of dat het geval was ten tijde van de feiten van het hoofdgeding.

30 Aangaande de vraag of Portgás over bevoegdheden beschikte die verder gingen dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels, zij erop gewezen dat hoewel deze onderneming krachtens de concessieovereenkomst bijzondere en exclusieve rechten genoot, dit niet impliceert – zoals de advocaat-generaal in punt 39 van zijn conclusie heeft opgemerkt – dat zij over dergelijke verdergaande bevoegdheden beschikte. De omstandigheid dat Portgás kon verzoeken om over te gaan tot de voor de aanleg en de exploitatie van de infrastructuur noodzakelijke onteigeningen, zonder deze

evenwel zelf te kunnen realiseren, volstaat op zich niet om aan te nemen dat Portgás over bevoegdheden beschikte die verder gingen dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels.

31 In deze omstandigheden staat het aan de verwijzende rechter om na te gaan of Portgás ten tijde van de feiten van het hoofdgeding een orgaan was dat belast was met het verlenen, onder toezicht van de overheid, van een dienst van openbaar belang en of zij daartoe over dergelijke verdergaande bevoegdheden beschikte.

32 Gesteld dat Portgás behoorde tot de rechtssubjecten jegens welke een particulier zich overeenkomstig de in punt 24 aangehaalde rechtspraak kan beroepen op de bepalingen van richtlijn 93/38, moet worden onderzocht of de Portugese autoriteiten zich eveneens jegens Portgás op deze bepalingen konden beroepen.

33 In dit verband zij erop gewezen dat, hoewel het Hof heeft geoordeeld dat particulieren zich op de onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige bepalingen van een richtlijn kunnen beroepen jegens een orgaan dat belast is, onder toezicht van de overheid, met een dienst van openbaar belang en daartoe over verdergaande bevoegdheden beschikt (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Foster e.a., punten 18 en 20, en Dominguez, punten 38 en 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak), de context van de onderhavige zaak verschilt van die van genoemde rechtspraak.

34 In de context van de onderhavige zaak zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de verplichting voor een lidstaat om alle maatregelen te nemen die nodig zijn om het door een richtlijn voorgeschreven resultaat te bereiken, een dwingende verplichting is die wordt opgelegd door artikel 288, derde alinea, VWEU en door de richtlijn zelf. Deze verplichting om alle algemene of bijzondere maatregelen te nemen, geldt voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten (zie arrest van 18 december 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Jurispr. blz. I-7411, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak) en voor de organen die zijn belast, onder toezicht van deze autoriteiten, met een dienst van openbaar belang en daartoe over verdergaande bevoegdheden beschikken. Hieruit volgt dat de autoriteiten van de lidstaten moeten kunnen verzekeren dat dergelijke organen de bepalingen van richtlijn 93/38 in acht nemen.

35 Het zou namelijk inconsequent zijn om te oordelen dat de overheidsinstanties en de organen die voldoen aan de in punt 24 van het onderhavige arrest genoemde voorwaarden richtlijn 93/38 moeten toepassen en deze autoriteiten tegelijkertijd de mogelijkheid te ontzeggen om, in voorkomend geval voor de nationale rechterlijke instanties, te verzekeren dat een orgaan dat voldoet aan die voorwaarden deze richtlijn in acht neemt, wanneer dit orgaan ook zelf aan deze richtlijn moet voldoen.

36 Bovendien zouden lidstaten die een richtlijn niet correct in nationaal recht hebben omgezet voordeel kunnen halen uit hun daaruit voortvloeiende schending van het Unierecht, indien niet op initiatief van een overheidsinstantie zou kunnen worden verzekerd dat dergelijke organen de bepalingen van richtlijn 93/38 in acht nemen.

37 Ten slotte zou deze oplossing tot gevolg hebben dat een particuliere concurrent zich op richtlijn 93/38 zou kunnen beroepen jegens een aanbestedende dienst die voldoet aan de in punt 24 van dit arrest genoemde criteria, terwijl de overheidsinstanties de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen niet aan laatstgenoemde zouden kunnen tegenwerpen. Of een dergelijke aanbestedende dienst de bepalingen van deze richtlijn in acht zou moeten nemen, zou aldus afhangen van de aard van de personen of organen die zich jegens hem op richtlijn 93/38 beroepen. In dat geval zou de richtlijn niet langer op eenvormige wijze worden toegepast in de nationale rechtsorde van de betrokken lidstaat.

38 Hieruit volgt dat een particuliere onderneming die bij overheidsmaatregel met het verlenen van een dienst van openbaar belang onder toezicht van de overheid is belast en daartoe over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels, de bepalingen van richtlijn 93/38 in acht moet nemen en dat deze bepalingen haar dan ook kunnen worden tegengeworpen door de autoriteiten van een lidstaat.

39 Gelet op een en ander moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat:

— de artikelen 4, lid 1, 14, lid 1, sub c-i, en 15 van richtlijn 93/38 aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet kunnen worden tegengeworpen aan een particuliere onderneming op de enkele grond dat deze laatste exclusief concessiehouder is van een dienst van openbaar belang die binnen de personele werkingssfeer van deze richtlijn valt, wanneer deze richtlijn nog niet in het nationale recht van de betrokken lidstaat werd omgezet.

— Een dergelijke onderneming die bij overheidsmaatregel is belast met het verlenen, onder toezicht van de overheid, van een dienst van openbaar belang en daartoe over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels, moet de bepalingen van richtlijn 93/38 in acht nemen en deze bepalingen kunnen haar dan ook worden tegengeworpen door de autoriteiten van een lidstaat.

Kosten

40 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

De artikelen 4, lid 1, 14, lid 1, sub c-i, en 15 van richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, zoals gewijzigd bij richtlijn 94/4/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 februari 1998, moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet kunnen worden tegengeworpen aan een particuliere onderneming op de enkele grond dat deze laatste exclusief concessiehouder is van een dienst van openbaar belang die binnen de personele werkingssfeer van deze richtlijn valt, wanneer deze richtlijn nog niet in het nationale recht van de betrokken lidstaat werd omgezet.

Een dergelijke onderneming die bij overheidsmaatregel is belast met het verlenen, onder toezicht van de overheid, van een dienst van openbaar belang en daartoe over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels, moet de bepalingen van richtlijn 93/38, zoals gewijzigd bij richtlijn 94/4, in acht nemen en deze bepalingen kunnen haar dan ook worden tegengeworpen door de autoriteiten van een lidstaat.

ondertekeningen