Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

12 de dezembro de 2013 *

«Processos de adjudicação de contratos públicos nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações — Diretiva 93/38/CEE — Não transposição para o direito interno — Possibilidade de o Estado invocar esta diretiva contra um organismo concessionário de um serviço público na falta de transposição deste ato para o direito interno»

No processo C-425/12,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pelo Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Portugal), por decisão de 26 de junho de 2012, entrado no Tribunal de Justiça em 18 de setembro de 2012, no processo

Portgás — Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA

contra

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

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: T. von Danwitz (relator), presidente de secção, E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby e C. Vajda, juízes,

advogado-geral: N. Wahl,

secretário: M. Ferreira, administradora principal,

vistos os autos e após a audiência de 4 de julho de 2013,

vistas as observações apresentadas:

— em representação da Portgás — Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA, por J. Vieira Peres, advogado,

— em representação do Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território, por M. Ferreira da Costa e M. Pires da Fonseca, na qualidade de agentes,

— em representação da Comissão Europeia, por M. Afonso e A. Tokár, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 18 de setembro de 2013,

profere o presente

* Língua do processo: português.

Acórdão

1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação da Diretiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações (JO L 199, p. 84), conforme alterada pela Diretiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998 (JO L 101, p. 1, a seguir «Diretiva 93/38»).

2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Portgás — Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA (a seguir «Portgás») ao Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (a seguir «Ministério»), a respeito de uma decisão que determinou a recuperação do apoio financeiro que foi concedido à referida sociedade no âmbito do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, uma vez que, quando da aquisição de contadores de gás a outra sociedade, a Portgás não respeitou algumas regras do direito da União aplicáveis em matéria de contratos públicos.

Quadro jurídico

Direito da União

3 O artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 93/38 dispõe:

«A presente diretiva é aplicável às entidades adjudicantes:

a) Que sejam poderes públicos ou empresas públicas e exerçam uma das atividades definidas no n.º 2;

b) Que, no caso de não serem poderes públicos ou empresas públicas, incluam entre as suas atividades uma das atividades mencionadas no n.º 2, ou várias dessas atividades especiais e beneficiem de direitos, ou exclusivos concedidos por uma autoridade competente de um Estado-Membro.»

4 De entre as atividades referidas no artigo 2.º n.º 2, da Diretiva 93/38 consta o fornecimento ou a exploração de redes de prestação de serviços ao público no domínio da produção, do transporte ou da distribuição de gás.

5 Nos termos do artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, desta diretiva:

«1. Para celebrarem os seus contratos de fornecimento, de empreitada e de prestação de serviços ou organizarem os respetivos concursos de conceção, as entidades adjudicantes aplicarão procedimentos que se adaptem às disposições da presente diretiva.

2. As entidades adjudicantes providenciarão para que não haja qualquer discriminação entre fornecedores, empreiteiros ou prestadores de serviços.»

6 O artigo 14.º, n.º 1, alínea c), i), da referida diretiva dispõe que esta se aplica aos contratos adjudicados por entidades adjudicantes que exercem atividades no setor do transporte ou distribuição de gás, quando o valor estimado desses contratos, sem imposto sobre o valor acrescentado, seja igual ou superior a 400 000 euros.

7 Em conformidade com o artigo 15.º da Diretiva 93/38, os contratos de fornecimento e de empreitada, assim como os contratos que tenham por objeto serviços referidos no anexo XVI A desta diretiva, serão adjudicados de acordo com o disposto nos seus títulos III, IV e V.

8 Por força do artigo 45.º, n.º 2, da Diretiva 93/38, a República Portuguesa estava obrigada a adotar as medidas necessárias para dar cumprimento a esta diretiva e aplicá-las o mais tardar em 1 de janeiro de 1998. Quanto às alterações efetuadas à referida diretiva pela Diretiva 98/4, deviam ser transpostas para a ordem jurídica interna portuguesa o mais tardar em 16 de fevereiro de 2000.

Direito português

9 A Diretiva 93/38 foi transposta para o direito português pelo Decreto-Lei n.º 223/2001, de 9 de agosto de 2001 (*Diário da República*, I série-A, n.º 184, de 9 de agosto de 2001, p. 5002). Em conformidade com o seu artigo 53.º, n.º 1, o Decreto-Lei n.º 223/2001 entrou em vigor 120 dias após a data da sua publicação.

Litígio no processo principal e questão prejudicial

10 A Portgás é uma sociedade anónima de direito português com atividade no setor da produção e da distribuição de gás natural.

11 Em 7 de julho de 2001, a Portgás celebrou com a Soporgás — Sociedade Portuguesa de Gás Lda um contrato de fornecimento de contadores de gás. O valor desse contrato era de 532 736,92 euros.

12 Em 21 de dezembro de 2001, a Portgás apresentou um pedido de cofinanciamento comunitário no âmbito do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, pedido esse que foi aprovado. O contrato de atribuição de apoio financeiro que visava abranger as despesas elegíveis do projeto POR/3.2/007/DREN, de que fazia parte a aquisição desses contadores de gás, foi assinado em 11 de outubro de 2002.

13 Em 29 de outubro de 2009, no seguimento de uma auditoria realizada pela Inspeção-Geral das Finanças, o gestor do Programa Operacional Norte determinou a recuperação do apoio financeiro que tinha sido concedido à Portgás no âmbito desse projeto, uma vez que, no que respeita à aquisição dos referidos contadores de gás, a Portgás tinha violado as regras do direito da União relativas à adjudicação dos contratos públicos, pelo que a totalidade das despesas objeto do cofinanciamento público era inelegível.

14 A Portgás intentou uma ação administrativa especial no Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto com vista a obter a anulação da decisão que ordenou essa recuperação. Nesse órgão jurisdicional, esta sociedade alegou que o Estado português não podia exigir-lhe, enquanto empresa privada, o cumprimento das disposições da Diretiva 93/38. Com efeito, segundo a referida sociedade, no momento da conclusão do contrato celebrado com a Soporgás — Sociedade Portuguesa de Gás Lda, as disposições dessa diretiva ainda não tinham sido transpostas para a ordem jurídica portuguesa e, como tal, não podiam produzir efeito direto a seu respeito.

15 O Ministério salientou perante o órgão jurisdicional de reenvio que a Diretiva 93/38 é dirigida não só aos Estados-Membros mas também a todas as entidades adjudicantes, conforme definidas por esta diretiva. Segundo o Ministério, a Portgás, na sua qualidade de concessionário de serviço público exclusivo na zona abrangida pela concessão, estava sujeita às obrigações decorrentes dessa diretiva.

16 Tendo dúvidas quanto à interpretação das disposições do direito da União invocadas no âmbito do litígio no processo principal, o Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva 93/38[…] e o artigo 14.º, n.º 1, alínea c), i), da mesma [d]iretiva […], bem como as restantes disposições [desta diretiva] ou princípios gerais de [d]ireito [c]omunitário aplicáveis, podem ser interpretados no sentido de que criam obrigações para particulares concessionários de serviços públicos[, designadamente, uma entidade abrangida pelo artigo 2.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 93/38], enquanto aquela diretiva não haja sido transposta para o direito interno pelo Estado [p]ortuguês, obrigações [essas] cujo desrespeito poderá ser invocável contra aquela entidade concessionária particular pelo mesmo Estado [p]ortuguês, através de ato imputável a seus [m]inistérios?»

Quanto à questão prejudicial

17 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se os artigos 4.°, n.º 1, 14.°, n.º 1, alínea c), i), e 15.° da Diretiva 93/38 podem ser invocados contra uma empresa privada pelo simples motivo de esta ter a qualidade de concessionário exclusivo de um serviço de interesse público que se insere no âmbito de aplicação pessoal desta diretiva e se, em caso afirmativo, as autoridades do Estado-Membro em questão podem invocar essas disposições, uma vez que a referida diretiva ainda não foi transposta para a ordem jurídica desse Estado-Membro.

18 A título preliminar, há que recordar que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, em todos os casos em que, tendo em conta o seu conteúdo, disposições de uma diretiva sejam incondicionais e suficientemente precisas, os particulares têm o direito de as invocar nos tribunais nacionais contra o Estado, seja quando este não tenha transposto dentro do prazo a diretiva para o direito nacional, seja quando tenha feito uma transposição incorreta (v., designadamente, acórdãos de 19 de janeiro de 1982, Becker, 8/81, Recueil, p. 53, n.º 25, e de 24 de janeiro de 2012, Dominguez, C-282/10, n.º 33 e jurisprudência referida).

19 Quanto aos artigos 4.°, n.º 1, 14.°, n.º 1, alínea c), i), e 15.° da Diretiva 93/38, há que salientar que estas disposições impõem, de forma incondicional e precisa, às entidades adjudicantes que exercem atividades, designadamente, nos setores do transporte ou da distribuição de gás a celebração de contratos de fornecimento, cujo valor estimado sem imposto sobre o valor acrescentado é igual ou superior a 400 000 euros, em conformidade com as disposições dos títulos III, IV e V desta diretiva, e a não discriminação entre fornecedores, empreiteiros ou prestadores de serviços.

20 Daqui decorre que estas disposições da Diretiva 93/38 são incondicionais e suficientemente precisas para serem invocadas perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

21 Nestas circunstâncias, há que determinar se as referidas disposições podem, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, ser invocadas contra uma empresa privada, como a Portgás, na sua qualidade de concessionário exclusivo de serviço público.

22 A este respeito, há que recordar que, por força do artigo 288.º, terceiro parágrafo, TFUE, o caráter vinculativo de uma diretiva em que se baseia a possibilidade de a invocar só existe relativamente ao «Estado-Membro destinatário». Daqui decorre, segundo uma jurisprudência constante, que uma diretiva não pode, por si mesma, criar obrigações para um particular, nem pode, por conseguinte, ser invocada, enquanto tal, contra aquele perante um órgão jurisdicional nacional (acórdãos de 8 de outubro de 1987, Kolpinghuis Nijmegen, 80/86, Colet., p. 3969, n.º 9; de 14 de julho de 1994, Faccini Dori, C-91/92, Colet., p. I-3325, n.º 20; e Dominguez, já referido, n.º 37 e jurisprudência referida).

23 No que diz respeito às entidades contra as quais podem ser invocadas as disposições de uma diretiva, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que essas disposições podem ser invocadas contra um Estado, qualquer que seja a qualidade em que este último age, como empregador ou como autoridade pública. Num e noutro caso, deve evitar-se, com efeito, que o Estado possa tirar proveito da sua inobservância do direito da União (v., neste sentido, acórdãos de 26 de fevereiro de 1986, Marshall, 152/84, Colet., p. 723, n.º 49; de 12 de julho de 1990, Foster e o., C-188/89, Colet., p. I-3313, n.º 17; e Dominguez, já referido, n.º 38).

24 Assim, segundo jurisprudência constante, entre as entidades contra as quais se podem invocar as disposições de uma diretiva suscetíveis de produzir efeitos diretos conta-se um organismo que, seja qual for a sua forma jurídica, tenha sido encarregado, por um ato da autoridade pública, de prestar, sob o controlo desta, um serviço de interesse público e que disponha, para esse efeito, de poderes que ultrapassam os que resultam das regras aplicáveis às relações entre particulares (acórdãos Foster e o., já referido, n.º 20; de 14 de setembro de 2000, Collino e Chiappero, C-343/98, Colet., p. I-6659, n.º 23; de 5 de fevereiro de 2004, Rieser Internationale Transporte, C-157/02, Colet., p. I-1477, n.º 24; de 19 de abril de 2007, Farrell, C-356/05, Colet., p. I-3067, n.º 40; e Dominguez, já referido, n.º 39).

25 Decorre desta jurisprudência que, mesmo que um particular esteja abrangido pelo âmbito de aplicação pessoal de uma diretiva, as disposições desta não podem, enquanto tal, ser invocadas contra o mesmo nos órgãos jurisdicionais nacionais. Assim, conforme salientou o advogado-geral no n.º 41 das suas conclusões, a simples circunstância de uma empresa privada concessionário exclusivo de um serviço público fazer parte das entidades expressamente visadas pelo âmbito de aplicação pessoal da Diretiva 93/38 não tem como consequência que as disposições dessa diretiva possam ser invocadas contra essa empresa.

26 Com efeito, é necessário que o referido serviço de interesse público seja desempenhado sob controlo de uma autoridade pública e que a referida empresa disponha de poderes exorbitantes relativamente às regras aplicáveis nas relações entre particulares (v., neste sentido, acórdão Rieser Internationale Transporte, já referido, n.ºs 25 a 27).

27 Quanto à situação da Portgás, resulta da decisão de reenvio que esta empresa foi encarregada pelo Estado português de, enquanto concessionário exclusivo, realizar um serviço de interesse público, a saber, a exploração da rede de distribuição de gás na região do Norte de Portugal.

28 Ora, as indicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio não permitem ao Tribunal de Justiça determinar se, no momento dos factos em causa no processo principal, este serviço de interesse público era desempenhado sob controlo das autoridades estatais e se a Portgás dispunha de poderes exorbitantes relativamente às regras aplicáveis nas relações entre particulares.

29 A este propósito, há que recordar que, no que respeita à questão de saber se o referido serviço de interesse público era desempenhado sob o controlo das autoridades portuguesas, a Portgás alegou, sem que o Governo português tenha contestado, que o seu capital social não é maioritária ou exclusivamente detido pelo Estado português e que este não pode designar membros dos seus órgãos de gestão e de controlo nem dar instruções quanto à gestão da sua atividade de serviço público. Contudo, dos autos de que o Tribunal de Justiça dispõe não resulta claramente que essas circunstâncias se encontravam reunidas no momento dos factos em causa no processo principal.

30 Quanto à questão de saber se a Portgás dispunha de poderes exorbitantes relativamente às regras aplicáveis nas relações entre particulares, há que salientar que, embora essa empresa beneficiasse, por força do contrato de concessão, de direitos especiais e exclusivos, tal não implica, conforme salientou o advogado-geral no n.º 39 das suas conclusões, que a mesma dispôs desses poderes exorbitantes. A circunstância de a Portgás poder pedir que fossem efetuadas as expropriações necessárias à

implantação e à exploração de infraestruturas, sem contudo poder ela própria proceder a esses atos, não basta, enquanto tal, para que se possa admitir que a Portgás dispôs de poderes exorbitantes relativamente às regras aplicáveis nas relações entre particulares.

31 Nestas condições, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar se, no momento dos factos em causa no processo principal, a Portgás era um organismo encarregado de desempenhar, sob o controlo de uma autoridade pública, um serviço de interesse público, e se a referida empresa dispunha, para tal, de tais poderes exorbitantes.

32 Na hipótese de a Portgás fazer parte das entidades contra quem, por força da jurisprudência referida no n.º 24, podem ser invocadas, por um particular, as disposições da Diretiva 93/38, há que examinar a questão de saber se estas disposições podem ser igualmente invocadas contra a Portgás pelas autoridades portuguesas.

33 A este respeito, há que salientar que, embora o Tribunal de Justiça tenha declarado que as disposições incondicionais e suficientemente precisas de uma diretiva podem ser invocadas pelos particulares contra um organismo encarregado, sob o controlo de uma autoridade pública, de desempenhar um serviço de interesse público e que disponha, para tal, de poderes exorbitantes (v., neste sentido, acórdãos, já referidos, Foster e o., n.ºs 18 e 20, e Dominguez, n.ºs 38, 39 e jurisprudência referida), o presente processo principal situa-se num contexto diferente do desta jurisprudência.

34 No contexto do presente processo, há que recordar que, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a obrigação de um Estado-Membro de adotar todas as medidas necessárias para alcançar o resultado imposto por uma diretiva é uma obrigação coerciva imposta pelo artigo 288.º, terceiro parágrafo, TFUE e pela própria diretiva. Esta obrigação de tomar todas as medidas gerais ou especiais impõe-se a todas as autoridades dos Estados-Membros (v. acórdão de 18 de dezembro de 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Colet., p. I-7411, n.º 40 e jurisprudência referida) e aos organismos que, sob controlo dessas autoridades, foram encarregados de um serviço de interesse público e dispõem, para tal, de poderes exorbitantes. Daqui decorre que as autoridades dos Estados-Membros devem estar em condições de fazer tais organismos respeitar as disposições da Diretiva 93/38.

35 Com efeito, seria contraditório julgar que autoridades estatais e organismos que preenchem os requisitos que constam do n.º 24 do presente acórdão estão obrigados a aplicar a Diretiva 93/38, recusando ao mesmo tempo às ditas autoridades a possibilidade de exigir o respeito, se for caso disso, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, das disposições desta diretiva por parte de um organismo que preenche esses requisitos, uma vez que este também deve respeitar a referida diretiva.

36 Além disso, os Estados-Membros poderiam tirar proveito do seu incumprimento do direito da União ao não transpor corretamente uma diretiva para o direito interno, se o respeito das disposições da Diretiva 93/38 por parte de tais organismos não pudesse ser assegurado por iniciativa de uma autoridade estatal.

37 Por último, esta solução teria como consequência permitir a um concorrente privado invocar as disposições da Diretiva 93/38 contra uma entidade adjudicante que preenche os requisitos que constam do n.º 24 do presente acórdão, ao passo que as autoridades estatais não poderiam opor a esta última as obrigações que decorrem dessa diretiva. Assim, em função da natureza das pessoas ou dos organismos que contra ela invocam a Diretiva 93/38, essa entidade adjudicante seria obrigada, ou não, a respeitar as disposições desta diretiva. Ora, nestas circunstâncias, a referida diretiva deixaria de ser aplicada de forma uniforme na ordem jurídica interna do Estado-Membro em questão.

38 Daqui decorre que uma empresa privada, encarregada por força de um ato de uma autoridade pública de cumprir, sob o controlo desta, um serviço de interesse público e que dispõe, para tal, de poderes exorbitantes relativamente às regras aplicáveis nas relações entre particulares, está obrigada a respeitar as disposições da Diretiva 93/38 e, portanto, estas disposições podem ser invocadas contra a mesma pelas autoridades de um Estado-Membro.

39 Atendendo às considerações precedentes, há que responder à questão submetida da seguinte forma:

— Os artigos 4.°, n.º 1, 14.°, n.º 1, alínea c), i), e 15.° da Diretiva 93/38 devem ser interpretados no sentido de que não podem ser invocados contra uma empresa privada pelo simples motivo de esta ter a qualidade de concessionário exclusivo de um serviço de interesse público que se insere no âmbito de aplicação pessoal desta diretiva, uma vez que a referida diretiva ainda não foi transposta para a ordem jurídica do Estado-Membro em questão.

— Tal empresa, encarregada por força de um ato de uma autoridade pública de cumprir, sob o controlo desta, um serviço de interesse público e que dispõe, para tal, de poderes exorbitantes relativamente às regras aplicáveis nas relações entre particulares, está obrigada a respeitar as disposições da Diretiva 93/38 e, portanto, estas disposições podem ser invocadas contra a mesma pelas autoridades de um Estado-Membro.

Quanto às despesas

40 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quinta Secção) declara:

Os artigos 4.°, n.º 1, 14.°, n.º 1, alínea c), i), e 15.° da Diretiva 93/38/CEE do Conselho, de 14 de junho de 1993, relativa à coordenação dos processos de celebração de contratos nos setores da água, da energia, dos transportes e das telecomunicações, conforme alterada pela Diretiva 98/4/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 1998, devem ser interpretados no sentido de que não podem ser invocados contra uma empresa privada pelo simples motivo de esta ter a qualidade de concessionário exclusivo de um serviço de interesse público que se insere no âmbito de aplicação pessoal desta diretiva, uma vez que a referida diretiva ainda não foi transposta para a ordem jurídica do Estado-Membro em questão.

Tal empresa, encarregada por força de um ato de uma autoridade pública de cumprir, sob o controlo desta, um serviço de interesse público e que dispõe, para tal, de poderes exorbitantes relativamente às regras aplicáveis nas relações entre particulares, está obrigada a respeitar as disposições da Diretiva 93/38, conforme alterada pela Diretiva 98/4, e, portanto, estas disposições podem ser invocadas contra a mesma pelas autoridades de um Estado-Membro.

Assinaturas