



Kohtulahendite kogumik

KOHTUJURISTI ETTEPANEK
NILS WAHL
esitatud 18. septembril 2013¹

Kohtuasi C-425/12

Portgás - Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, SA
versus
Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território

(eelotsusetaotlus, mille on esitanud Tribunal administrativo e fiscal do Porto (Portugal))

Veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektori riigihankemenetlused — Direktiiv 93/38/EMÜ — Siseriiklikku õigusesse üle võtmata jätmine — Riigiasutuse võimalus tugineda direktiivi 93/38/EMÜ teatavatele sätetele vaidluses avaliku teenuse kontsessioonääriga, kes on hankija

1. Ehkki Euroopa Kohus tähistas äsja oma märgilise tähendusega kohtuotsuse Gend & Loos² 50. juubelit, ei ole arutelud liidu õiguse vahetu õigusmõju tunnustamise tagajärgede üle kaugeltki lõppenud. Eelkõige puudutab see direktiivide vahetu õigusmõju ulatuse küsimust. Seda näitab käesolev kohtuasi, mis annab Euroopa Kohtule taas kord võimaluse meenutada, missugustel tingimustel on võimalik tugineda siseriiklikku õigusesse üle võtmata direktiivile.
2. Käesolevas kohtuasjas kerkib täpsemalt küsimus, kas ja kui jah, siis missugustel tingimustel saab riik tugineda vaidluses avaliku teenuse kontsessioonääriga, kes on hankija, nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused³ (muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16. veebruari 1998. aasta direktiiviga 98/4/EÜ)⁴, teatavatele sätetele, kui seda õigusakti ei ole siseriiklikku õigusesse ettenähtud tähtaja jooksul üle võetud.

I. Õiguslik raamistik

A. Liidu õigus

3. Direktiivi 93/38 artikli 2 lõige 1 on sõnastatud järgmiselt:

„Käesolevat direktiivi kohaldatakse tellijate suhtes, kes:

- a) on riigiasutused või riigi osalusega äriühingud ja tegutsevad ühes lõikes 2 nimetatud valdkonnas;

1 — Algkeel: prantsuse.

2 — 5. veebruari 1963. aasta otsus kohtuasjas 26/62, EKL 1963, lk 1.

3 — EÜT L 199, lk 84; ELT eriväljaanne 06/02, lk 194.

4 — EÜT L 101, lk 1; ELT eriväljaanne 06/03, lk 91.

b) tegutsevad ühes või mitmes lõikes 2 nimetatud valdkonnas ja kelle tegevuse aluseks on liikmesriigi pädeva asutuse antud eri- või ainuõigused, juhul kui tegemist ei ole riigiasutuste või riigi osalusega äriühingutega.”

4. Direktiivi 93/38 artikli 2 lõikes 2 nimetatud tegevusalade hulgas on niisuguste püsivõrkude pakkumine või käitamine, mille eesmärk on pakkuda elanikkonnale gaasi tootmise, transportimise või jaotamisega seotud teenust.

5. Selle direktiivi artikli 4 lõigetes 1 ja 2 on sätestatud:

„1. Tellijad sõlmivad tarne-, ehitustöö- ja teenuslepinguid või korraldavad ideekonkurssse käesoleva direktiivi sätetele vastavas korras.

2. Tellijad tagavad, et ei esineks vahetegemist eri tarnijate, töövõtjate või teenuseosutajate vahel.”

[Mõiste „tellija” asemel on edaspidi kasutatud täpsemat vastet „hankija”.]

6. Vastavalt selle direktiivi artikli 14 lõike 1 punkti c alapunktile i kohaldatakse seda direktiivi lepingute suhtes, mille eeldatav maksumus käibemaksuta on vähemalt 400 000 eurot selliste tarne- ja teenuslepingute puhul, mille on sõlminud ettevõtjad, kes tegutsevad gaasi transportimise ja jaotamise valdkonnas.

7. Direktiivi 93/38 artikli 45 lõike 2 kohaselt oli Portugali Vabariik kohustatud võtma direktiivi järgimiseks vajalikud meetmed ja kohaldama neid hiljemalt 1. jaanuaril 1998. Mis puudutab selles direktiivis direktiiviga 98/4 tehtud muudatusi, siis need tuli selle viimase direktiivi artikli 2 lõike 2 järgi Portugali siseriiklikku õiguskorda üle võtta hiljemalt 16. veebruaril 2000.

B. Portugali õigus

8. 9. augusti 2001. aasta dekreetseadusega nr 223/2001⁵ võeti direktiiv 93/38 Portugali õiguskorda üle. Vastavalt dekreetseaduse nr 223/2001 artikli 53 lõikele 1 jõustus see 120 päeva pärast selle avaldamist.

II. Põhikohtuasi, eelotsuse küsimus ja menetlus Euroopa Kohtus

9. Portgás - Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, SA (edaspidi „Portgás”) on Portugali õiguse alusel asutatud aktsiaselts, mis tegutseb maagaasi tootmise ja jaotamise sektoris.⁶

10. Portgás sõlmis 7. juulil 2001 äriühinguga Soporgás - Sociedade Portuguesa de Gás Lda lepingu gaasimõõtjate tarnimise kohta. Selle tehingu väärtus oli ilma käibemaksuta 437 053,20 eurot (s.o 532 736,92 eurot).

11. 21. detsembril 2001 esitas Portgás ühendusepoolse kaasrahastamise, st Euroopa Regionaalarengu Fondist kaasrahastamise taotluse, mis rahuldati. Leping, mis nägi ette rahalise abi projekti POR/3.2/007/DREN abikõlblikele kulutustele, mille hulgas oli gaasimõõtjate ost, allkirjastati 11. oktoobril 2002.

5 — *Diário da República* I, A-seeria, nr 184, 9.8.2001, lk 5002.

6 — Põhikohtuasja kaebaja antud teabe kohaselt kuulub ta asutamist peale enamuses eraõiguslikele aktsionäridele.

12. Finantsinspektsiooni talituste poolt projektile tehtud auditi alusel andis Programa Operacional Norte (põhja töökava) juht 29. oktoobril 2009 korralduse rahaline abi, mis oli Portgásile projekti POR/3.2/007/DREN raames antud, tagasi nõuda põhjendusel, et kuna see äriühing oli rikkunud liidu riigihankelepingute sõlmimist käsitlevaid õigusnorme, tuli kõiki kulutusi, mida rahastati riiklikest vahenditest, pidada abikõlbmatuks.

13. Portgás esitas Tribunal administrativo e fiscal do Portole (Porto haldus- ja maksukohus) erikaebuse, milles palus see otsus tühistada või tühistada põhjendusel, et Portugali riik ei saanud temalt kui eraettevõtjalt nõuda, et ta järgiks direktiivi 93/38 sätteid. Kuna seda direktiivi ei olnud vaidlusaluste faktiliste asjaolude asetleidmise hetkel veel Portugali siseriiklikku õiguskorda üle võetud, ei saanud nendel sätetel olla tema suhtes mingit vahetut õigumõju.

14. Põhikohtuasja vastustaja ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (põllumajanduse, mere, keskkonna ja ruumilise planeerimise ministeerium, edaspidi „ministeerium“) märkis omakorda eelotsusetaotluse esitanud kohtus, et direktiiv 93/38 on adresseeritud mitte üksnes liikmesriikidele, vaid ka kõikidele hankijatele nii, nagu neid on selles direktiivis määratletud. Ministeeriumi arvates kohaldati Portgási kui avaliku teenuse ainukontsessioonääri suhtes kontsessiooniga hõlmatud piirkonnas direktiivis sätestatud kohustusi.

15. Kuna Tribunal administrativo e fiscal do Portol oli kahtlusi, kuidas tõlgendada liidu õigusnorme, millele põhikohtuasjas viidatakse, otsustas ta 26. juunil 2012 menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas [...] direktiivi [93/38] artikli 4 lõiget 1 ja sama direktiivi, mida on muudetud [...] direktiiviga [98/4], artikli 14 lõike 1 punkti c alapunkti i) ning samuti nende direktiivide muid sätteid või kohaldatavaid ühenduse õiguse üldpõhimõtteid võib tõlgendada nii, et need kehtestavad kohustusi eraõiguslikele avaliku teenuse kontsessioonääridele [ja eelkõige direktiivi 93/38 artikli 2 lõike 1 punktis b nimetatud üksusele], kuigi Portugali riik ei ole nimetatud direktiivi siseriiklikusse õigusesse üle võtnud, ja et nende kohustuste mittejärgimise võib Portugali riik mõne oma ministeeriumi poolt vastu võetud aktiga süüks panna sellele eraõiguslikule kontsessioonäärile?“

16. Põhikohtuasja kaebaja, Portugali valitsus ja Euroopa Komisjon esitasid Euroopa Kohtule kirjalikke seisukohti.

17. Pooltele saadeti kirjalikke küsimusi ja palve esitada suulised seisukohad kokkuvõtlikult. Kohtuistung suuliste seisukohtade ärakuulamiseks toimus 4. juulil 2013.

III. Õiguslik analüüs

18. Meenutan, et käesolev eelotsusetaotlus esitati vaidluse tulemusena, mille pooled on Portgás ja ministeerium ning mis käsitleb sellele äriühingule Euroopa Regionaalarengu Fondist antud rahalise abi tagasinõudmise korraldust, mida põhjendati sellega, et ostes gaasimõõtjaid teiselt äriühingult, ei olnud Portgás järginud teatavaid riigihangete valdkonnas kohaldatavaid liidu õigusnorme.

19. Portgás vaidlustab selle otsuse, rõhutades, et kuna tema on eraettevõtja, ei saanud direktiiv 93/38, mida ei olnud faktiliste asjaolude asetleidmise hetkel veel siseriiklikku õigusesse üle võetud, avaldada talle vertikaalset vahetut õigumõju. Ministeerium, kes leiab, et direktiivi 93/38 adressaadid ei ole mitte ainult liikmesriigid, vaid kõik hankijad selle direktiivi artikli 2 lõike 1 punkti b tähenduses, väidab, et selle direktiiviga on kehtestatud kohustused kõikidele selles õigusnormis osundatud üksustele, eriti nendele, kellele liikmesriik on andnud ainuõigusi. Kaebaja kui avaliku teenuse kontsessioonääri puhul on see just nii.

20. Euroopa Kohtule on sisuliselt esitatud küsimus, kas ja missugustel tingimustel saab direktiivi 93/38 sätetele tugineda vaidluses avaliku teenuse kontsessioonärriga, kes on hankija, kui seda direktiivi ei ole siseriiklikku õigusesse üle võetud.

21. Kuigi küsimus, kas direktiivile saab tugineda vaidluses üksusega, kes on avaliku teenuse kontsessioonäär, ei ole kaugeltki uus küsimus – nagu ilmneb kohtupraktikast –, on käesoleval kohtuasjal üks eripära: seda võimalust nõuab riigiasutus.

22. Märgin kohe, et üldsegi ei vaielda küsimuse üle, kas direktiivi 93/38 sätted, mida kohaldada soovitakse, st artikli 4 lõige 1 ja artikli 14 lõike 1 punkti c alapunkt i vastavad „tehnilistele” tingimustele, mille kohaselt need peavad olema piisavalt täpsed, selged ja tingimusteta, et nendele saaks vaidluses riigiga tugineda.⁷

23. Pealegi näib mulle, et vaevalt on mingit kahtlust, kas need õigusnormid vastavad nõutavatele kriteeriumidele. Mis puudutab hanke- ja teenuslepinguid, mille eeldatav maksumus käibemaksuta on vähemalt 400 000 eurot, siis nende õigusnormidega kehtestatakse eelkõige hankijatele, kes tegutsevad gaasi transportimise või jaotamise sektorites, täpne ja tingimusteta kohustus, mille kohaselt tuleb need lepingud sõlmida, järgides direktiivis 93/38 sätestatud õigusnorme ja menetlusi, ning ilma igasuguse vahetegemiseta eri tarnijate, ettevõtjate või teenuseosutajate vahel. Nende nõuete järgimise tagamiseks ei näi olevat vaja mingit konkreetset elluviimismeedet. Seda hinnangut kinnitab minu arvates kaalukalt võrreldavaid sätteid käsitlev kohtupraktika riigihankelepingute sõlmimise valdkonnas.⁸

24. Seevastu vaieldakse selle üle, kas Portgásilt saab nõuda nende õigusnormide järgimist ainuüksi seetõttu, et ta on avaliku teenuse kontsessioonäär, kes on hankija direktiivi 93/38 artikli 2 lõike 1 tähenduses. Kerkib ka küsimus, kas sõltumata sellest, et Portgási võib pidada seotuks riigiga kohtupraktika tähenduses, on riigiasutusel võimalik nõuda selle direktiivi teatavate sätete kohaldamist.

25. Käesoleval juhul arvan seega, et esitatud küsimusele vastamiseks tuleb kõigepealt kindlaks teha, kas Portgásilt saab nõuda direktiivi 93/38 sätete järgimist ainuüksi seetõttu, et ta on avaliku teenuse kontsessioonäär, ning jaatava vastuse korral selgitada välja, kas liikmesriigi haldusasutused saavad nõuda, et tema suhtes kohaldataks seda direktiivi, mis ei olnud vaidlusaluste faktiliste asjaolude asetleidmise hetkel õiguskorda üle võetud.

26. Teiste sõnadega võib öelda, et kui on lahendatud küsimus, *kelle suhtes* saab tugineda ülevõtmata või valesti üle võetud direktiivile, on vaja veel teha kindlaks, *kes* saab neile sätetele tugineda, ja kui saab, siis *millisel alusel*.

A. Võimalus tugineda vaidluses Portgásiga direktiivi 93/38 sätetele ainuüksi seetõttu, et ta on avaliku teenuse kontsessioonäär ja hankija direktiivi artikli 2 tähenduses

27. Käesoleval juhul on kaks vastandlikku lähenemist.

7 — Väljakujunenud kohtupraktika kohaselt võivad eraõiguslikud isikud, kui direktiivi sätted on nende sätete sisu silmas pidades tingimusteta ja piisavalt täpsed, igal juhul tugineda nendele sätetele siseriiklikus kohtus vaidluses riigi vastu nii juhul, kui riik on jätnud direktiivi siseriiklikku õigusesse ettenähtud tähtjal üle võtmata, kui ka juhul, kui direktiiv ei ole üle võetud nõuetekohaselt (vt eelkõige 19. jaanuari 1982. aasta otsus kohtuasjas 8/81: Becker, EKL 1982, lk 53, punkt 25, ja 24. jaanuari 2012. aasta otsus kohtuasjas C-282/10: Dominguez, punkt 33 ja seal viidatud kohtupraktika).

8 — Vt eelkõige 20. septembri 1988. aasta otsus kohtuasjas 31/87: Beentjes (EKL 1988, lk 4635, punktid 40-44); 22. juuni 1989. aasta otsus kohtuasjas 103/88: Costanzo (EKL 1989, lk 1839, punktid 29-31); 24. septembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-76/97: Tögel (EKL 1998, lk I-5357, punktid 42-47); 4. märtsi 1999. aasta otsus kohtuasjas C-258/97: HI (EKL 1999, lk I-1405, punktid 34-39); 16. septembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-27/98: Fracasso ja Leitschutz (EKL 1999, lk I-5697, punktid 36 ja 37) ja 18. oktoobri 2001. aasta otsus kohtuasjas C-19/00: SIAC Construction (EKL 2001, lk I-7725, punktid 35-45).

28. Põhikohtuasja kaebaja väidab ühelt poolt sisuliselt, et kuna direktiivi 93/38 ei olnud kõnesoleva hankelepingu sõlmimise hetkeks siseriiklikku õigusesse üle võetud, ei saanud Portugali haldusasutused vaidluses temaga sellele direktiivile tugineda. Ta meenutab, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt ei saa ülevõtmata direktiivid eraõiguslikele isikutele kohustusi tekitada. Tema aga oli just eraõiguslik isik, hoolimata sellest, et ta on avaliku teenuse kontsessioonäär. Ta rõhutab selles osas, et tal ei ole mingit üldiselt kehtivaid õigusi ületavat eesõigust.

29. Portugali valitsus ja komisjon väidavad teiselt poolt üldjoontes, et Portgás kui avaliku teenuse ainukontsessioonäär ja hankija direktiivi 93/38 artikli 2 lõike 1 punkti b tähenduses pidi selle direktiivi sätteid järgima ning seda vaatamata sellele, et seda õigusakti ei olnud vaidlusaluse hankelepingu sõlmimise hetkeks veel siseriiklikku õigusesse üle võetud.

30. Mulle näib oluline meenutada, et direktiivide vahetus õigusemõju on tunnustatud kokkuvõttes kahe teineteist täiendava eesmärgi tõttu: vajadus tagada tõhusalt õigused, mis eraõiguslikel isikutel nende õigusaktide alusel võivad olla, ning soov karistada siseriiklikke ametiasutusi, kes ei ole järginud kohustuslikku mõju ega taganud nende aktide tõhusat kohaldamist.⁹

31. Sellest vaatevinklist vaadelduna, ja nagu Euroopa Kohus on pidevalt meenutanud, on direktiiv siduv – ja annab seega võimaluse sellele siseriiklikus kohtus tugineda – ainult „kõikide adressaatliikmesriikide suhtes”. Sellest järeldub, et direktiiv ei saa iseenesest tekitada eraõiguslikule isikule kohustusi ja et direktiivi sättele kui niisugusele ei saa seega vaidluses sellise isikuga tugineda.¹⁰ Siseriiklik ametiasutus ei saa tugineda eraõigusliku isiku kahjuks sättele direktiivis, mida ei ole veel siseriiklikku õigusesse üle võetud, nagu on vaja teha.¹¹

32. Teiste sõnadega ja hoolimata kahtlustest, mis võisid selles osas põhjendatult tekkida,¹² saab direktiivide vahetu õigusemõju olla ainult „vertikaalne” ja „ülespoole suunatud” selles mõttes, et see võib mängu tulla üksnes kaebuse puhul, mille eraõiguslik isik on esitanud riigiasutuse vastu. Sellest nõudest tuleneb loogiliselt, et siseriikliku kohtu kohustus tõlgendada siseriiklikke õigusnorme kooskõlas direktiivi sätetega on piiratud, kui niisugune tõlgendus viib selleni, et eraõiguslikult isikult nõutakse ülevõtmata direktiivis sätestatud kohustuse täitmist.¹³

33. Seda piirangut tasakaalustab siiski asjaolu, et üksuseid, kellelt võidakse nõuda Euroopa Liidu direktiivi tingimusteta ja piisavalt täpsete sätete järgimist, on mitmesuguseid ja nende staatus on erinev. Üldteada on ka see, et mõiste „liikmesriik”, mis tähistab isikut, kellega vaidluses saab direktiivi sätetele tugineda, on välja töötatud ühteaegu funktsionaalse ja laiendavana.

34. See mõiste hõlmab kõigepealt kõiki avaliku halduse asutusi, sh detsentraliseeritud asutused.¹⁴ Samuti tuleb meenutada, et kui kaebajad saavad tugineda menetluses riigi vastu direktiivile, siis võivad nad seda teha sõltumata sellest, kellenäri riik tegutseb – kas tööandja või avaliku võimuna. Nii ühel kui teisel juhul tuleb nimelt vältida, et riik ei saaks oma liidu õiguse eiramist ära kasutada.¹⁵

9 — Vt eelkõige 26. veebruari 1986. aasta otsus kohtuasjas 152/84: Marshall (EKL 1986, lk 723, punkt 47).

10 — Eespool viidatud kohtuotsus Marshall (punkt 48); 8. oktoobri 1987. aasta otsus kohtuasjas 80/86: Kolpinghuis Nijmegen (EKL 1987, lk 3969, punkt 9), ja 26. septembri 1996. aasta otsus kohtuasjas C-168/95: Arcaro (EKL 1996, lk I-4705, punkt 36).

11 — Vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Kolpinghuis Nijmegen (punkt 10).

12 — Siin ei ole võimalik kokku lugeda neid arvukaid kohtupraktika kommentaare ja õigusteoreetilisi uuringuid, milles on käsitletud direktiividele tuginemise - eelkõige horisontaalsetes vaidlustes tuginemise - tingimusi. Ma piirdun sellega, et toon välja viited, mille on esitanud kohtujurist Cruz Villalón Euroopa Kohtus poolleli olevas asjas C-176/12: Association de médiation sociale hiljuti esitatud ettepaneku punktis 75 (32. joonealune märkus).

13 — Vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Arcaro (punkt 42).

14 — Vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Costanzo (punkt 32).

15 — Vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsus Marshall (punkt 49).

35. Selle mõiste alla kuuluvad laiemalt kõik avalik-õiguslikud või eraõiguslikud isikud, kellel on riigiga erisuhted: st kui kasutada kohtuotsuses Foster jt¹⁶ kasutusele võetud väljendit, mida on hiljem korduvalt meenutatud,¹⁷ siis asutused ja ettevõtjad, kellele on olenemata nende õiguslikust vormist tehtud ametiasutuse aktiga ülesandeks avaliku teenuse osutamine selle ametiasutuse kontrolli all ja kellel on sellega seoses laiemad volitused kui need, mis tulenevad eraõiguslike isikute vahelistele suhetele kohaldatavatest õigusnormidest.

36. Näiteks on Euroopa Kohus leidnud, et eraõiguslikult juriidiliselt isikult võib nõuda, et ta järgiks direktiivi sätteid, millel võib olla vahetu õigusmõju, kui riik on sellele juriidilisele isikule usaldanud eriülesande ja ta kontrollib seda juriidilist isikut otseselt või kaudselt.¹⁸

37. Seevastu näib mulle, et kohtupraktikast ei tulene, et ainuüksi asjaolu, et üksus on hankija Euroopa Liidu õigusnormide tähenduses, tähendab, et see üksus on käsitatav riigi osana.

38. Kuigi Euroopa Kohtu praktika kohaselt võib direktiivi sätetel olla vahetu õigusmõju asutusele, mis peab osutama riigi kontrolli all avalikku teenust, on lisaks vaja, et sellel üksusel oleksid tavalisest laiemad volitused võrreldes nendega, mis tulenevad eraõiguslike isikute vahelistele suhetele kohaldatavatest õigusnormidest.

39. Kuigi hankijaks direktiivi 93/38 artikli 2 lõike 1 punkti b tähenduses tunnistatakse – nagu mainis komisjon – ainult eraõiguslikud üksused, kellel „on liikmesriigi pädeva ametiasutuse antud eri- või ainuõigused”, ei tähenda see staatus tingimata, et nendel üksustel on „tavalisest laiemad volitused” eespool viidatud kohtuotsuse Foster jt tähenduses, mida täpsustati eelkõige eespool viidatud kohtuotsustega Collino ja Chiappero¹⁹ ning Rieser Internationale Transporte²⁰.

40. Ma ei ole ka kaugeltki veendunud, et võimalust tugineda direktiividele vahetu õigusmõju alusel tuleb laiendada nii, et sellele saab tugineda vaidluses niisuguse üksusega.

41. Kõigepealt tuleb rõhutada, et üldiselt ei ole asjaolu, et üksus kuulub direktiivi isikulisse kohaldamisalasse, määrava tähtsusega asjaolu, mis võimaldab nõuda sellelt üksuselt ülevõtmata direktiivi sätete järgimist,²¹ sest oluline on see, et ETL artikli 288 kolmanda lõigu kohaselt on direktiivi adressaatideks üksnes liikmesriigid. Kuigi Portugás kuulub avaliku teenuse kontsessioonärina, kellele riik andis ainuõiguse seda avalikku teenust osutada, nende vaidlusaluse direktiivi kohaldamisalasse kuuluvate isikute hulka, keda on sõnaselgelt osundatud, on seepärast ikkagi raske väita, et ta pidi direktiivi 93/38 järgima enne ülevõtmisakti jõustumist.

16 — Vt 12. juuli 1990. aasta otsus kohtuasjas C-188/89 (EKL 1990, lk I-3313, punkt 20).

17 — 14. septembri 2000. aasta otsus kohtuasjas C-343/98: Collino ja Chiappero (EKL 2000, lk I-6659, punkt 23); 5. veebruari 2004. aasta otsus kohtuasjas C-157/02: Rieser Internationale Transporte (EKL 2004, lk I-1477, punkt 24); 19. aprilli 2007. aasta otsus kohtuasjas C-356/05: Farrell (EKL 2007, lk I-3067, punkt 40), ja eespool viidatud kohtuotsus Dominguez (punkt 39).

18 — Vt eespool viidatud kohtuotsus Rieser Internationale Transporte (punkt 29).

19 — Vt eespool viidatud kohtuotsus Collino ja Chiappero (punkt 23).

20 — Vt selle kohtuotsuse punktid 25-27. Euroopa Kohus järeldas, et Asfinagilt oli õiguspärane nõuda, et ta järgiks direktiivi, millel võib olla vahetu õigusmõju, olles eelnevalt tuvastanud, et see asutus osutab ametiasutuse akti kohaselt avalikku teenust selle ametiasutuse kontrolli all, kuid lisaks on tal ka tavalisest laiemad volitused.

21 — Vt näiteks 14. juuli 1994. aasta otsus kohtuasjas C-91/93: Faccini Dori (EKL 1994, lk I-3325), mis puudutab nõukogu 20. detsembri 1985. aasta direktiivi 85/577/EMÜ tarbija kaitsmise kohta väljaspool ärruume sõlmitud lepingute korral (EÜT L 372, lk 31; ELT eriväljaanne 15/01, lk 262), ja 12. detsembri 1996. aasta otsus liidetud kohtuasjades C-74/95 ja C-129/95: X (EKL 1996, lk I-6609), mis puudutab isikuid, kes kuuluvad nõukogu 29. mai 1990. aasta direktiivi 90/270/EMÜ kuvariga töötamise tervishoiu ja ohutuse miinimumnõuete kohta (viies üksikdirektiiv direktiivi 87/391/EMÜ artikli 16 lõike 1 tähenduses) (EÜT L 156, lk 14; ELT eriväljaanne 05/01, lk 391) kohaldamisalasse.

42. Seejärel tuleb märkida, et hoolimata kattuvustest, mida on võimalik põhjendatult leida, ei ole mõiste „hankija” ulatus sama nagu mõistel „riik” selle termini funktsionaalses tähenduses, mis tähistab isikut, kellega vaidluses saab eraõiguslik isik tugineda direktiivi vahetule õigusmõjule.²²

43. Samuti ei piisa asjaolust, et eraettevõtja ülesandeks on osutada ainukontsersionäärina avalikku teenust, et temalt saaks nõuda siseriiklikku õiguskorda üle võtmata direktiivi sätete järgimist. Tuleb tuvastada, et sellel ettevõtjal on tavalisest laiemad volitused ja et teda kontrollivad ametiasutused.²³

44. Kui tulla tagasi põhikohtuasja juurde, siis Euroopa Kohtule esitatud teabest ilmneb esmapilgul,²⁴ et Portgási seos Portugali riigiasutustega ei ole nii tihe nagu seos kohtuasjas, milles tehti eespool viidatud kohtuotsus Foster jt – seos, mis ühendas asjaomast üksust Ühendkuningriigi ametiasutustega. Eesõigused kontrollimise osas, mis Portugali ametiasutustel Portgási suhtes on, näivad mulle palju piiratamad.²⁵

45. Võttes siiski arvesse, et eelotsusetaotluse esitanud kohus ei ole andnud piisavalt teavet Portgási kohta, et teha kindlaks, kas sellel ettevõtjal olid vaidlusaluste faktiliste asjaolude asetleidmise hetkel tavalisest laiemad volitused ja kas teda kontrollisid ametiasutused, peab see kohus vastavalt eespool viidatud kohtuotsuses Foster jt sedastatud reeglile²⁶ ja traditsioonilisele lähenemisele, mille Euroopa Kohus sarnastes kohtuasjades valis,²⁷ analüüsima, kas need tingimused olid Portgási olukorra puhul vaidlusaluste faktiliste asjaolude asetleidmise hetkel täidetud.

46. Kui ei ole midagi, mis näitaks, et Portgás tuleb samastada riigiga, tuleb võimalus tugineda direktiivile välistada, sest – nagu ilmneb eespool viidatud Euroopa Kohtu väljakujunenud praktikast – ülevõtmata direktiivi sätteid ei saa eraõiguslikule isikule kohustusi tekitada ja temalt ei saa nõuda nende täitmist.

47. Teistsugune otsus tähendaks, et me tunnustame direktiivi 93/38 sätete allapoole suunatud vahetut õigusmõju ja lisaks võimaldame unitaarriigina loodud riigil tugineda vaidluses eraõiguslike isikutega oma kohustuse täitmata jätmisele.

48. Seevastu juhul, kui Portgás tuleb samastada ettevõtjaga, kellel on avaliku võimu eesõigused ja kes kuulub seega pigem eespool nimetatud funktsionaalse mõiste „riik” – või mõiste „riigiga seotud isik” – alla, tuleb veel teha kindlaks, kas kõnesolev ministeerium saab tugineda ülevõtmata direktiivi kohaldamisele.

22 – Nagu mainis kohtujurist Alber oma ettepanekus kohtuasjas, milles tehti eespool viidatud kohtuotsus Riesen Internationale Transporte (punkt 35), „ei pea termin „hankija” tingimata olema sama tähendusega nagu termin „riik” funktsionaalses tähenduses, mis tähistab isikut, kellega vaidluses saab eraõiguslik isik tugineda direktiivi vahetule õigusmõjule”.

23 – Nagu rõhutas kohtujurist Van Gerven oma ettepanekus eespool viidatud kohtuasjas Foster jt (punkt 22), on tingimusteta ja piisavalt täpsele sättele võimalik tugineda vaidluses ettevõtjaga, kelle suhtes „võtab [riik] vastutuse, mis võimaldab tal märkimisväärselt ja ükskõik missugusel viisil mõjutada (v.a üldise õigusloomepädevuse kasutamine) selle isiku või asutuse käitumist ning seda seoses valdkonnaga, milles direktiivi asjaomase sättega kehtestatakse kohustus, mille liikmesriik on jätnud oma siseriiklikku õiguskorda üle võtmata”.

24 – See teave seisneb eelkõige dekreetseaduses nr 33/91 (*Diário da República* I, A-seeria, nr 13, 16. 1.1991, lk 235) ja gaasi jaotamise kontsessioonilepingus, mille Portgás ja Portugali riik 1993. aasta detsembris sõlmisid.

25 – Selles osas ilmneb, et riigil ei ole õigust nimetada ametisse äriühingu juhte, võimalust esitada üldjuhiseid – ja mõnel juhul kohustuslikke juhiseid – mitmesugustes küsimustes ega ka õigust määrata, kuidas teatavaid vahendeid tuleb kasutada, mis võinuks avaldada kõnesoleva ettevõtja juhatusele survet.

26 – Nagu ilmneb eespool viidatud kohtuotsuse Foster jt punktist 15, on Euroopa Kohus küll pädev eelotsuse tegemise korras kindlaks määrama nende õigussubjektide kategooriaid, kelle suhtes võib tugineda direktiivi sätetele, kuid seda, kas talle lahendamiseks esitatud vaidluse pool kuulub teatavasse kindlaksmääratud kategooriasse, peavad otsustama siseriiklikud kohtud.

27 – Vt eelkõige eespool viidatud kohtuotsused Collino ja Chiappero (punkt 24); Farrell (punkt 41) ja Dominguez (punkt 40).

B. *Küsimus, kas vaidlusaluse direktiivi sätetele saab tugineda riigiasutus vaidluses „riigiga seotud” üksuseks kvalifitseeritava üksusega*

49. Nagu ma eespool märkisin, ei näi olevat kahtlust, et vaidluses eraõiguslike isikutega ei saa tugineda direktiivi sätetele vahetu õigusmõju alusel, sest direktiivid tekitavad kohustusi ainult liikmesriikidele, kes on nende adreassaadid.

50. See täpsustatud, tuleb veel siiski vastata ühele küsimusele. Kas riigi võimalus tugineda ülevõtmata direktiivi sätetele tuleb välistada kõikidel juhtudel või puudutab see piirang ainult juhtumeid, mil ülevõtmata direktiivi sätetele soovitakse tugineda vaidluses eraõigusliku isikuga? Kas juhul, kui leitakse, et Portgás tuleb samastada „riigiga seotud isikuga”, kellelt võib nõuda direktiivi sätete järgimist, peab käesoleval juhul ikkagi välistama, et sellele direktiivile saab tugineda ministeerium?

51. Ma arvan, et sellele küsimusele tuleb vastata eitavalt.

52. Allpool esitatud põhjustel näib mulle siiski, et niisugusel hüpoteetilisel juhul kujutab riigiasutuse võimalus tugineda vaidluses riigi teise üksusega direktiivi sätete mittejärgimisele endast probleemi, mida traditsioonilises arutelus direktiivide vertikaalse – ja ammugi horisontaalse – vahetu õigusmõju üle ei arutata, vaid mis kerkib seoses kõikidele riigiasutustele kehtestatud kohustusega järgida direktiivide sätteid (ELTL artikli 288 kolmas lõik), samuti teha lojaalset koostööd ja tagada aluslepingutest või institutsioonide aktidest tulenevate kohustuste täielik täitmine (ELTL artikli 4 lõige 3).

53. Esiteks näib mulle, et probleem ei ole otseselt seotud kohtupraktikaga, mis käsitleb küsimust, missugust vahetut õigusmõju tuleb tunnustada direktiivide sätete puhul.

54. Kohtupraktika sõnastusest ja selle tõlgendusest õigusteoorias ilmneb, et „direktiivide vahetule õigusmõjule iseloomuliku vertikaalse suhte kaks poolust”²⁸ on, nagu ma juba eespool mainisin, käesoleval juhul esiteks „liikmesriik” – või üks tema üksusi või temaga seotud isikuid –, kellega vaidluses saab tugineda ülevõtmata või valesi üle võetud direktiivi sätetele, ja teiseks „eraõiguslik isik”, kes ainsana võib niisugustele sätetele tugineda, kui ülevõtmistähtaeg on möödas.²⁹

55. Kuigi Euroopa Kohus on tõesti nõustunud, et kohalikud omavalitsused, mis on *a priori* samastatavad riigi üksustega, võivad tugineda ülevõtmata direktiivi täpsetele ja tingimusteta sätetele direktiivide vahetu õigusmõju alusel, tuleb neid kohalikke omavalitsusi või üksusi just pidada kõnesoleva direktiivi vaatevinklist eraõiguslikeks isikuteks. Näiteks kohtuasjas, milles tehti kohtuotsus *Comune di Carpaneto Piacentino jt*, rõhutas Euroopa Kohus, et „[a]valik-õiguslikud isikud, kes tuleb selles kontekstis samastada eraõiguslike isikutega, võivad seega nõuda maksukohustuse kohaldamata jätmist tegevuse puhul, mida nad viivad läbi ametiasutustena ja mida ei ole nimetatud direktiivi lisas D”.³⁰

56. Teiseks näib mulle oluline täpsustada, et argument, mis põhineb *estoppel*-põhimõttel või reeglil *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, ei kajastu samamoodi juhtumil, mil direktiivi sätetele tugineb riigiasutus vaidluses teise riigiasutuse või riikliku üksusega. Sellel argumendil on kaalu, kui riik soovib eraõiguslikele isikutele ette heita, et nad ei ole täitnud kohustusi, mis on Euroopa Liidu direktiiviga kehtestatud, sest sellega püütakse vältida seda, et riik saab oma ülevõtmiskohustusest mingit kasu, kuid riigi kahe üksuse vahelise vaidluse puhul on teine lugu.

28 — Vt Simon, D., *La directive européenne*, Dalloz, 1997, lk 73.

29 — Kui kasutada muide algset väljendit, mida liidu kohus kasutas, on vahetu õigusmõju aluseks „huvitatud üksikisikute valvsus oma õiguste kaitsel” (vt eespool viidatud kohtuotsus *van Gend & Loos*, lk 25).

30 — Euroopa Kohtu 17. oktoobri 1989. aasta otsus liidetud kohtuasjades 231/87 ja 129/88: *Comune di Carpaneto Piacentino jt* (EKL 1989, lk 3233, punkt 31).

57. Kui tulla tagasi põhikohtuasja juurde, siis eeldusel, et Portgás tuleb samastada riigiga seotud isikuga eespool viidatud kohtuotsuse Foster jt tähenduses, on meil tegemist kahe tegevusetusega: esiteks ei täitnud riik oma ELTL artiklis 288 sätestatud kohustust direktiiv 93/38 üle võtta, kuid teiseks heidetakse Portgásile kui hankijale ette, et ta ei järginud selle direktiivi sätteid.

58. Niisugusel juhul olen arvamusel, et sellel probleemil ei ole mingit pistmist aruteluga, mis käsitleb selle vahetu õigusmõju ulatust ja taset, mis peab direktiivide täpsetel ja tingimusteta sätetel olema, vaid see on seotud kohustustega, mis on riigiasutustel nende lojaalse koostöö kohustuse ja kohustuse tõttu tagada liidu õigusest tulenevate kohustuste täielik täitmine.

59. Selles osas näib mulle oluline rõhutada, et kuigi esimene kohustus, mis liikmesriikidel seoses direktiivide elluviimisega on, seisneb vaieldamatult selles, et siseriiklik õigus tuleb viia nendega kooskõlla, võttes ettenähtud tähtaegade jooksul ülevõtmismeetmed, mis on vastavuses nii sõnastuse kui ka taotletavate eesmärkidega, ei piirdu see kohustus sellega. Direktiivide kohustuslikkus eeldab, et peale ülevõtmiskohustuse on kõikidel riigi ametiasutustel ja üksustel ka kohustus tagada nende õigusaktide tegelik elluviimine.

60. Lojaalse koostöö põhimõtte kohaselt võtavad liikmesriigid kõik üld- ja erimeetmed, mis võivad tagada nende liidu õigusest tulenevate kohustuste täitmise. Nagu Euroopa Kohus on täpsustanud, on direktiivist tulenev liikmesriigi kohustus saavutada vastavas direktiivis ette nähtud eesmärk ning kohustus võtta kõik vajalikud üld- ja erimeetmed, et tagada selle kohustuse täitmine, liikmesriikide kõikidel ametiasutustel.³¹

61. Euroopa Kohus on seega leidnud, et peale riigi keskasutuste lasub kohustus võtta kõik meetmed, mis võivad tagada direktiivide täitmise, ka detsentraliseeritud asutustel - ükskõik missugune on nende sõltumatuse aste - ja kohtutel.

62. Arvan, et ei ole põhjust piirata seda elluviimiskohustust nii, et see on ainult nimetatud ametiasutustel, ning et ühtluse huvides tuleb seda laiendada kõikidele asutustele ja üksustele, kes vastavad tingimustele, mis peavad olema täidetud, et nad saaks kvalifitseerida riigiga seotud isikuteks selle termini funktsionaalses tähenduses – kvalifikatsioon, mille piirjooni on täpsustatud eespool viidatud kohtuotsuses Foster jt.

63. Kui tulla nüüd tagasi vaadeldava juhtumi juurde, siis kui asuda seisukohale, et niisugune üksus nagu Portgás - kes on avaliku teenuse kontsessioonäär ja lisaks hankija - on samastatav riigiga, ei näe ma põhjust, miks ei saaks temalt nõuda direktiivi 93/38 sätete järgimist. Otse vastupidi, temalt saab nõuda mitte üksnes nende sätete järgimist, vaid temal kui riiklikul üksusel on ka kohustus võtta kõik meetmed, mis on vajalikud nende sätete elluviimiseks, hoolimata muide sellest, kas need sätted vastavad tehnilistele tingimustele, mis peavad olema täidetud, et neile saaks vahetu õigusmõju alusel tugineda. Niisugusel juhul tuleb järeldada, et Portgásil olid selles direktiivis sätestatud kohustused alates 1998. aasta 1. jaanuarist ja teda oleks muide võinud karistada nende rikkumise eest kas pädeva haldusasutuse otsuse või siseriiklike kohtute otsusega nende kolmandate isikute taotlusel, keda see rikkumine kahjustas. Niisugused karistused on asjaomase direktiivi sobivad rakendusmeetmed, sest nende eesmärk on just soodustada direktiivile vastavate otsuste tegemist või menetluste kohaldamist.

64. Lisaks tuleb märkida, et tuginedes direktiivi 93/38 mõne sätte eiramisele Portgási poolt, täidab ministeerium kui asutus, mille haldusalasse Portgás kuulub, ainult oma elluviimise ja lojaalse koostöö kohustust, sõltumata sellest, kas direktiiv on üle võetud. Selles mõttes ei saa talle ette heita, et ta sai ülevõtmata jätmise olukorrast mingit kasu.

31 — Vt eelkõige 10. aprilli 1984. aasta otsus kohtuasjas 14/83: von Colson ja Kamann (EKL 1984, lk 1891) ja eespool viidatud kohtuotsus Kolpinghuis Nijmegen (punkt 12).

65. See koostöö- ja kooskõlla viimise kohustus on minu arvates veelgi rangem siis, kui asjaomane riigiasutus kui haldusasutus peab – nagu põhikohtuasjas – tagama struktuurifondidest rahastatava tegevuse hea haldamise ja nõuetelevastavuse. Nagu komisjon oma menetlusdokumentides rõhutas, on haldusasutustel, kelle liikmesriigid on nimetanud nende fondide abi haldama, eriline vastutus, sest nad peavad spetsiaalselt kontrollima, kas see abi vastab aluslepingule ja teistele õigusaktidele, mille hulgas on riigihankelepingute sõlmimise valdkonnas kohaldatavad õigusaktid.³²

66. Seega, kui võetakse seisukoht, et Portgás on samastatav riigiga, ei näe ma mingit põhjust, miks ei saa temalt nõuda direktiivi 93/38 sätete järgimist, ja seda isegi juhul, kui sellele tugineb riigi teine ametiasutus. Kohtupraktikas tunnustatakse ülevõtmata direktiivide vahetut õigusmõju tõesti ainult siis, kui sellele tugineb eraõiguslik isik vaidluses riigi või riigiga samastatava asutusega, välistades selle mõju sõnaselgelt siis, kui sellele tugineb riik vaidluses eraõigusliku isikuga. See ei tähenda siiski, et direktiivi sätetele ei saaks tugineda riigi ja riigiga seotud asutuse vahelises vaidluses. Sel juhul ei ole enam küsimus vahetus õigusmõjus, vaid nõuetes viia direktiiv ellu, nagu näeb ette liidu õigusest tulenevate kohustuste elluviimise ja lojaalse koostöö kohustus, mis on riigi kõikidel asutustel ja üksustel.

IV. Ettepanek

67. Kõikidest esitatud kaalutlustest lähtudes teen Euroopa Kohtule ettepaneku vastata Tribunal administrativo e fiscal do Porto eelotsuse küsimusele järgmiselt:

Nõukogu 14. juuni 1993. aasta direktiivi 93/38/EMÜ, millega kooskõlastatakse veevarustus-, energeetika-, transpordi- ja telekommunikatsioonisektoris tegutsevate tellijate hankemenetlused (muudetud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 16. veebruari 1998. aasta direktiiviga 98/4/EÜ), artikli 4 lõikele 1 ja artikli 14 lõike 1 punkti c alapunktile i ei saa tugineda liikmesriigi ametiasutused vaidluses eraettevõtjaga ainuüksi sel põhjendusel, et tegemist on avaliku teenuse ainukontsessioonääriga, kes kuulub selle direktiivi isikulisse kohaldamisalasse, kui seda direktiivi ei olnud veel liikmesriigi õiguskorda üle võetud. Seda, kas asjaomasel ettevõtjal on peale avaliku teenuse kontsessioonääri staatuse ka tavalisest laiemad eesõigused, peab hindama siseriiklik kohus.

32 — Vt eelkõige põhikohtuasja faktiliste asjaolude suhtes kohaldatava nõukogu 21. juuni 1999. aasta määruse (EÜ) nr 1260/1999, millega nähakse ette üldsätted struktuurifondide kohta (EÜT L 161, lk 1; ELT eriväljaanne 14/01, lk 31), artiklid 12 ja 38. Käesoleval juhul võib tunduda üllatav, et arutelu on keskendatud küsimusele, kas direktiivile 93/38 saab tugineda, samas kui pädevad siseriiklikud ametiasutused olid igal juhul kohustatud tagama nende Euroopa Liidu määruse sätete täieliku järgimise, milles on viidatud riigihangete vallas kohaldatavatele õigusnormidele, mille puhul ei ole kahtlust, et need on kohustuslikud ja otseselt kohaldatavad.