Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNOG ODVJETNIKA
NILSA WAHLA
od 18. rujna 2013.[1]

Predmet C-425/12

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

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio tribunal administrativo e fiscal do Porto (Portugal))

„Postupak sklapanja ugovora o javnoj nabavi u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom, prometnom i telekomunikacijskom sektoru – Direktiva 93/38/EEZ – Neprenošenje u nacionalno pravo – Mogućnost za državno tijelo da se poziva na određene odredbe Direktive 93/38/EEZ protiv subjekta koji ima koncesiju za obavljanje javne službe i koji ima svojstvo naručitelja“

1. U trenutku kada Sud obilježava pedesetu godišnjicu svoje glasovite presude van Gend & Loos[2], rasprave koje se odnose na posljedice priznavanja izravnog učinka prava Unije ni izdaleka nisu završene. To je posebno slučaj u pogledu dosega izravnog učinka direktiva. Tomu svjedoči ovaj predmet koji Sudu pruža novu priliku da podsjeti na uvjete za mogućnost pozivanja na direktivu koja nije prenesena u nacionalno pravo.

2. U ovom se predmetu konkretno postavlja pitanje može li se, i po potrebi u kojim uvjetima, država pozvati protiv subjekta koji ima koncesiju za obavljanje javne službe i osim toga ima svojstvo javnog ili sektorskog naručitelja, na određeni broj odredaba Direktive Vijeća 93/38/EEZ od 14. lipnja 1993. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom, prometnom i telekomunikacijskom sektoru[3], kako je izmijenjena Direktivom 98/4/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 1998.[4], kada taj akt nije u propisanim rokovima prenesen u nacionalno pravo.

I – Pravni okvir

A – *Pravo Unije*

3. Članak 2. stavak 1. Direktive 93/38 glasi kako slijedi:

„Ova se Direktiva primjenjuje na naručitelje:

(a) koji su javni naručitelji ili javna poduzeća i koji obavljaju jednu od djelatnosti navedenih u stavku 2.;

1 — Izvorni jezik: francuski
2 — Presuda od 5. veljače 1963., 26/62, Zb., str. 1.
3 — SL L 199, str. 84.
4 — SL L 101, str. 1.

(b) koji, ako nisu javni naručitelji ili javna poduzeća, kao jednu od svojih djelatnosti imaju bilo koju od djelatnosti navedenih u stavku 2., ili bilo koju kombinaciju tih djelatnosti i djeluju na temelju posebnih ili isključivih prava koja im je dodijelilo nadležno tijelo države članice." [neslužbeni prijevod]

4. Među djelatnostima navedenima u članku 2. stavku 2. Direktive 93/38 nalazi se stavljanje na raspolaganje fiksnih mreža ili upravljanje fiksnim mrežama s namjerom pružanja usluge javnosti u vezi s proizvodnjom, prijenosom ili distribucijom plina.

5. Članak 4. stavci 1. i 2. te direktive određuju:

„1. Prilikom sklapanja ugovora o nabavi robe, ugovora o radovima i ugovora o nabavi usluga ili prilikom organiziranja natječaja, naručitelji primjenjuju postupke prilagođene odredbama ove Direktive.

2. Naručitelji su dužni osigurati da ne dođe do diskriminacije između dobavljača, izvoditelja radova ili pružatelja usluga." [neslužbeni prijevod]

6. U skladu s člankom 14. stavkom 1. točkom (c) podtočkom (i) navedena se direktiva primjenjuje na ugovore koje sklapaju naručitelji koji obavljaju djelatnosti u području prijenosa i distribucije plina čija procijenjena vrijednost bez poreza na dodanu vrijednost (u daljnjem tekstu: PDV) nije manja od 400 000 eura.

7. Na temelju članka 45. stavka 2. Direktive 93/38, Portugalska Republika bila je dužna usvojiti mjere potrebne za usklađivanje s tom direktivom i primjenjivati ih najkasnije od 1. siječnja 1998. Kada je riječ o izmjenama te direktive koje su učinjene Direktivom 98/4, njih je na temelju članka 2. stavka 2. te direktive trebalo prenijeti u portugalski unutarnji pravni poredak najkasnije 16. veljače 2000.

B – *Portugalsko pravo*

8. Direktiva 93/38 prenesena je u portugalski pravni poredak Zakonodavnim dekretom br. 223/2001 od 9. kolovoza 2001.[5]. U skladu s njegovim člankom 53. stavkom 1., Zakonodavni dekret br. 223/2001 stupio je na snagu 120 dana nakon dana objave.

II – Glavni postupak, prethodno pitanje i postupak pred Sudom

9. Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA (u daljnjem tekstu: Portgás) dioničko je društvo osnovano u skladu s portugalskim pravom koje posluje u sektoru proizvodnje i distribucije prirodnog plina[6].

10. Portgás je 7. srpnja 2001. s društvom Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda sklopio ugovor o nabavi plinskih brojila. Vrijednost tog ugovora bila je 437 053,20 eura bez PDV-a (to jest 532 736,92 eura).

11. Dana 21. prosinca 2001. Portgás je podnio zahtjev za sufinanciranje Zajednice u sklopu Europskog fonda za regionalni razvoj koji je bio prihvaćen. Ugovor o dodjeljivanju financijske potpore za pokrivanje prihvatljivih troškova projekta POR/3.2/007/DREN, koji su uključivali i nabavu plinskih brojila, potpisan je 11. listopada 2002.

5 — *Diário da República* I, serija A, br. 184., od 9. kolovoza 2001., str. 5002.

6 — Prema informacijama koje je dostavio tužitelj u glavnom postupku, od svojeg osnivanja većinu njegovih dionica drže privatni dioničari.

12. Nakon nadzora koji je 29. listopada 2009. obavila Opća financijska inspekcija, upravitelj Programa Operacional Norte (operativni program Sjever) naložio je povrat financijske pomoći koja je u okviru projekta POR/3.2/007/DREN bila dodijeljena Portgásu jer je ukupne troškove, koji su bili predmet javnog sufinanciranja, trebalo smatrati neprihvatljivim stoga što to društvo nije poštovalo pravila prava Unije mjerodavna za sklapanje ugovora o javnoj nabavi.

13. Portgás je pokrenuo poseban upravni spor pred Tribunalom Administrativo e Fiscal do Porto radi proglašenja te odluke ništavom ili njezina poništenja zato što država Portugal od njega, kao privatnog poduzetnika, ne može zahtijevati usklađivanje s odredbama Direktive 93/38. Budući da u vrijeme nastanka spornih činjenica ta direktiva još uvijek nije bila prenesena u portugalski pravni poredak, te odredbe ne mogu prema njemu proizvoditi izravan učinak.

14. Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (Ministarstvo poljoprivrede, mora, okoliša i prostornog uređenja, u daljnjem tekstu: ministarstvo), tuženik u glavnom postupku, pred sudom koji je uputio zahtjev istaknuo je sa svoje strane da je Direktiva 93/38 upućena ne samo državama članicama nego i svim naručiteljima koji su njome definirani. Prema mišljenju ministarstva, Portgás je u svojem svojstvu isključivog koncesionara za obavljanje javne službe na području koje pokriva koncesija bio podvrgnut obvezama koje proizlaze iz navedene direktive.

15. S obzirom na sumnje u pogledu tumačenja odredbi prava Unije na koje se pozivalo u okviru glavnog postupka, Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto odlučio je 26. lipnja 20012. prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Može li se članak 4. stavak 1. i članak 14. stavak 1. točku (c) podtočku (i) Direktive 93/38 […], kako je izmijenjena Direktivom 94/4 […], kao i druge odredbe tih direktiva ili mjerodavna opća načela prava Zajednice tumačiti u smislu da stvaraju obveze za pojedince koncesionare javnih službi [osobito za subjekt koji je obuhvaćen člankom 2. stavkom 1. točkom (b) Direktive 93/38], dok tu direktivu država Portugal nije prenijela u nacionalno pravo te se država Portugal može pozivati na nepoštovanje tih obveza protiv navedenog pojedinca koncesionara kao akt koji se može pripisati jednom od njezinih ministarstava?”

16. Tužitelj u glavnom postupku, portugalska vlada kao i Europska komisija podnijeli su Sudu pisana očitovanja.

17. Strankama su upućena pisana pitanja i zahtjev da se izlaganja usredotoče na ta pitanja. Rasprava je održana 4. srpnja 2013.

III – Analiza

18. Podsjećam da ovaj zahtjev za prethodnu odluku potječe iz spora između Portgása i ministarstva u vezi s odlukom kojom se nalaže povrat financijske potpore koja je navedenom društvu dodijeljena u okviru Europskog fonda za regionalni razvoj jer prilikom nabave plinskih brojila od drugog društva Portgás nije poštovao određeni broj mjerodavnih pravila prava Unije na području javne nabave.

19. Portgás osporava navedenu odluku ističući da, s obzirom na njegovo svojstvo privatnog poduzetnika, odredbe Direktive 93/38, koja još nije prenesena u nacionalnog pravo u trenutku nastanka činjenica, nisu mogle prema njemu proizvesti vertikalan izravan učinak. Smatrajući da su adresati Direktive 93/38 ne samo države članice nego i svaki naručitelj u smislu članka 2. stavka 1. točke (b) navedene direktive, ministarstvo ističe sa svoje strane da ta direktiva sadržava obveze za sve subjekte na koje se ta odredba odnosi, a osobito na one koji se koriste isključivim pravima koja je dodijelila država članica. To je upravo slučaj društva tužitelja kao koncesionara za obavljanje javne službe.

20. Sudu je u biti postavljeno pitanje može li se i pod kojim uvjetima pozivati na odredbe Direktive 93/38 protiv koncesionara za obavljanje javne službe koji ima svojstvo naručitelja u slučaju u kojem ta direktiva nije prenesena u nacionalno pravo.

21. Iako, kao što proizlazi iz ustaljene sudske prakse, pitanje mogućnosti pozivanja na direktivu protiv subjekta koji ima svojstvo koncesionara za obavljanje javne službe uopće nije novo, ovaj predmet poseban je po tome što tu mogućnost pozivanja ističe državno tijelo.

22. Na početku ističem da uopće nije sporno pitanje ispunjavaju li odredbe direktive, čija se primjena traži, to jest članak 4. stavak 1. i članak 14. stavak 1. točke (c) podtočke (i) Direktive 93/38, „tehničke" uvjete u vidu preciznosti, jasnoće i bezuvjetnosti kako bi se na njih moglo pozivati protiv države[7].

23. Konačno, čini mi se da jedva postoji sumnja da te odredbe ispunjavaju potrebne uvjete. Naime, što se tiče ugovora o nabavi robe i usluga, čija procijenjena vrijednost bez PDV-a nije manja od 400 000 eura, te odredbe nameću, među ostalim, naručiteljima koji obavljaju djelatnosti u sektorima prijevoza ili distribucije plina, preciznu i bezuvjetnu obvezu prema kojoj sklapanje navedenih ugovora treba biti u skladu s odredbama i postupcima koji su predviđeni Direktivom 93/38 i treba biti provedeno tako da ne dođe do diskriminacije između dobavljača, izvoditelja radova ili pružatelja usluga. Nijedna posebna provedbena mjera ne izgleda potrebnom da se osigura poštovanje tih zahtjeva. Ta ocjena ima prema mojem mišljenju čvrstu osnovu u sudskoj praksi koja se odnosi na usporedive odredbe na području sklapanja ugovora o javnoj nabavi[8].

24. Nasuprot tomu. sporno je može li se na navedene odredbe pozivati protiv Portgása isključivo u njegovu svojstvu koncesionara za obavljanje javne službe koji ima svojstvo naručitelja u smislu članka 2. stavka 1. Direktive 93/38. Isto tako se postavlja pitanje je li, neovisno o mogućnosti da se Portgás smatra pojavnim oblikom države u smislu sudske prakse, moguće da državno tijelo traži primjenu određenog broja odredaba te direktive.

25. U ovom slučaju smatram stoga da radi davanja odgovora na upućeno pitanje valja prvo utvrditi može li se protiv Portgása, isključivo u njegovu svojstvu koncesionara za obavljanje javne službe, pozivati na odredbe Direktive 93/38 i, u slučaju potvrdnog odgovora, mogu li upravna tijela države članice tražiti da se protiv njega primijene odredbe navedene direktive koje u vrijeme nastanka spornih činjenica nisu bile prenesene u pravni poredak.

26. Drugim riječima, jednom kada se riješi pitanje *protiv koga* se može pozivati na primjenu odredaba direktive koje nisu ili su pogrešno prenesene, ostaje utvrditi *tko* se može pozivati na navedene odredbe i, po potrebi, *po kojoj osnovi*.

A – *Mogućnost pozivanja na odredbe Direktive 93/38 protiv Portgása isključivo u njegovu svojstvu koncesionara za obavljanje javne službe i naručitelja u smislu članka 2. navedene direktive*

27. U ovom su slučaju suprotstavljene dvije teze.

7 — Prema ustaljenoj sudskoj praksi, kad god se odredbe direktive sadržajno gledajući čine bezuvjetnima i dovoljno preciznima, pojedinci se na te odredbe mogu pozivati pred nacionalnim sudovima protiv države ako je ona propustila direktivu prenijeti u nacionalno pravo u propisanim rokovima ili ako ju je pogrešno prenijela (vidjeti osobito presude od 19. siječnja 1982., Becker (8/81, Zb., str. 53., t. 25.) i od 24. siječnja 2012., Dominguez (C-282/10, t. 33. i navedena sudska praksa)).

8 — Vidjeti osobito presude od 20. rujna 1988., Beentjes (31/87, Zb., str. 4635., t. 40. do 44.), od 22. lipnja 1989., Costanzo (103/88, Zb., str. 1839., t. 29. do 31.), od 24. rujna 1998., Tögel (C-76/97, Zb., str. I-5357., t. 42. do 47.), od 4. ožujka 1999., HI (C-258/97, Zb., str. I-1405., t. 34. do 39.), od 16. rujna 1999., Fracasso i Leitschutz (C-27/98, Zb., str. I-5697., t. 36. i 37.) i od 18. listopada 2001., SIAC Construction (C-19/00, Zb., str. I-7725., t. 35. do 45.).

28. S jedne strane, tužitelj u glavnom postupku ističe u bitnome da se portugalska upravna tijela protiv njega ne mogu pozivati na odredbe navedene direktive zato što Direktiva 93/38 još nije bila prenesena u nacionalno pravo na datum sklapanja predmetnog ugovora o nabavi robe. Podsjeća da, prema ustaljenoj sudskoj praksi, direktive koje nisu prenesene ne mogu stvoriti obveze za pojedince. A on ima upravo svojstvo pojedinca, unatoč činjenici da ima svojstvo koncesionara za obavljanje javne službe. Ističe u tom pogledu da ne raspolaže nikakvim drugim ovlastima izvan općeg prava.

29. S druge strane, portugalska vlada i Komisija tvrde u bitnome da je Portgás, u svojem svojstvu isključivog koncesionara za obavljanje javne službe i naručitelja u smislu članka 2. stavka 1. točke (b) Direktive 93/38, bio dužan uskladiti se s odredbama te direktive i to iako taj akt nije još bio prenesen u nacionalno pravo na datum sklapanja spornog ugovora o nabavi robe.

30. Čini mi se važnim podsjetiti da priznavanje izravnog učinka direktive počiva, u konačnici, na dva cilja koji se nadopunjavaju: potrebi da se na djelotvoran način zajamči prava koja pojedinci mogu izvesti iz tih akata kao i želji da se sankcionira nacionalna tijela koja su propustila poštovati obvezatni učinak i da se osigura njihovu djelotvornu primjenu [9].

31. Promatrano iz toga kuta te kao što je Sud ustrajno podsjećao, obvezujući karakter direktive, koji čini osnovu za mogućnost pozivanja na direktivu, postoji samo u odnosu na „svaku državu članicu kojoj je upućena”. Otuda slijedi da direktiva sama po sebi ne može pojedincu nametnuti obveze, pa se na nju kao takvu nije moguće pozvati pred nacionalnim sudom protiv pojedinca [10]. Nacionalno tijelo ne može se na teret pojedinca pozvati na odredbu direktive čije prenošenje u nacionalno pravo, koje je nužno, još nije uslijedilo [11].

32. Drugim riječima i unatoč sumnjama koje opravdano mogu nastati u tom pogledu [12], izravan učinak može biti samo „vertikalan” i „obrnuto vertikalan”, na način da se može primijeniti samo povodom tužbe koju pojedinac podnese protiv državnog tijela. Posljedica tog pravila jest da obveza nacionalnog suda da protumači nacionalna pravila u skladu s odredbama direktiva doseže svoje granice kada takvo tumačenje dovede do toga se pojedincu nametne obvezu predviđenu u direktivi koja nije prenesena [13].

33. Međutim, protuteža je ovom ograničenju to da se subjekti, protiv kojih se može pozivati na bezuvjetne i dovoljno precizne odredbe europske direktive, pojavljuju u raznim oblicima i svojstvima. Također je ustaljeno da je pojam „država članica”, protiv koje se može pozivati na odredbe direktive, funkcionalan i širok.

34. On prije svega obuhvaća sva tijela javne uprave, uključujući decentralizirana tijela [14]. Nadalje, kada su pojedinci u mogućnosti pozivati se na direktivu protiv države, oni to mogu učiniti bez obzira na svojstvo u kojem ona djeluje, kao poslodavac ili javna vlast. U jednom i drugom slučaju treba, naime, izbjeći situaciju u kojoj bi država mogla imati koristi od svog nepoštovanja prava Unije [15].

9 — Vidjeti osobito presudu od 26. veljače 1986., Marshall (152/84, Zb., str. 723., t. 47.).

10 — Navedena presuda Marshall (t. 48.), presuda od 8. listopada 1987., Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Zb., str. 3969., t. 9.) i presuda od 26. rujna 1996., Arcaro (C-168/95, Zb., str. I-4705., t. 36.)

11 — Vidjeti osobito navedenu presudu Kolpinghuis Nijmegen (t. 10.).

12 — Ovdje nije moguće navesti brojne komentare iz sudske prakse i znanstvene doprinose koji su posvećeni uvjetima u pogledu mogućnosti pozivanja na direktive, osobito u horizontalnim sporovima. Ograničit ću se u tom pogledu na to da uputim na izvore koje je nezavisni odvjetnik P. Cruz Villalón naveo u točki 75. (bilješka 32.) svojeg nedavnog mišljenja u predmetu Association de médiation sociale (C-176/12), koji je u tijeku pred Sudom.

13 — Vidjeti osobito navedenu presudu Arcaro (t. 42.).

14 — Vidjeti osobito navedenu presudu Costanzo (t. 32.).

15 — Vidjeti osobito navedenu presudu Marshall (t. 49.).

35. Ovim su pojmom šire obuhvaćene sve osobe javnog ili privatnog prava koje održavaju posebne veze s državom, to jest izraženo formulom utvrđenom u presudi Foster i dr.[16], koja je od tada više puta ponovljena[17], tijela i poduzetnici kojima je, bez obzira na njihov pravni oblik, na temelju akta javne vlasti, povjereno obavljanje službe od javnog interesa pod njezinim nadzorom te u tu svrhu raspolažu iznimnim ovlastima koje nadilaze pravila mjerodavna za odnose među pojedincima.

36. Sud je tako presudio da se protiv pravne osobe privatnog prava može pozivati na odredbe direktive koje mogu imati izravan učinak kada je država toj pravnoj osobi povjerila posebnu zadaću i kada ona izravno ili neizravno nadzire tu pravnu osobu[18].

37. Nasuprot tomu, ne čini mi se da iz sudske prakse proizlazi da sama činjenica da subjekt ima svojstvo javnog ili sektorskog naručitelja u smislu europskih propisa, podrazumijeva da ga se treba smatrati dijelom države.

38. Iako prema sudskoj praksi Suda odredbe direktive mogu proizvesti izravan učinak protiv tijela kojemu je povjereno da pod nadzorom države pruža uslugu od javnog interesa, također je potrebno da taj subjekt raspolaže iznimnim ovlastima u odnosu na ovlasti koje proizlaze iz pravila primjenjivih na odnose između pojedinaca.

39. Međutim, ako je, kao što je to Komisija navela, svojstvo naručitelja u skladu s člankom 2. stavkom 1. točkom (b) Direktive 93/38, priznato samo privatnim subjektima koji „djeluju na temelju posebnih ili isključivih prava koja im je dodijelilo nadležno tijelo države članice”, to svojstvo nužno ne podrazumijeva da navedeni subjekti djeluju na temelju „iznimnih ovlasti” u smislu navedene presude Foster i dr., a kako je pojašnjeno osobito navedenim presudama Collino i Chiappero[19] i Rieser Internationale Transporte[20].

40. Osim toga, nisam baš uvjeren da mogućnost pozivanja na direktive na temelju izravnog učinka treba proširiti na takav subjekt.

41. Prije svega treba istaknuti da općenito to što je subjekt obuhvaćen osobnim područjem primjene direktive nije odlučujući čimbenik za to da se protiv njega može pozivati na odredbe direktive koje nisu prenesene[21] jer je bitno to da je na temelju članka 288. trećeg stavka UFEU-a ona upućena samo državama. Stoga je teško tvrditi da je Portgás bio dužan uskladiti se s odredbama Direktive 93/38 prije stupanja na snagu zakonodavnog akta za njezino prenošenje, iako on u svojem svojstvu društva koncesionara za obavljanje javne službe, koje mu je država povjerila kao isključivo pravo, pripada subjektima, koji su izričito obuhvaćeni područjem primjene sporne direktive.

16 — Presuda od 12. srpnja 1990. (C-188/89, Zb., str. I-3313., t. 20.)

17 — Presude od 14. rujna 2000., Collino i Chiappero (C-343/98, Zb., str. I-6659., t. 23.), od 5. veljače 2004., Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Zb., str. I-1477., t. 24.) i od 19. travnja 2007., Farrell (C-356/05, Zb., str. I-3067., t. 40.) i navedena presuda Dominguez (t. 39.)

18 — Vidjeti navedenu presudu Rieser Internationale Transporte (t. 29.).

19 — Vidjeti navedenu presudu Collino i Chiappero, précité (t. 23.).

20 — Vidjeti točke 25. do 27. presude. Radi zaključka da se protiv Asfinaga moglo pozivati na odredbe direktive koje mogu imati izravan učinak, Sud je prethodno ustvrdio da taj subjekt, povrh toga što mu je povjereno obavljanje usluge od općeg interesa na temelju akta tijela javne vlasti pod nadzorom ove potonje, raspolaže iznimnim ovlastima.

21 — Vidjeti osobito presude od 14. srpnja 1994., Faccini Dori (C-91/92, Zb., str. I-3325.) u pogledu Direktive Vijeća 85/577/EEZ od 20. prosinca 1985. za zaštitu potrošača u pogledu ugovora sklopljenih izvan poslovnih prostorija (SL L 372, str. 31.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 15., svezak 13., str. 3.) i od 12. prosinca 1996., X (C-74/95 i C-129/95, Zb., str. I-6609.) u pogledu Direktive Vijeća 90/270/EEZ od 29. svibnja 1990. o minimalnim zahtjevima u pogledu sigurnosti i zaštite zdravlja pri radu sa zaslonima (peta pojedinačna direktiva u smislu članka 16. stavka 1. Direktive 89/391/EEZ) (SL L 156, str. 14.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 5., svezak 4., str. 58.).

42. Nadalje, unatoč sličnostima koje se mogu opravdano utvrditi, pojam „naručitelj” nema isti doseg kao i pojam „država” u funkcionalnom smislu izraza protiv kojeg se pojedinac može pozivati na izravan učinak direktive [22].

43. Isto tako, okolnost da privatni poduzetnik kojem je povjereno da kao isključivi koncesionar obavlja uslugu od javnog interesa nije dostatna da se protiv njega može pozivati na odredbe direktive koja nije prenesena u nacionalni poredak. Mora se utvrditi da navedeni poduzetnik raspolaže iznimnim ovlastima i da je podvrgnut nadzoru tijela javne vlasti [23].

44. Ako se vratimo na glavni postupak, iz dokaza podnesenih Sudu [24] na prvi pogled proizlazi da odnos koji povezuje Portgás i portugalska državna tijela nije tako blizak kao onaj koji je u predmetu povodom kojeg je donesena navedena presuda Foster i dr. povezivao predmetni subjekt i britanska tijela. Čini mi se da su ovlasti nadzora, koje portugalska tijela imaju u pogledu Portgása, puno ograničenije [25].

45. Međutim, budući da sud koji je uputio zahtjev nije podnio dovoljno informacija u vezi s Portgásom kako bi se utvrdilo je li u vrijeme nastanka spornih činjenica navedeni poduzetnik raspolagao iznimnim ovlastima i bio podvrgnut nadzoru tijela javne vlasti, u skladu s pravilom utvrđenim u presudi Foster i dr. [26] i pristupom koji Sud tradicionalno ima u sličnim predmetima [27], na tom je sudu da ispita jesu li ti uvjeti bili ispunjeni u pogledu položaja Portgása u vrijeme nastanka spornih činjenica.

46. Ako nema dokaza iz kojih bi proizlazilo da Portgás treba izjednačiti s državom, trebalo bi isključiti mogućnost pozivanja na direktivu jer, kao što proizlazi iz prethodno navedene ustaljene sudske prakse Suda, odredbe direktive koja nije prenesena ne mogu pojedincu nametnuti obveze.

47. Drukčija bi odluka dovela do toga da se odredbama Direktive 93/38 da izravan učinak prema dolje, te bi se usto omogućilo državi, razmatranoj kao cjelina, da se poziva na svoj propust u odnosu na pojedince.

48. Nasuprot tomu, za slučaj da se Portgás treba izjednačiti s poduzetnikom koji raspolaže javnim ovlastima zbog čega bi bio obuhvaćen navedenim funkcionalnim pojmom države ili njezina pojavnog oblika, treba još utvrditi može li se predmetno ministarstvo pozivati na primjenu direktive koja nije prenesena.

B – *Pitanje, može li se na odredbe sporne direktive pozvati državno tijelo protiv subjekta kvalificiranog kao „pojavni oblik države”.*

49. Kao što sam gore naveo, čini mi se da jedva postoji sumnja u to da se na odredbe direktive ne može pozivati protiv pojedinaca na osnovi izravnog učinka jer direktive stvaraju obveze samo za države kojima su upućene.

22 — Kao što je to naveo nezavisni odvjetnik S. Alber u svojem mišljenju u predmetu povodom kojeg je donesena navedena presuda Rieser Internationale Transporte (t. 35.), „[p]ojam javnog naručitelja ne mora nužno imati isto značenje kao i pojam države u funkcionalnom smislu protiv kojeg se pojedinac može pozivati na izravan učinak direktive”.

23 — Kao što je to istaknuo nezavisni odvjetnik W. Van Gerven u svojem mišljenju u navedenom predmetu Foster i dr. (t. 22.), poduzetnik protiv kojeg se može pozivati na bezuvjetnu i dovoljnu preciznu odredbu jest onaj prema kojem država „preuzima odgovornost koja je stavlja u položaj da na bilo koji način (osim putem izvršavanja opće zakonodavne ovlasti) odlučujuće utječe na ponašanje te osobe ili tog tijela, i to u odnosu na područje u kojem dotična odredba direktive nameće obvezu koju je država članica propustila prenijeti u svoje nacionalno pravo”.

24 — Ti se dokazi sastoje, među ostalim, od Zakonodavnog dekreta br. 33/91 (*Diário da República* I, serija A, br. 13., od 16. siječnja 1991., str. 235.) i ugovora o koncesiji za distribuciju plina koji su u prosincu sklopili Portgás i portugalska država.

25 — U tom smislu proizlazi da država nema ovlast imenovanja direktora društva, mogućnosti davanja općih smjernica – i u određenim slučajevima obvezujućih uputa – u vezi s raznim pitanjima ili čak ovlast određivanja namjene određenih sredstava, a što je moglo izvršiti pritisak na upravljanje predmetnim poduzetnikom.

26 — Kao što proizlazi iz točke 15. navedene presude Foster i dr., iako je u okviru prethodnog postupka Sud nadležan utvrditi kategorije pravnih subjekata protiv kojih se može pozivati na odredbe direktive, s druge je strane na nacionalnim sudovima da odluče spada li stranka u sporu koji im je podnesen na odlučivanje u jednu od tako utvrđenih kategorija.

27 — Vidjeti osobito navedene presude Collino i Chiappero (t. 24.), Farrell (t. 41.) i Dominguez (t. 40.).

50. Nakon što je to pojašnjeno, ostaje jedno pitanje. Treba li u svim slučajevima isključiti to da se država može pozivati na odredbe direktive koja nije prenesena ili se to ograničenje odnosi samo na slučaj u kojemu se mogućnost pozivanja na odredbe direktive koja nije prenesena ostvaruje samo protiv pojedinca? U slučaju u kojem bi trebalo zaključiti da se Portgás može izjednačiti s „pojavnim oblikom države" protiv kojeg se može pozivati na odredbe direktive, može li se ovdje ipak isključiti da se ministarstvo može pozivati na navedenu direktivu?

51. Smatram da na to pitanje valja dati niječan odgovor.

52. Međutim, iz razloga koje ću iznijeti u daljnjem tekstu u takvim hipotetskim okolnostima mogućnost da se državo tijelo protiv drugog državnog tijela poziva na nepoštovanje odredaba direktive predstavljala bi, čini mi se, problematiku koja je nepovezana s tradicionalnom raspravom koja se odnosi na vertikalan, i *a fortiori* horizontalan, izravan učinak direktiva, već bi svoj izvor našla u obvezi nametnutoj svim državnim tijelima da se usklade s odredbama direktiva (članak 288. treći stavak UFEU-a) kao i da lojalno surađuju i osiguraju cjelovito ispunjavanje obveza koje proizlaze iz Ugovorâ ili akata institucija (članak 4. stavak 3. UEU-a).

53. Na prvome mjestu, ne čini mi se da ta problematika ima izravne veze sa sudskom praksom koja se odnosi na intenzitet izravnog učinka koji treba priznati odredbama direktive.

54. Naime, iz izraza upotrijebljenih u sudskoj praksi i tumačenja koje im je, uostalom, pridodano u pravnoj literaturi proizlazi da se „dva pola vertikalnog odnosa karakterističnog za izravan učinak direktiva" [28] sastoje, kao što sam prethodno naveo, od postojanja, s jedne strane, „države članice" – ili jednog od njezinih tijela ili pojavnih oblika – protiv koje se može pozivati na odredbe direktive koje nisu prenesene ili su pogrešno prenesene i, s druge strane, „pojedinca" koji se jedini smije pozivati na takve odredbe kada istekne rok za prenošenje [29].

55. Iako je točno da je Sud prihvatio da se javna tijela, koje se *a priori* može izjednačiti s dijelovima države, mogu po osnovi izravnog učinka direktiva pozivati na precizne i bezuvjetne odredbe direktive koja nije prenesena, navedena tijela ili subjekte treba smatrati upravo pojedincima s obzirom na predmetnu direktivu. Tako je u predmetu, povodom kojeg je donesena presuda Carpaneto Piacentino i dr., Sud istaknuo da se „javnopravna tijela, koja u tom kontekstu treba izjednačiti s pojedincima, stoga mogu pozivati na pravilo neoporezivanja za djelatnosti koje obavljaju kao tijela javne vlasti koja nisu navedena u Prilogu D Direktivi" [30].

56. Na drugome mjestu, čini mi se važnim pojasniti da argument nadahnut načelom „estoppela" ili pravilom „nemo auditur propriam turpitudinem allegans" nema isti značaj u okolnostima u kojima se državno tijelo poziva na odredbe direktive protiv drugog državnog subjekta ili drugog dijela države. Iako taj argument ima smisla kada država želi protiv pojedinaca istaknuti neispunjavanje obveza sadržanih u europskoj direktivi, jer se njime želi izbjeći da država može steći bilo kakvu prednost iz svoje obveze prenošenja, isto nije slučaj kod spora između dva dijela države.

57. Tako, ako se vratimo na glavni postupak, a pod pretpostavkom da Portgás treba izjednačiti s pojavnim oblikom države u smislu navedene presude Foster i dr., bili bismo u konačnici suočeni s dva propusta: s jedne strane, država nije poštovala svoju obvezu iz članka 288. UFEU-a da prenese Direktivu 93/38 i, s druge strane, Portgás kao naručitelj nije poštovao odredbe navedene direktive.

28 — Vidjeti Simon, D., *La directive européenne,* Dalloz, 1997., str. 73.

29 — Ako se, uostalom, preuzme izvornu formulu kojom se koristi sud Unije, utvrđivanje izravnog učinka zasniva se na „pažnj[i] pojedinaca zainteresiranih za zaštitu svojih prava" (vidjeti navedenu presudu van Gend & Loos, t. 25.).

30 — Presuda od 17. listopada 1989., Comune di Carpaneto Piacentino i dr. (231/87 i 129/88, Zb., str. 3233., t. 31.)

58. U takvim okolnostima smatram da ova problematika nije u vezi s bilo kakvom raspravom koja se odnosi na doseg i intenzitet izravnog učinka koji treba priznati preciznim i bezuvjetnim odredbama direktive, već je dio obveza koje su nametnute državnim tijelima na temelju njihove dužnosti lojalne suradnje i njihove obveze da osiguraju cjelovito ispunjavanje obveza koje proizlaze iz prava Unije.

59. Čini mi se važnim istaknuti u tom pogledu da, iako se prva obveza koju države članice imaju u odnosu na provedbu direktiva nedvojbeno sastoji od usklađivanja nacionalnog prava s direktivama tako da u propisanim rokovima donesu mjere za prenošenje usklađene kako s tekstom tako i sa zadanom svrhom, ta obveza nije ograničena na to. Obvezujući učinak priznat direktivama podrazumijeva da i povrh obveze prenošenja sva tijela i dijelovi države jamče djelotvornu provedbu tih akata.

60. Na temelju načela lojalne suradnje države članice poduzimaju sve odgovarajuće mjere, opće i posebne, kako bi osigurale ispunjavanje svojih obveza na temelju prava Unije. Kao što je Sud pojasnio, obveza država članica iz direktive da postignu njome predviđen rezultat i njihova dužnost na temelju Ugovorâ da poduzmu sve odgovarajuće mjere, opće ili posebne, potrebne da se osigura ispunjenje te obveze, odnosi se na sva tijela država članica [31].

61. Sud je tako zaključio da povrh središnjih državnih tijela obvezi poduzimanja svih mjera prikladnih za osiguranje provedbe direktiva podliježu decentralizirana tijela neovisno o stupnju svoje autonomije, kao i sudska tijela.

62. Mišljenja sam da ne treba ograničiti nametanje te obveze provedbe samo na ta tijela i da je radi dosljednosti treba proširiti na sva tijela i subjekte koji ispunjavaju uvjete na temelju kojih ih se može kvalificirati pojavnim oblicima države u funkcionalnom smislu izraza, pri čemu su obrisi te kvalifikacije pojašnjeni u navedenoj presudi Foster i dr.

63. Stoga, u konkretnom predmetu, ako se zaključi da se subjekt, kao što je Portgás, koncesionar za obavljanje javne službe, koji usto ima svojstvo naručitelja, može izjednačiti s državom, uopće ne vidim prepreku za to da se protiv njega može pozivati na odredbe Direktive 93/38. Baš naprotiv, ne samo da se može pozivati na te odredbe već bi on, štoviše, imao kao dio države obvezu poduzeti sve mjere potrebne za provedbu tih odredaba, neovisno, nadalje, o tome ispunjavaju li one tehničke uvjete za mogućnosti pozivanja na njih po osnovi izravnog učinka. U takvom slučaju treba zaključiti da je Portgás podlijegao obvezama predviđenima tom direktivom od 1. siječnja 1998. i da ga se osim toga moglo sankcionirati zbog povrede tih obveza, bilo na temelju odluke nadležnog nadzornog tijela, bilo na temelju odluke nacionalnih sudova donesene na zahtjev trećih osoba oštećenih tom povredom. Takve bi sankcije predstavljale prikladne provedbene mjere dotične direktive jer za cilj imaju upravo poticanje donošenja odluka ili postupaka usklađenih s navedenom direktivom.

64. Nadalje, pozivajući se na Portgásovo kršenje određenih odredaba predmetne Direktive 93/38, ministarstvo se u svojem svojstvu nadzornog tijela samo usklađuje sa svojom obvezom provedbe i lojalne suradnje, neovisno o prenošenju navedene direktive. S tog mu se gledišta ne može prigovoriti da je stekao bilo kakvu prednost na temelju okolnosti da direktiva nije prenesena.

31 — Vidjeti osobito presudu od 10. travnja 1984., von Colson i Kamann (14/83, Zb., str. 1891.) i navedenu presudu Kolpinghuis Nijmegen (t. 12.).

65. Ova obveza suradnje i usklađivanja čini mi se, uostalom, pojačanom u slučaju u kojem je kao u glavnom postupku državnom tijelu, kao nadzornom tijelu, povjereno osigurati dobro upravljanje i usklađenost djelatnosti koje se financiraju iz strukturnih fondova. Kao što je to Komisija istaknula u svojim podnescima, upravljačka tijela, koja su države članice odredile za upravljanje pomoći iz tih fondova, preuzimaju posebnu odgovornost jer moraju izričito osigurati da su usklađeni s odredbama Ugovorâ i aktima sekundarnog prava, među kojima se nalaze akti primjenjivi na područje sklapanja ugovora o javnoj nabavi [32].

66. Stoga, ako treba zaključiti da se Portgás može izjednačiti s državom, ne vidim nikakvu prepreku za mogućnost pozivanja na odredbe Direktive 93/38 protiv njega, i to čak i ako se na nju poziva drugo državno tijelo. Točno je da sudska praksa prihvaća izravan učinak neprenesenih direktiva samo kada se na njih poziva pojedinac protiv države ili tijela koje se može s njom izjednačiti, pri čemu se taj učinak izričito isključuje kada se na njega poziva država protiv pojedinca. Međutim, to ne znači da se na odredbe direktive ne može pozivati u sporu između države i tijela koje je s njome povezano. To više nije pitanje izravnog učinka, već obveze provedbe direktive s obzirom na dužnost ispunjenja obveza koje proizlaze iz prava Unije i lojalne suradnje, a koja je nametnuta svim tijelima i dijelovima države.

IV – Zaključak

67. S obzirom na sva prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodno pitanje, koje je uputio Tribunal administrativo e fiscal do Porto, odgovori na sljedeći način:

Na članak 4. stavak 1. i članak 14. stavak 1. točku (c) podtočku (i) Direktive Vijeća 93/38/EEZ od 14. lipnja 1993. o usklađivanju postupaka nabave subjekata koji djeluju u sektoru vodnoga gospodarstva, energetskom, prometnom i telekomunikacijskom sektoru, kako je izmijenjena Direktivom 98/4/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 16. veljače 1998., ne mogu se pozivati tijela države članice protiv privatnog poduzetnika samo zbog toga što djeluje kao isključivi koncesionar za obavljanje službe od javnog interesa koji po osobnom kriteriju ulazi u područje primjene te direktive dok navedena direktiva još uvijek nije prenesena u unutarnji pravni poredak navedene države članice. Na nacionalnom je sudu da utvrdi raspolaže li predmetni poduzetnik iznimnim ovlastima povrh svojstva koncesionara za obavljanje javne službe.

32 — Vidjeti osobito članke 12. i 38. Uredbe Vijeća (EZ) br. 1260/1999 od 21. lipnja 1999. o utvrđivanju općih odredaba o strukturnim fondovima (SL L 161, str. 1.) koja se primjenjuje na činjenice na koji se glavni postupak odnosi. U ovom slučaju može izgledati iznenađujuće da se rasprava usredotočuje na pitanje mogućnosti pozivanja na Direktivu 93/38 iako su nadležna nacionalna tijela u svakom slučaju bila dužna osigurati potpuno poštovanje odredaba europske uredbe koje upućuju na primjenjiva pravila na području javne nabave čija obvezatnost i izravna primjenjivost uopće nisu dvojbene.