



## Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ  
Г-Н N. WAHL  
представено на 18 септември 2013 година<sup>1</sup>

**Дело C-425/12**

**Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, SA**  
**срещу**  
**Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território**

(Преюдициално запитване, отправено от Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Португалия))

„Процедури за възлагане на обществени поръчки в областта на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и телекомуникациите — Директива 93/38/ЕИО — Липса на транспониране във вътрешното право — Възможност за държавен орган да се позовава на определени разпоредби на Директива 93/38/ЕИО срещу дружество — концесионер на обществена услуга, което има качеството на възложител“

1. Въпреки че Съдът наскоро отбеляза петдесетата годишнина от емблематичното си решение по дело *van Gend en Loos*<sup>2</sup>, разискванията относно последиците от утвърждаването на непосредственото действие на правото на Съюза съвсем не са приключили. Това важи най-вече що се отнася до обхвата на непосредственото действие на директивите. Доказателство за това е настоящото дело, което предлага на Съда нова възможност да припомни условията за позоваване на директива, която не е транспонирана във вътрешното право.
2. По-точно делото поставя въпроса дали и евентуално при какви условия държавите могат да се позовават срещу дружество — концесионер на обществена услуга, който освен това има качеството на възложител, на известен брой разпоредби на Директива 93/38/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и телекомуникационния сектор<sup>3</sup>, в редакцията след изменението с Директива 98/4/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16 февруари 1998 година<sup>4</sup>, при липса на транспониране във вътрешното право на този акт в рамките на съответния срок.

1 — Език на оригиналния текст: френски.

2 — Решение от 5 февруари 1963 г., 26/62, Recueil, стр. 1.

3 — ОВ L 199, стр. 84.

4 — ОВ L 101, стр. 1.

## I – Правна уредба

### A – Право на Съюза

3. Член 2, параграф 1 от Директива 93/38 гласи:

„Настоящата директива се прилага спрямо възложителите, които:

- a) са публичноправни органи или публични предприятия и извършват една от дейностите, посочени в параграф 2;
- b) когато не са публичноправни органи или публични предприятия, извършват като една от своите дейности някоя от дейностите, посочени в параграф 2, или няколко от тези дейности, и се ползват от специални или изключителни права, предоставени им от компетентен орган на държава членка“. [неофициален превод]

4. Сред дейностите, посочени в член 2, параграф 2 от Директива 93/38, фигурират предоставянето или експлоатацията на фиксирани мрежи за обществени услуги във връзка с производството, преноса или разпределението на газ.

5. Член 4, параграфи 1 и 2 от посочената директива гласи следното:

„1. При възлагането на поръчки за доставка, строителство или услуги или при организирането на конкурси за проект възложителите прилагат процедури, които са съобразени с разпоредбите на настоящата директива.

2. Възложителите следят да не се допуска дискриминация между доставчици, предприемачи и изпълнители на услуги“. [неофициален превод]

6. Съгласно член 14, параграф 1, буква в), подточка i) от посочената директива тя се прилага за възложените поръчки от възложителите, които извършват дейности в областта на транспорта или разпределението на газ, когато прогнозната стойност на тези поръчки без данък върху добавената стойност (наричан по-нататък „ДДС“) е не по-малко от 400 000 EUR.

7. По силата на член 45, параграф 2 от Директива 93/38 Португалската република е била длъжна да вземе необходимите мерки, за да се съобрази с посочената директива и да ги приложи най-късно до 1 януари 1998 г. Що се отнася до измененията на тази директива, въведени с Директива 98/4, по силата на член 2, параграф 2 от последната, те е трябвало да бъдат транспонирани в португалския вътрешен правен ред най-късно до 16 февруари 2000 г.

### Б – Португалското право

8. Декрет-закон № 223/2001 от 9 август 2001 г.<sup>5</sup> транспонира Директива 93/38 в португалския правен ред. Съгласно член 53, параграф 1 от Декрет-закон № 223/2001 той влиза в сила 120 дни след датата на публикуването му.

<sup>5</sup> — *Diário da República I*, серия А, № 184 от 9 август 2001 г., стр. 5002.

## II – Спорът по главното производство, преюдициалният въпрос и производството пред Съда

9. Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, SA (наричано по-нататък „Portgás“) е акционерно дружество по португалското право, което упражнява дейността си в сектора на производството и разпределението на природен газ<sup>6</sup>.

10. На 7 юли 2001 г. Portgás сключва договор за доставка на газомери с дружество Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda. Стойността на тази обществена поръчка е 437 053,20 EUR без ДДС (или 532 736,92 EUR).

11. На 21 декември 2001 г. Portgás подава заявление за съфинансиране от Общността в рамките на Европейския фонд за регионално развитие, което е одобрено. Договорът за отпускане на финансова помощ, чиято цел е да се покрийт допустимите разходи по проект POR/3.2/007/DREN, който включва закупуването на газомерите, е подписан на 11 октомври 2002 г.

12. На 29 октомври 2009 г. след одит на проекта, извършен от служители на Генералната финансова инспекция, управляващият орган на Programa Operacional Norte (Оперативна програма „Север“) разпорежда да се върне финансовата помощ, предоставена на Portgás в рамките на проект POR/3.2/007/DREN, тъй като посоченото дружество не е спазило правилата на правото на Съюза относно възлагането на обществени поръчки, като всички разходи, обект на публично съфинансиране, трябва да се считат за недопустими.

13. Portgás предявява специална административна жалба пред Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto [Административен и данъчен съд, Порто] с искане за обявяване на нищожност или отмяна на това решение, поради това че португалската държава не може да изисква от него, в качеството му на частно предприятие, да се съобразява с разпоредбите на Директива 93/38. Тъй като посочената директива все още не е транспонирана в португалския правен ред към момента на настъпване на спорните факти, тези разпоредби не можело да породят преки последици за него.

14. Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (Министерството на земеделието, морето, околната среда и териториалното планиране, наричано по-нататък „министерството“), ответник в главното производство, от своя страна посочва пред запитващата юрисдикция, че Директива 93/38 е адресирана не само до държавите членки, но и до всички възложители, както са определени в посочената директива. Според министерството, в качеството му на концесионер на обществена услуга, ползващ се от изключителен режим в района на концесията, Portgás е обвързано от задълженията по посочената директива.

15. Тъй като има съмнения по отношение на тълкуването на разпоредбите на правото на Съюза, посочени в спора в главното производство, на 26 юни 2012 г. Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto решава да спре производството и да постави на Съда следния преюдициален въпрос:

„Може ли член 4, параграф 1 и член 14, параграф 1, буква в), подточка i) от [Директива 93/38], в редакцията след изменението с Директива 98/4 [...], както и останалите разпоредби от посочените директиви или приложимите общи принципи на общностното право да се тълкуват в смисъл, че създават задължения за частноправните субекти — концесионери на обществени услуги (по-специално за образуване по член 2, параграф 1, буква б) от Директива 93/38), при

6 — Според информацията, предоставена от жалбоподателя в главното производство, мажоритарният дял в дружеството от учредяването му принадлежи на частни акционери.

положение че посочената директива не е транспонирана в националното право от португалската държава, както и в смисъл, че неизпълнението на тези задължения може да бъде изтъкнато срещу това образувание концесионер от самата португалска държава в акт, който следва да се счита за изходящ от едно от нейните министерства?<sup>7</sup>“.

16. Жалбоподателят в главното производство, португалското правителство и Европейската комисия представят писмени становища пред Съда.

17. На страните са изпратени писмени въпроси и искане за съгласуване на устните изказвания. Съдебното заседание за изслушване на устните състезания е проведено на 4 юли 2013 г.

### III – Анализ

18. Припомням, че в основата на настоящото преюдициално запитване стои правен спор между Portgás и министерството по повод решение за връщане на финансовата помощ, предоставена на посоченото дружество в рамките на Европейския фонд за регионално развитие, поради това че при закупуването на газомери от друго дружество Portgás не е спазило някои правила от правото на Съюза, приложими в областта на възлагането на обществени поръчки.

19. Portgás оспорва посоченото решение, като подчертава, че с оглед на качеството му на частно предприятие разпоредбите на Директива 93/38, която все още не е транспонирана във вътрешното право към момента на настъпване на фактите, не могат да породят преки вертикални последици за него. Тъй като счита, че адресати на Директива 93/38 са не само държавите членки, а всички възложители по смисъла на член 2, параграф 1, буква б) от посочената директива, от своя страна министерството поддържа, че тя поражда задължения за всички образувания, посочени в тази разпоредба, по-специално тези, които се ползват от изключителни права, предоставени от държава членка. Точно такъв е случаят на дружеството жалбоподател в качеството му на концесионер на обществена услуга.

20. По същество Съдът е сезиран с въпроса дали и при какви условия разпоредбите на Директива 93/38 могат да се изтъкват срещу концесионер на обществена услуга в качеството му на възложител, при условие че тази директива не е транспонирана във вътрешното право.

21. Независимо че от установената съдебна практика е видно, че въпросът за позоваване на директива срещу образувание в качеството му на концесионер на обществена услуга съвсем не се поставя за първи път, настоящото дело съдържа особеност, тъй като това позоваване се изисква от държавен орган.

22. Веднага трябва да отбележа, че изобщо не се разисква въпросът дали разпоредбите на директивата, чието прилагане се иска, а именно член 4, параграф 1 и член 14, параграф 1, буква в), подточка i) от Директива 93/38, отговарят на „техническите“ условия за точност, яснота и безусловност, за да може да се извършва позоваване на тях срещу държавата<sup>7</sup>.

23. Впрочем според мен изобщо не може да се подлага под съмнение, че тези разпоредби отговарят на необходимите критерии. Всъщност, що се отнася до обществените поръчки за доставка и услуги, чиято прогнозна стойност без ДДС е не по-малко от 400 000 EUR, тези разпоредби предвиждат по-специално в тежест на възложителите, които извършват дейности в областта на транспорта или разпределението на газ, точно и безусловно задължение, според

<sup>7</sup> — Според установената съдебна практика във всички случаи, когато разпоредбите на дадена директива се явяват безусловни и достатъчно точни по съдържанието си, частноправните субекти имат основание да се позоват на тях пред националните юрисдикции срещу държавата, когато тя не е транспонирала в срок тази директива в националния правен ред или когато я е транспонирала неточно (вж. по-специално Решение от 19 януари 1982 г. по дело Becker (8/81, Recueil, стр. 53, точка 25) и Решение от 24 януари 2012 г. по дело Dominguez (C-282/10, точка 33 и цитираната съдебна практика).

което възлагането на посочените поръчки трябва да е съобразено с разпоредбите и процедурите, предвидени в Директива 93/38, и да се извършва без дискриминация между доставчици, предприемачи и изпълнители на услуги. Никаква по-специална мярка за прилагане не изглежда необходима, за да се осигури спазването на тези изисквания. Според мен тази преценка намира стабилна подкрепа в съдебната практика, свързана със сходни разпоредби в областта на възлагането на обществени поръчки<sup>8</sup>.

24. За сметка на това се обсъжда въпросът дали на Portgás могат да му бъдат противопоставени посочените разпоредби единствено в качеството му на концесионер на обществена услуга с качество на възложител по смисъла на член 2, параграф 1 от Директива 93/38. Също така се поставя въпросът дали може, независимо от възможността Portgás да се счита за проявление на държавата по смисъла на съдебната практика, държавен орган да изисква прилагането на някои разпоредби на тази директива.

25. Ето защо в случая считам, че за да се отговори на зададения въпрос, на първо време следва да се определи дали на Portgás могат да му бъдат противопоставени разпоредбите на Директива 93/38 единствено в качеството му на концесионер на обществена услуга и при утвърдителен отговор да се постави въпросът дали административните органи на държава членка могат да изискат прилагане срещу него на разпоредби на посочената директива, които към датата на настъпване на спорните факти не са били транспонирани в правния ред.

26. С други думи, след разрешаване на въпроса *по отношение на кого* може да се извършва позоваване на нетранспонирани или неправилно транспонирани разпоредби на директива, е необходимо да се определи *кой* може да се позовава на посочените разпоредби и евентуално — *в какво качество*.

*А— Относно възможността за позоваване на разпоредбите на Директива 93/38 срещу Portgás единствено в качеството му на концесионер на обществена услуга и на възложител по смисъла на член 2 от същата директива*

27. В конкретния случай се противопоставят две концепции.

28. От една страна, жалбоподателят в главното производство по същество изтъква, че тъй като Директива 93/38 все още не е транспонирана във вътрешното право към датата на сключване на разглеждания договор за доставка, португалските административни органи не могат да се позовават срещу него на разпоредби на посочената директива. Той припомня, че съгласно постоянната съдебна практика нетранспонирани директиви не могат да пораждат задължения за частноправните субекти. Така че той е именно в качеството си на частноправен субект, независимо от това че притежава качеството на концесионер на обществена услуга. В това отношение той подчертава, че не разполага с изключителни правомощия.

29. От друга страна, португалското правителство и Комисията поддържат по същество, че Portgás, в качеството му на концесионер на обществена услуга, ползващ се от изключителен режим и на възложител по смисъла на член 2, параграф 1, буква б) от Директива 93/38, е било длъжно да се съобразява с разпоредбите на посочената директива, дори този акт все още да не е бил транспониран във вътрешното право към датата на сключване на спорния договор за доставка.

<sup>8</sup> — Вж. по-специално Решение от 20 септември 1988 г. по дело Beentjes (31/87, Recueil, стр. 4635, точки 40—44), Решение от 22 юни 1989 г. по дело Costanzo (103/88, Recueil, стр. 1839, точки 29—31), Решение от 24 септември 1998 г. по дело Tögel (C?76/97, Recueil, стр. I?5357, точки 42—47), Решение от 4 март 1999 г. по дело HI (C?258/97, Recueil, стр. I?1405, точки 34—39), Решение от 16 септември 1999 г. по дело Fracasso и Leitschutz (C?27/98, Recueil, стр. I?5697, точки 36 и 37) и Решение от 18 октомври 2001 г. по дело SIAC Construction (C?19/00, Recueil, стр. I?7725, точки 35—45).



30. Според мен е важно да припомня, че признаването на непосредственото действие на директивите в крайна сметка почива на две допълващи се цели: необходимостта от ефективно гарантиране на правата, които частноправните субекти могат да извлекат от тези актове, както и желанието за санкциониране на националните органи, които не са се съобразили със задължителното действие и не са осигурили ефективното прилагане на тези актове<sup>9</sup>.

31. Разглеждан от този ъгъл и както Съдът постоянно припомня, задължителният характер на директива, на която се основава възможността за позоваване на нея пред национална юрисдикция, съществува единствено по отношение на „всяка държава членка адресат“. От това следва, че директивите не могат сами по себе си да породят задължения за частноправните субекти и следователно не е възможно позоваване на самата директива срещу частноправен субект<sup>10</sup>. Национален орган не може да се позовава срещу частноправен субект на разпоредба от директива, чието необходимо транспониране в националното право все още не е извършено<sup>11</sup>.

32. С други думи, независимо от съмненията, които основателно могат да се породят в това отношение<sup>12</sup>, непосредственото действие на директивите може да бъде единствено от „вертикално“ и „възходящо“ естество, в смисъл че може да играе роля единствено по повод иск или жалба на частноправен субект срещу държавен орган. Това правило има за последица, че задължението за националния съд да тълкува правилата на националното право в съответствие с разпоредбите на директива се ограничава, когато подобно тълкуване води до това на частноправен субект да се противопостави задължение, предвидено в нетранспонирана директива<sup>13</sup>.

33. Това ограничение обаче се компенсира от факта, че образуванията, на които могат да се противопоставят безусловни и достатъчно точни разпоредби от европейска директива, имат много форми и качества. Също така е установено, че понятието за „държава членка“, срещу която може да се извършва позоваване на разпоредби на директива, е създадено по едновременно функционален и разширителен начин.

34. То включва най-напред всички органи на публичната администрация, включително децентрализираните органи<sup>14</sup>. Освен това, когато правните субекти имат възможност да се позоват на директива срещу държавата, те могат да направят това, независимо дали последната действа в качеството на работодател или на орган на публична власт. Всъщност и в двата случая следва да се предотврати възможността държавата да извлече предимство от това, че не спазва правото на Съюза<sup>15</sup>.

35. Това понятие обхваща по-общо всички публичноправни или частноправни субекти, поддържащи специални връзки с държавата, а именно, като използвам формулировката, съдържаща се в Решение по дело Foster и др.<sup>16</sup>, и многократно повтаряна оттогава<sup>17</sup>, организации и предприятия, на които, независимо от правната им форма, е възложено

9 — Вж. по-специално Решение от 26 февруари 1986 г. по дело Marshall (152/84, Recueil, стр. 723, точка 47).

10 — Решение по дело Marshall, посочено по-горе (точка 48), Решение от 8 октомври 1987 г. по дело Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Recueil, стр. 3969, точка 9) и Решение от 26 септември 1996 г. по дело Arcaro (C-168/95, Recueil, стр. I-4705, точка 36).

11 — Вж. по-специално Решение по дело Kolpinghuis Nijmegen, посочено по-горе (точка 10).

12 — Тук не е възможно да се обхванат многобройните коментари от съдебната практика и научните трудове, посветени на условията за позоваване на директивите, по-специално в хоризонталните спорове. В това отношение ще посоча само препратките на генералния адвокат Cruz Villalón в точка 75 (бележка под линия 32), направени в едно от скорошните му заключения по висящото пред Съда дело Association de médiation sociale (C-176/12).

13 — Вж. по-специално Решение по дело Arcaro, посочено по-горе (точка 42).

14 — Вж. по-специално Решение по дело Costanzo, посочено по-горе (точка 32).

15 — Вж. по-специално Решение по дело Marshall, посочено по-горе (точка 49).

16 — Решение от 12 юли 1990 г. по дело Foster и др. (C-188/89, Recueil, стр. I-3313, точка 20).

17 — Решение от 14 септември 2000 г. по дело Collino и Chiappero (C-343/98, Recueil, стр. I-6659, точка 23), Решение от 5 февруари 2004 г. по дело Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Recueil, стр. I-1477, точка 24), Решение от 19 април 2007 г. по дело Farrell (C-356/05, Сборник, стр. I-3067, точка 40) и Решение по дело Dominguez, посочено по-горе (точка 39).

предоставянето на услуга в обществен интерес по силата на акт на публичен орган и под неговия надзор и които поради тази причина разполагат с изключителни правомощия в сравнение с тези, които произтичат от правните норми, приложими към отношенията между частноправни субекти.

36. Съдът приема, че на частноправно юридическо лице могат да се противопоставят разпоредби на директива, които е възможно да имат непосредствено действие, когато държавата е предоставила на това юридическо лице специална задача и когато извършва пряк или непряк надзор върху това юридическо лице<sup>18</sup>.

37. За сметка на това според мен от съдебната практика не произтича, че сам по себе си фактът, че дадено образувание разполага с качество на възложител по смисъла на европейската правна уредба, означава, че то може да се счита за част от държавата.

38. Независимо че според практиката на Съда разпоредбите на директива могат да произведат непосредствено действие по отношение на организация, на която е възложено да извършва под надзора на държавата услуга в обществен интерес, също така е необходимо това образувание да разполага с изключителни правомощия в сравнение с тези, които произтичат от правните норми, приложими към отношенията между частноправни субекти.

39. Независимо че, както посочва Комисията, според член 2, параграф 1, буква б) от Директива 93/38 качеството на възложител се признава само за частноправни образувания, които „се ползват от специални или изключителни права, предоставени им от компетентен орган на държава членка“, това качество не означава непременно, че посочените образувания се ползват от „изключителни правомощия“ по смисъла на съдебната практика по дело Foster и др., посочено по-горе, допълнена по-специално с Решение по дело Collino и Chiappero<sup>19</sup>, както с и Решение по дело Rieser Internationale Transporte<sup>20</sup>, посочени по-горе.

40. Освен това съвсем не съм убеден, че трябва да се разширява позоваването на директиви на основание на непосредственото действие срещу подобно образувание.

41. Най-напред трябва да се подчертае, че в общ план фактът, че образувание попада в приложното поле спрямо лицата на дадена директива, не е определящ елемент, за да му се противопоставят нетранспонирани разпоредби на посочената директива<sup>21</sup>, тъй като е по-важно, че по силата на член 288, трета алинея ДФЕС само държавите са адресати на тази директива. рамките Поради това, въпреки че Portgás е част от образуванията, изрично посочени в рамките на приложното поле на спорната директива, в качеството му на дружество концесионер на обществена услуга, възложена му изключително от държавата, е трудно да се поддържа, че е било длъжно да се съобразява с разпоредбите на Директива 93/38 преди влизането в сила на законодателния акт за транспониране.

18 — Вж. Решение по дело Rieser Internationale Transporte, посочено по-горе (точка 29).

19 — Вж. Решение по дело Collino и Chiappero, посочено по-горе (точка 23).

20 — Вж. точки 25—27 от Решението. За да направи заключението, че на Asfinag могат да се противопоставят разпоредбите на директива, която може да има непосредствено действие, преди това Съдът установява, че този орган, освен че е натоварен с услуга от общ интерес по силата на акт на публичен орган под надзора на последния, разполага с изключителни правомощия.

21 — Вж. по-специално Решение от 14 юли 1994 г. по дело Faccini Dori (C-91/92, Recueil, стр. I-3325), що се отнася до Директива 85/577/ЕИО от 20 декември 1985 година относно защита на потребителите във връзка с договорите, сключени извън търговския обект (ОВ L 372, стр. 31; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 1, стр. 188), и Решение от 12 декември 1996 г. по дело X (C-74/95 и C-129/95, Recueil, стр. I-6609), що се отнася до лицата, попадащи в приложното поле на Директива 90/270/ЕИО на Съвета от 29 май 1990 година относно минималните изисквания за безопасни и здравословни условия на труд при работа с екранно оборудване (пета специална директива по смисъла на член 16, параграф 1 от Директива 87/391/ЕИО) (ОВ L 156, стр. 14; Специално издание на български език, 2007 г., глава 5, том 2, стр. 130).

42. След това, въпреки близостта, която основателно може да се установи, понятието „възложител“ няма същия обхват като понятието „държава“ във функционален смисъл, срещу която частноправният субект може да се позовава на непосредственото действие на директива<sup>22</sup>.

43. Също така обстоятелството, че на частно предприятие е възложено в качеството на концесионер, ползващ се от изключителен режим, да изпълни услуга в обществен интерес, не е достатъчно, за да може да му се противопоставят разпоредби на нетранспонирана във вътрешния ред директива. Трябва да е установено, че посоченото предприятие разполага с изключителни правомощия и е под надзора на публичните органи<sup>23</sup>.

44. В делото по главното производство от представените на Съда доказателства на пръв поглед е видно<sup>24</sup>, че връзката между Portgás и португалските държавни органи не е толкова тясна, колкото тази в спора, по който е постановено Решение по дело Foster и др., посочено по-горе, свързваща разглежданото образувание и британските власти. Според мен правомощията за надзор, които португалските власти притежават по отношение на Portgás, са много по-ограничени<sup>25</sup>.

45. При все това, тъй като запитващата юрисдикция не е предоставила достатъчно информация по отношение на Portgás, за да се определи дали посоченото предприятие към момента на настъпване на спорните факти разполага с изключителни правомощия и е под надзора на публичните органи, съгласно правилото, установено в Решение по дело Foster и др.<sup>26</sup>, и според подхода, традиционно възприет от Съда при подобни дела<sup>27</sup>, тази юрисдикция трябва да проучи дали тези условия са изпълнени по отношение на положението на Portgás към момента на настъпване на спорните факти.

46. При липса на доказателства, че Portgás трябва да бъде отъждествено с държавата, позоваването на директивата трябва да се изключи, тъй като, както е видно от посочената по-горе постоянна практика на Съда, не може да поражда задължение за частноправните субекти и срещу него не могат да се противопоставят разпоредбите на нетранспонирана директива.

47. Взимането на друго решение по въпроса би означавало да се предостави низходящо непосредствено действие на разпоредбите на Директива 93/38 и освен това да се позволи на държавата, създадена като единна структура, да се позове на невъзможността да извършва надзор по отношение на частноправните субекти.

22 — Както споменава генералният адвокат Alber в заключението си по случая, по който е постановено Решение по дело Rieser Internationale Transporte, посочено по-горе (точка 35) „[т]ерминът „възложител“ не трябва непременно да има същото значение като термина „държава“ във функционален смисъл, срещу която частноправен субект може да се позовава на непосредственото действие на дадена директива“.

23 — Както подчертава генералният адвокат Van Gerven в заключението си по дело Foster и др., посочено по-горе (точка 22), предприятие, по отношение на което може да се извърши позоваване на безусловна и достатъчно точна разпоредба, е предприятие, по отношение на което държавата „носи отговорност, която ѝ позволява да оказва решаващо влияние и по всякакъв начин (освен чрез упражняване на обща законодателна компетентност) да въздейства върху поведението на това лице или тази организация по отношение на областта, в която съответната разпоредба на директивата налага задължение, което държавата не е транспонирала в националното си право“.

24 — Тези доказателства са по-специално декретът-закон № 33/91 (*Diário da República* I, серия А, № 13 от 16 януари 1991 г., стр. 235) и договорот за концесия за разпределение на газ, сключен между Portgás и португалската държава през декември 1993 г.

25 — В този смисъл изглежда, че държавата не разполага с правомощия да назначава управители на дружеството, възможност да отправя общи указания и в някои случаи — задължителни инструкции по различни въпроси, нито правомощия да определя предназначението на определени средства, което може да окаже натиск върху ръководството на съответното предприятие.

26 — Както е видно от точка 15 от Решение по дело Foster и др., посочено по-горе, независимо че в рамките на преюдициално запитване Съдът е компетентен да определя категориите правни субекти, срещу които може да се извършва позоваване на разпоредбите на директива, за сметка на това националните юрисдикции са тези, които трябва да решат дали дадена страна по разглеждания спор принадлежи към така определените категории.

27 — Вж. по-специално Решение по дело Collino и Chiappero (точка 24), Решение по дело Farrell (точка 41), както и Решение по дело Dominguez (точка 40), посочени по-горе.



48. За сметка на това, в случай че Portgás трябва да се приравни с дружество, разполагащо с правомощия на публична власт, и оттук — като влизащо в обхвата на функционалното понятие за държава или като нейно проявление, посочено по-горе, също така е необходимо да се определи дали посоченото в случая министерство може да се позовава на приложението на нетранспонирана директива.

Б – *Относно въпроса дали на разпоредбите на спорната директива може да се позовава държавен орган срещу образуване, определено като „проявление на държавата“*

49. Както вече посочих по-горе, според мен няма никакво съмнение, че на разпоредбите на директивите не може да се извършва позоваване на основание на непосредственото действие срещу частноправни субекти, тъй като директивите пораждаат задължения само за държавите членки адресати.

50. След това уточнение остава един въпрос. Трябва ли при всички случаи да се изключи възможността държава да се позовава на разпоредбите на нетранспонирана директива или това ограничение засяга само случая, при който позоваването на разпоредбите на нетранспонираната директива се изисква срещу частноправен субект? В конкретния случай, при условие че трябва да се приеме, че Portgás следва да се отъждестви с „проявление на държавата“, срещу което могат да се противопоставят разпоредбите на директивата, трябва ли обаче да се изключи възможността министерството да се позовава на посочената директива?

51. Смятам, че на този въпрос следва да се даде отрицателен отговор.

52. При все това, по причини, които ще изложа по-нататък, в подобна хипотеза възможността за държавен орган да се позовава срещу друга структура на държавата за неспазване на разпоредбите на директива, според мен е част от проблематика, различна от традиционните разисквания относно вертикалното непосредствено действие — и a fortiori хоризонтално — на директивите, а произтича от задължението за всички държавни органи да се съобразяват с разпоредбите на директивите (член 288, трета алинея ДФЕС), както и да сътрудничат по лоялен начин и да гарантират цялостното изпълнение на задълженията, произтичащи от Договорите или от актовете на институциите (член 4, параграф 3 ДЕС).

53. На първо място, според мен проблематиката няма пряка връзка със съдебната практика относно силата на непосредственото действие, което трябва да се признае на разпоредбите на директивите.

54. Всъщност от установеното в съдебната практика и от тълкуването, което впрочем е дадено в доктрината, произтича, че „двата полюса на вертикалното отношение, характерно за непосредственото действие на директивите“<sup>28</sup> се състоят, както споменах по-горе, в наличието, от една страна, на „държава членка“ или на някоя от нейните структури или проявления, срещу която може да се извършва позоваване на разпоредбите на нетранспонирана или неправилно транспонирана директива, и от друга страна, на „частноправен субект“, който единствен може да се позовава на подобни разпоредби след изтичане на срока за транспониране<sup>29</sup>.

28 — Вж. *Simon D.*, La directive européenne, Dalloz, 1997, p. 73.

29 — Ако се възпроизведе оригиналната формулировка, използвана от съда на Съюза, утвърждаването на непосредственото действие почива на „бдителността на заинтересованите частноправни субекти във връзка със защитата на техните права“ (вж. Решение по дело *Van Gend en Loos*, посочено по-горе, стр. 25).

55. Макар и да е вярно, че Съдът е признал, че публичните структури, които a priori могат да се отъждествяват със структури на държавата, евентуално могат да се позовават на точни и безусловни разпоредби на нетранспонирана директива на основание на непосредственото действие на директивите, посочените публични структури или образувания трябва по-точно да се считат за частноправни субекти по отношение на разглежданата директива. По същия начин, в спора, по който е постановено Решение по дело *Comune di Carpaneto Piacentino* и др., Съдът подчертава, че „[п]убличноправните органи, които в този контекст трябва да се отъждествяват с частноправни субекти, следователно трябва да се позовават на правилото за освобождаване за дейностите, които извършват в качеството на публични органи, които не са включени в приложение D към директивата“<sup>30</sup>.

56. На второ място, според мен е важно да се уточни, че доводът, който се основава на принципа на „estoppel“ или на правилото „*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*“ не намира същия отзвук в конфигурацията, в която държавно образувание се позовава на разпоредбите на директива срещу друго държавно образувание или друга структура на държавата. Макар че този довод има смисъл, когато държавата желае да противопостави на частноправни субекти неизпълнението на задълженията, съдържащи се в европейска директива, тъй като цели да се избегне държавата да извлече някакво предимство от задължението си за транспониране, същото не важи в случай, в който спорът противопоставя две структури на държавата.

57. Така че по отношение на обстоятелствата по спора в главното производство, ако се приеме, че *Portgás* трябва да се отъждестви с проявление на държавата по смисъла на съдебната практика по дело *Foster* и др., посочено по-горе, в крайна сметка ще се изправим пред два пропуски: от една страна, държавата не е изпълнила задължението си, посочено в член 288 ДФЕС, да транспонира Директива 93/38, но от друга страна, към *Portgás* е отправен упрек, че в качеството на възложител не е спазило разпоредбите на посочената директива.

58. В подобна конфигурация смятам, че тази проблематика няма връзка с каквито и да било разисквания относно обхвата и силата на непосредственото действие, което трябва да се признае на точните и безусловни разпоредби на директивите, а влиза в рамките на задълженията, които се налагат на държавните органи по силата на задължението им за лоялно сътрудничество и за гарантиране на цялостното изпълнение на задълженията, произтичащи от правото на Съюза.

59. Според мен в това отношение е важно да се подчертае, че независимо че първото задължение на държавите членки във връзка с прилагане на директивите безспорно се състои в привеждането в съответствие на националното право с директивите чрез приемане в съответните срокове на мерки за транспониране, които съответстват както на текста, така и на преследваните цели, то не се изчерпва с това. Задължителното действие, което е признато на директивите, предполага, че извън самото задължение за транспониране всички органи и структури на държавата следва да гарантират ефективното прилагане на тези актове.

60. По силата на принципа за лоялно сътрудничество държавите членки предприемат всички общи или специални мерки за гарантиране на изпълнението на техните задължения съгласно правото на Съюза. Както Съдът пояснява, задължението за държавите членки, произтичащо от директива, за постигане на резултата, предвиден в нея, както и задължението им по силата на Договорите да предприемат всички общи или специални мерки за гарантиране на изпълнението на това задължение, тежи върху всички органи на държавите членки<sup>31</sup>.

30 — Решение от 17 октомври 1989 г. по дело *Comune di Carpaneto Piacentino* и др. (231/87 и 129/88, Recueil, стр. 3233, точка 31).

31 — Вж. по-специално Решение от 10 април 1984 г. по дело *von Colson* и *Kamann* (14/83, Recueil, стр. 1891) и Решение по дело *Kolpinghuis Nijmegen*, посочено по-горе (точка 12).

61. Така че Съдът смята, че освен централните държавни органи децентрализираните органи, независимо от степента им на автономност, както и съдебните органи, са подчинени на задължението за предприемане на всички мерки за гарантиране на изпълнението на директивите.

62. Според мен не трябва да се ограничава налагането на това задължение за изпълнение само до тези органи и трябва, за да се осигури съгласуваност, то да се разшири до всички органи и образувания, които отговарят на условията за определяне като проявления на държавата според функционалния смисъл на термина, като рамките на това определение бяха уточнени в Решение по дело Foster и др., посочено по-горе.

63. Така че по отношение на разглеждания случай, ако се приеме, че образуване като Portgás, а именно концесионер на обществена услуга, който освен това е и възложител, може да се отъждестви с държавата, не виждам никакви пречки да му бъдат противопоставени разпоредбите на Директива 93/38. Дори напротив — не само че тези разпоредби могат да му бъдат противопоставени, но и в качеството му на структура на държавата, то е задължено да предприеме всички необходими мерки за изпълнението на тези разпоредби, независимо дали те отговарят на техническите условия за позоваване на основание на непосредственото действие. В такъв случай трябва да се приеме, че Portgás е обвързано от задълженията, предвидени в тази директива от 1 януари 1998 г. и впрочем е можело да бъде санкционирано за неизпълнение на тези задължения или с решение на компетентния надзорен орган, или с решение на национален съд по искане на трети лица, претърпели вреди от това неизпълнение. Подобни санкции представляват подходящи мерки за изпълнение на съответната директива, защото по-точно имат за цел да подпомогнат приемането на решения или процедури, които съответстват на посочената директива.

64. Освен това, като се позовава на неспазването на определени разпоредби на разглежданата Директива 93/38 от страна на Portgás, министерството, в качеството си на компетентен надзорен орган, само изпълнява задължението си за прилагане и лоялно сътрудничество, независимо от транспонирането на посочената директива. Във връзка с това то не може да бъде укорено, че извлича каквото и да било предимство от положението, свързано с липсата на транспониране.

65. Според мен това задължение за сътрудничество и привеждане в съответствие е засилено, в случай че, както е в делото по главното производство, съответният държавен орган, в качеството на надзорен орган, е натоварен с гарантиране на доброто управление и привеждането в съответствие на операциите, предмет на финансиране от страна на структурните фондове. Както Комисията подчертава в писмените си изявления, управляващите органи, посочени от държавите членки за управление на помощите от тези фондове, носят специална отговорност, тъй като изрично трябва да се уверяват, че те съответстват на разпоредбите на Договора и на актовете от вторичното право, сред които са тези, които се прилагат в областта на възлагането на обществени поръчки<sup>32</sup>.

66. Следователно, ако се приеме, че Portgás може да се отъждестви с държавата, не виждам никаква пречка разпоредбите на Директива 93/38 да могат да му се противопоставят, дори това позоваване да се извършва от друг орган на държавата. Вярно е, че съдебната практика допуска непосредственото действие на нетранспонираните директиви само ако позоваването е извършено от частноправен субект срещу държавата или орган, който може да бъде отъждествен с нея, като изрично го изключва, когато се извършва позоваване от държавата

32 — Вж. по-специално членове 12 и 38 от Регламент (ЕО) № 1260/1999 на Съвета от 21 юни 1999 година относно определянето на общи разпоредби за структурните фондове (ОВ L161, стр. 1), приложим за обстоятелствата по делото в главното производство. В конкретния случай може да изглежда учудващо, че разискванията са съсредоточени върху въпроса за позоваване на Директива 93/38, докато при всички случаи компетентните национални органи са били длъжни да гарантират цялостното спазване на разпоредбите на европейския регламент, който препращат към правилата, приложими в областта на обществените поръчки, чийто задължителен характер и непосредствена приложимост не се подлагат под съмнение.

срещу частноправен субект. Това обаче не означава, че на разпоредбите на директива не може да се извършва позоваване в спор между държавата и свързан с нея орган. Тук вече не става въпрос за непосредствено действие, а за изискванията за прилагане на директива по отношение на задължението за изпълнение на задълженията, произтичащи от правото на Съюза, и за лоялно сътрудничество, задължително за всички органи и структури на държавата.

#### **IV – Заключение**

67. С оглед на всички изложени по-горе съображения предлагам Съдът да отговори по следния начин на поставения от Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto преюдициален въпрос:

Не може да се извършва позоваване на член 4, параграф 1 и член 14, параграф 1, буква в), подточка i) от Директива 93/38/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и телекомуникационния сектор, изменена с Директива 98/4/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16 февруари 1998 година, от страна на органи на държава членка срещу частноправен субект единствено с мотива, че става въпрос за концесионер на услуга в обществен интерес, ползващ се от изключителен режим, който попада в приложното поле спрямо лицата на тази директива, докато посочената директива още не е транспонирана във вътрешния ред на посочената държава членка. Националният съд трябва да определи дали наред с качеството си на концесионер на обществена услуга разглежданото предприятие разполага с изключителни правомощия.