Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 12 december 2013*

”Förfarande vid offentlig upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna — Direktiv 93/38/EEG — Underlåtenhet att införliva med nationell rätt — Möjlighet för staten att åberopa detta direktiv gentemot ett organ som innehar koncessionen för en allmännyttig tjänst när direktivet inte har införlivats med nationell rätt”

I mål C-425/12,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Portugal) genom beslut av den 26 juni 2012, som inkom till domstolen den 18 september 2012, i målet

Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA

mot

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

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden T. von Danwitz (referent) samt domarna E. Juhász, A. Rosas, D. Šváby och C. Vajda,

generaladvokat: N. Wahl,

justitiesekreterare: förste handläggaren M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 4 juli 2013,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

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

— Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território, genom M. Ferreira da Costa och M. Pires da Fonseca, båda i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, genom M. Afonso och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 18 september 2013 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

* Rättegångsspråk: portugisiska.

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998 (EGT L 101, s. 1) (nedan kallat direktiv 93/38).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA (nedan kallat Portgás) och Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (ministeriet för jordbruk, hav, miljö och fysisk planering, nedan kallat ministeriet). Målet rör ett beslut om att återkräva det finansiella stöd som nämnda bolag beviljats genom Europeiska regionala utvecklingsfonden, som motiverades med att Portgás vid förvärv av gasmätare från ett annat bolag underlåtit att iaktta unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 Artikel 2.1 i direktiv 93/38 har följande lydelse:

”Detta direktiv gäller upphandlande enheter som

a) är offentliga myndigheter eller offentliga företag och bedriver någon av de verksamheter som är nämnda i punkt 2,

b) ifall de inte är offentliga myndigheter eller offentliga företag, dock bedriver någon av de verksamheter som nämns i punkt 2 eller någon kombination av dessa, och vars verksamhet bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt, beviljad av en behörig myndighet i någon av medlemsstaterna.”

4 Bland de verksamheter som nämns i artikel 2.2 i direktiv 93/93 ingår tillhandahållande och drift av fasta nät i syfte att betjäna allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av gas.

5 I artikel 4.1 och 4.2 i direktivet 93/38 föreskrivs följande:

”1. Vid offentlig upphandling av varor, bygg- och anläggningsarbeten och tjänster eller genom anordnande av formgivningstävling skall den upphandlande enheten använda sig av förfaranden som är anpassade till bestämmelserna i detta direktiv.

2. De upphandlande enheterna skall se till, att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika leverantörer, entreprenörer eller tjänsteproducenter.”

6 I artikel 14.1 c i) i direktiv 93/38 föreskrivs att direktivet ska gälla för kontrakt som tilldelats av de upphandlande enheter som utövar verksamhet inom områdena transport eller distribution av gas, om det uppskattade värdet exklusive mervärdesskatt, av dessa kontrakt uppgår till minst 400 000 euro.

7 Enligt artikel 15 i direktiv 93/38 ska varukontrakt, bygg- och anläggningskontrakt och kontrakt som avser de tjänster som är angivna i bilaga 16 A i direktivet upphandlas i enlighet med bestämmelserna i avdelningarna III, IV och V i direktivet.

8 Enligt artikel 45.2 i direktiv 93/38 var republiken Portugal skyldig att vidta åtgärder för att följa direktivet och tillämpa dessa senast den 1 januari 1998. Vad gäller de ändringar som har gjorts av förevarande direktiv genom direktiv 98/4 skulle dessa vara införlivade med Portugals interna rättsordning senast den 16 februari 2000.

Portugisisk rätt

9 Direktiv 93/38 införlivades med portugisisk rätt genom lagdekret nr 223/2001 av den 9 augusti 2001 (*Diário da República* I, serie A, nr 184 av den 9 augusti 2001, s. 5002). I enlighet med artikel 53.1 i lagdekret nr 223/2001 trädde detta i kraft 120 dagar efter det att det hade offentliggjorts.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

10 Portgás är ett aktiebolag enligt portugisisk rätt med verksamhet inom sektorn för produktion och distribution av naturgas.

11 Den 7 juli 2001 ingick Portgás ett avtal med Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda om leverans av gasmätare. Kontraktets värde uppgick till 532 736,92 euro).

12 Den 21 december 2001 lämnade Portgás in en ansökan om gemenskapsmedfinansiering genom Europeiska regionala utvecklingsfonden, vilken godkändes. Avtalet om tilldelning av finansiellt stöd i syfte att täcka de stödberättigande kostnaderna för projektet POR/3.2/007/DREN, som bland annat omfattade förvärv av dessa gasmätare, undertecknades den 11 oktober 2002.

13 Efter att Inspecção-Geral das Finanças genomfört en revision av projektet beslutade förvaltaren för Programa Operacional Norte (det operativa programmet Nord) den 29 oktober 2009 att återkräva det finansiella stöd som Portgás hade beviljats för projektet. Som motivering angavs att Portgás vad gällde inköpet av nämnda gasmätare hade åsidosatt unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, varför samtliga kostnader för vilka offentlig medfinansiering erhållits ansågs vara icke stödberättigande.

14 Portgás ingav ett överklagande till Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto i syfte att återkravsbeslutet skulle ogiltigförklaras. I nämnda domstol gjorde Portgás gällande att den portugisiska staten inte kan kräva att bolaget, i egenskap av privat företag, ska följa bestämmelserna i direktiv 93/38. Enligt bolaget hade nämligen bestämmelserna i direktivet ännu inte införlivats med den portugisiska rättsordningen vid den tidpunkt då avtalet med Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda ingicks, varför dessa bestämmelser inte kan ha direkt effekt gentemot Portgás.

15 Ministeriet gjorde vid Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto gällande att direktiv 93/38 inte endast riktar sig till medlemsstaterna, utan också till alla upphandlande enheter, såsom dessa definieras i direktivet. Enligt ministeriet omfattades Portgás av skyldigheterna i direktivet, i dess egenskap av koncessionshavare av en allmännyttig tjänst med ensamrätt inom koncessionsområdet i fråga.

16 Eftersom Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto var tveksam till hur de unionsbestämmelser som åberopats i det nationella målet ska tolkas, beslutade den att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Ska artiklarna 4.1 och 14.1 c i) i [direktiv 93/38] samt övriga bestämmelser i [detta direktiv] och tillämpliga allmänna principer i unionsrätten, tolkas så, att de skapar skyldigheter för enskilda innehavare av koncessioner för allmännyttiga tjänster – i synnerhet sådana enheter som avses i artikel 2.1 b i [direktiv 93/38] – trots att den portugisiska staten inte har införlivat detta direktiv med

intern rätt, och att denna medlemsstat kan göra underlåtenheten att uppfylla dessa skyldigheter gällande gentemot den enskilda koncessionsinnehavaren genom en rättsakt från ett av dess ministerier?”

Prövning av tolkningsfrågan

17 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artiklarna 4.1, 14.1 c i och 15 i direktiv 93/38 kan åberopas gentemot ett privat företag enbart på grund av att företaget är koncessionshavare – med ensamrätt – av en allmännyttig tjänst, vilket ingår i den personkrets som omfattas av direktivets tillämpningsområde, och huruvida, om så är fallet, myndigheterna i den aktuella medlemsstaten kan åberopa dessa bestämmelser trots att direktivet inte har införlivats med medlemsstatens interna rättsordning.

18 Domstolen erinrar inledningsvis om att det följer av domstolens fasta praxis att enskilda, i alla de fall då bestämmelserna i ett direktiv med avseende på sitt innehåll framstår som ovillkorliga och tillräckligt precisa, har rätt att åberopa dem inför nationella domstolar gentemot staten, när denna inte har införlivat direktivet med nationell rätt inom fristen eller inte har införlivat direktivet på ett korrekt sätt (se, bland annat, dom av den 19 januari 1982 i mål 8/81, Becker, REG 1982, s. 53, punkt 25, svensk specialutgåva, volym 6, s. 285, och av den 24 januari 2012 i mål C-282/10, Dominguez, punkt 33 och där angiven rättspraxis).

19 Artiklarna 4.1, 14.1 c i och 15 i direktiv 93/38 ålägger upphandlande enheter som utövar verksamhet inom, bland annat, sektorerna för transport eller distribution av gas en ovillkorlig och tillräckligt precis skyldighet, som innebär att upphandling, när det gäller kontrakt vilkas uppskattade värde exklusive mervärdesskatt uppgår till minst 400 000 euro, ska ske i enlighet med de bestämmelser som föreskrivs i avdelningarna III, IV och V i direktiv 93/38, och att de upphandlande enheterna ska tillse att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika leverantörer, entreprenörer eller tjänsteproducenter.

20 Dessa bestämmelser i direktiv 93/38 är således ovillkorliga och tillräckligt precisa för att kunna åberopas inför nationella domstolar.

21 Mot denna bakgrund ska undersökas huruvida nämnda bestämmelser kan åberopas inför nationella domstolar gentemot ett privat företag, såsom Portgás, i dess egenskap av koncessionshavare – med ensamrätt – av en allmännyttig tjänst.

22 Enligt artikel 288 tredje stycket FEUF avser ett direktivs bindande verkan, vilken gör det möjligt att åberopa detta, endast ”varje medlemsstat till vilken det är riktat”. Följaktligen kan ett direktiv enligt fast rättspraxis inte i sig medföra skyldigheter för en enskild och det kan således inte som sådant åberopas gentemot enskilda (se, bland annat, dom av den 8 oktober 1987 i mål 80/86, Kolpinghuis Nijmegen, REG 1987, s. 3969, punkt 9, svensk specialutgåva, volym 9, s. 213, av den 14 juli 1994 i mål C-91/92, Faccini Dori, REG 1994, s. I-3325, punkt 20, svensk specialutgåva, volym 16, s. I-1, och domen i det ovannämnda målet Dominguez, punkt 37 och där angiven rättspraxis).

23 Vad gäller de enheter gentemot vilka bestämmelserna i ett direktiv kan åberopas framgår det av domstolens praxis att dessa bestämmelser kan åberopas gentemot staten oavsett om staten agerar i egenskap av arbetsgivare eller myndighet. I båda fallen är det nämligen angeläget att staten hindras från att dra nytta av sin underlåtenhet att följa unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 februari 1986 i mål C-152/84, Marshall, REG 1986, s. 723, punkt 49, svensk specialutgåva, volym 8, s. 457, av den 12 juli 1990 i mål C-188/89, Foster m.fl., REG 1990, s. I-3313, punkt 17, svensk specialutgåva, volym 10, s. 479, och domen i det ovannämnda målet Dominguez, punkt 38).

24 Bland de enheter gentemot vilka sådana bestämmelser i ett direktiv som kan ha direkt effekt kan åberopas ingår ett organ som, oavsett sin rättsliga form, i enlighet med en av staten antagen rättsakt har fått i uppdrag att under statens tillsyn tillhandahålla en allmännyttig tjänst och som med anledning härav har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållanden mellan enskilda (se, bland annat, domarna i de ovannämnda målen Foster m.fl., punkt 20, av den 14 september 2000 i mål C-343/98, Collino och Chiappero, REG 2000, s. I-6659, punkt 23, av den 5 februari 2004 i mål C-157/02, Rieser Internationale Transporte, REG 2004, s. I-1477, punkt 24, av den 19 april 2007 i mål C-356/05, Farrell, REG 2007, s. I-3067, punkt 40, och domen i det ovannämnda målet Dominguez, punkt 39).

25 Av denna rättspraxis framgår att även om en enskild ingår i den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet för ett direktiv kan bestämmelserna i direktivet i sig inte åberopas gentemot denna inför de nationella domstolarna. Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 41 i sitt förslag till avgörande kan den omständigheten att ett privat företag som är koncessionshavare – med ensamrätt – av en allmännyttig tjänst är en enhet som uttryckligen omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38 inte i sig få till följd att bestämmelserna i direktivet ska kunna åberopas gentemot företaget.

26 Det krävs nämligen att den allmännyttiga tjänsten tillhandahålls under statens tillsyn och att företaget har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållanden mellan enskilda (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Rieser Internationale Transporte, punkterna 25–27).

27 I Portgás fall framgår det att detta företag i egenskap av koncessionshavare med ensamrätt fått i uppdrag av portugisiska staten att tillhandahålla en allmännyttig tjänst, närmare bestämt driften av ett distributionsnät för gas i regionen norra Portugal.

28 Domstolen kan dock inte på grundval av de uppgifter som lämnats av den hänskjutande domstolen avgöra huruvida vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet den allmännyttiga tjänsten tillhandahölls under portugisiska myndigheters tillsyn och huruvida Portgás hade särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållanden mellan enskilda.

29 Domstolen konstaterar härvidlag att vad gäller frågan huruvida den allmännyttiga tjänsten tillhandahölls under portugisiska myndigheters tillsyn har Portgás gjort gällande, utan att portugisiska regeringen har bestritt detta, att portugisiska staten varken innehar samtliga aktier i företaget eller majoriteten av dessa, och att den portugisiska staten varken kan utnämna ledamöter i företagets lednings- och kontrollorgan eller ge instruktioner angående hur företaget bedriver sin allmännyttiga verksamhet. Av de handlingar som domstolen har tillgång till framgår det dock inte tydligt att dessa förhållanden förelåg vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet.

30 Vad gäller frågan huruvida Portgás hade särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållanden mellan enskilda kan det noteras att företaget med stöd av sitt koncessionsavtal förvisso hade särskilda rättigheter och ensamrätt. Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 39 i sitt förslag till avgörande innebär detta emellertid inte att företaget hade sådana särskilda befogenheter. Den omständigheten att Portgás kunde begära genomförandet av expropriationer som var nödvändiga för installation och drift av infrastrukturen, utan att dock självt kunna genomföra dessa expropriationer, är inte i sig tillräckligt för att det ska anses att Portgás hade särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda.

31 Under dessa förhållanden ankommer det på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida Portgás vid tidpunkten för omständigheterna i det nationella målet var ett organ som ålagts att under statens tillsyn tillhandahålla en allmännyttig tjänst, och om företaget därför faktiskt hade sådana särskilda befogenheter.

32 För det fall Portgás är en sådan enhet gentemot vilken en enskild, med stöd av den rättspraxis som redovisats i punkt 24, kan åberopa bestämmelserna i direktiv 93/38 ska det undersökas huruvida dessa bestämmelser även kan åberopas av portugisiska myndigheter gentemot Portgás.

33 Domstolen har förvisso funnit att ovillkorliga och tillräckligt precisa bestämmelser i ett direktiv kan åberopas av enskilda gentemot ett organ som fått i uppdrag att under statens tillsyn tillhandahålla en allmännyttig tjänst och som med anledning härav har särskilda befogenheter (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Foster m.fl., punkterna 18 och 20, och Dominguez, punkterna 38 och 39 och där angiven rättspraxis). Förevarande nationella mål gäller dock en annan situation än den som nämnda rättspraxis berör.

34 I det sammanhang som är aktuellt i förevarande mål bör det erinras om att det följer av domstolens praxis att en medlemsstats skyldighet att vidta alla de åtgärder som är nödvändiga för att uppnå de resultat som föreskrivs i ett direktiv är en tvingande skyldighet enligt såväl artikel 288 tredje stycket FEUF som direktivet. Denna skyldighet att vidta allmänna och särskilda åtgärder åligger alla myndigheter i medlemsstaterna (se dom av den 18 december 1997 i mål C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, REG 1997, s. I-7411, punkt 40 och där angiven rättspraxis). Detsamma gäller de organ som fått i uppdrag att under statens tillsyn tillhandahålla allmännyttiga tjänster och som med anledning härav har särskilda befogenheter. Av detta följer att medlemsstaterna måste kunna säkerställa att bestämmelserna i direktiv 93/38 följs av sådana organ.

35 Det skulle vara inkonsekvent att finna att statliga myndigheter och de organ som uppfyller villkoren som anges i punkt 24 i denna dom är skyldiga att tillämpa direktiv 93/38, samtidigt som dessa myndigheter förvägras möjligheten att göra bestämmelserna i detta direktiv gällande, i förekommande fall inför de nationella domstolarna, gentemot ett organ som uppfyller dessa villkor, trots att även detta organ ska efterfölja detta direktiv.

36 Vidare skulle medlemsstaterna kunna dra nytta av att de åsidosatt unionsrätten genom att inte på ett korrekt sätt införliva ett direktiv med sin nationella rätt om iakttagandet av bestämmelserna i direktiv 93/38 inte kunde säkerställas på initiativ av en statlig myndighet.

37 Slutligen skulle en sådan lösning leda till att en privat konkurrent kunde åberopa bestämmelserna i direktiv 93/38 gentemot en upphandlande enhet som uppfyller kriterierna i punkt 24 i denna dom, samtidigt som de statliga myndigheterna gentemot sistnämnda enhet inte kunde åberopa de skyldigheter som följer av detta direktiv. Frågan huruvida en sådan upphandlande enhet ska iaktta bestämmelserna i direktiv 93/38 skulle därmed avgöras av vilken typ av personer eller organ som åberopar detta direktiv gentemot enheten. Under sådana omständigheter skulle direktivet inte längre tillämpas enhetligt inom den aktuella medlemsstatens interna rättsordning.

38 Ett privat företag som i enlighet med en av staten antagen rättsakt har fått i uppdrag att under statens tillsyn tillhandahålla en allmännyttig tjänst och som med anledning härav har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda är följaktligen skyldigt att iaktta bestämmelserna i direktiv 93/38. Myndigheterna i en medlemsstat kan således åberopa dessa bestämmelser gentemot ett sådant företag.

39 Mot denna bakgrund ska frågan besvaras enligt följande:

— Artiklarna 4.1, 14.1 c i och 15 i direktiv 93/38 ska tolkas så, att de inte kan åberopas mot ett företag enbart på grund av att detta företag är koncessionshavare – med ensamrätt – av en allmännyttig tjänst, vilket ingår i den personkrets som omfattas av direktivets tillämpningsområde, när direktivet ännu inte har införlivats med den aktuella medlemsstatens interna rättsordning.

— Ett sådant företag som i enlighet med en av staten antagen rättsakt har fått i uppdrag att under statens tillsyn tillhandahålla en allmännyttig tjänst och som med anledning härav har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållanden mellan enskilda är skyldigt att iaktta bestämmelserna i direktiv 93/38. Myndigheterna i en medlemsstat får således åberopa dessa bestämmelser gentemot ett sådant företag.

Rättegångskostnader

40 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

Artiklarna 4.1, 14.1 c i och 15 i rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 98/4/EG av den 16 februari 1998 ska tolkas så, att de inte kan åberopas mot ett företag enbart på grund av att detta företag är koncessionshavare – med ensamrätt – av en allmännyttig tjänst, vilket ingår i den personkrets som omfattas av detta direktivs tillämpningsområde, när direktivet ännu inte har införlivats med den aktuella medlemsstatens interna rättsordning.

Ett sådant företag som i enlighet med en av staten antagen rättsakt har fått i uppdrag att under statens tillsyn tillhandahålla en allmännyttig tjänst och som med anledning härav har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållanden mellan enskilda är skyldigt att iaktta bestämmelserna i direktiv 93/38, i dess lydelse enligt direktiv 98/4. Myndigheterna i en medlemsstat får således åberopa dessa bestämmelser gentemot ett sådant företag.

Underskrifter