



Teismo praktikos rinkinys

GENERALINIO ADVOKATO
NILS WAHL IŠVADA
pateikta 2013 m. rugsėjo 18 d.¹

Byla C-425/12

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

(Tribunal administrativo e fiscal do Porto (Portugalija) pateiktas prašymas priimti prejudicinį sprendimą)

„Viešųjų pirkimų tvarka vandens, energetikos, transporto ir telekomunikacijų sektoriuose — Direktyva 93/38/EEB — Neperkėlimas į vidaus teisę — Galimybė valstybės institucijai remtis tam tikromis Direktyvos 98/38/EEB nuostatomis įstaigos, viešųjų paslaugų koncesininkės, turinčios perkančiojo subjekto statusą, atžvilgiu“

1. Nors Teismas neseniai minėjo savo garsiojo Sprendimo *van Gend & Loos*² penkiasdešimtąsias metines, diskusijos dėl tiesioginio Sąjungos teisės veikimo įtvirtinimo padarinių toli gražu nėra baigtos. Ypač tai pasakytina apie direktyvų tiesioginio veikimo apimtį. Tai liudija ši byla, kurioje Teisingumo Teismui dar kartą suteikiama proga priminti, kokiomis sąlygomis galima remtis į vidaus teisę neperkelta direktyva.

2. Konkrečiau, byloje keliamas klausimas, ar gali valstybė įstaigos, viešosios paslaugos koncesininkės, be kita ko, turinčios perkančiojo subjekto statusą, atžvilgiu remtis tam tikromis 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyvos 93/38/EEB dėl subjektų, vykdančių savo veiklą vandens, energetikos, transporto ir telekomunikacijų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo³, iš dalies pakeistos 1998 m. vasario 16 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 98/4/EB⁴, nuostatomis, jeigu per nustatytą terminą minėtas teisės aktas nebuvo perkeltas į vidaus teisę, ir jeigu gali, tai kokiomis sąlygomis.

I – Teisinis pagrindas

A – *Sąjungos teisė*

3. Direktyvos 93/38 2 straipsnio 1 dalyje numatyta:

„Ši direktyva taikoma perkančiosioms organizacijoms, kurios:

- a) yra valstybinės valdžios institucijos arba valstybiniai ūkio subjektai [valstybinės įmonės] ir vykdo vieną iš 2 dalyje nurodytų veiklos rūšių;

1 — Originalo kalba: prancūzų.

2 — 1963 m. vasario 5 d. Sprendimas, 26/62, Rink. p. 1.

3 — OL L 199, p. 84.

4 — OL L 101, p. 1.

b) jei nėra valstybinės valdžios institucijos arba valstybinės įmonės, vykdo vieną iš 2 dalyje nurodytų veiklos rūšių arba jų derinį ir veikia remdamosi specialiomis arba išimtinėmis teisėmis, kurias suteikė kompetentinga valstybės narės institucija“.

4. Tarp Direktyvos 93/38 2 straipsnio 2 dalyje minimų veiklos rūšių yra stacionariųjų tinklų, kurių tikslas – teikti visuomenei paslaugas, susijusias su dujų gavyba, tiekimu ar paskirstymu, pateikimas naudotis ir eksploatavimas.

5. Šios direktyvos 4 straipsnio 1 ir 2 dalyse numatyta:

„1. Sudarydamos tiekimų[o], darbų arba paslaugų sutartis, arba organizuodamos numatomus konkursus, perkančiosios organizacijos taiko procedūras, priimtas pagal šios direktyvos nuostatas [suderintas su šios direktyvos nuostatomis].

2. Perkančiosios organizacijos garantuoja, kad nebūtų skirtingų tiekėjų, rangovų arba paslaugų teikėjų diskriminavimo“.

6. Pagal minėtos direktyvos 14 straipsnio 1 dalies c punkto i papunktį ji taikoma sutartims, kurias sudaro perkančiosios organizacijos, užsiimančios dujų tiekimo arba paskirstymo veikla, jeigu apskaičiuota sutarties vertė be pridėtinės vertės mokesčio (PVM) yra ne mažesnė kaip 400 000 eurų.

7. Pagal Direktyvos 93/38 45 straipsnio 2 dalį Portugalijos Respublika privalėjo patvirtinti minėtos direktyvos įgyvendinimo priemones ir pradėti jas taikyti ne vėliau kaip 1998 m. sausio 1 d. Atsižvelgiant į šios direktyvos pakeitimus, padarytus Direktyva 98/4, pagal pastarosios direktyvos 2 straipsnio 2 dalį jos privalėjo būti perkeltos į Portugalijos vidaus teisės sistemą ne vėliau kaip 2000 m. vasario 16 d.

B – *Portugalijos teisė*

8. 2001 m. rugpjūčio 9 d. Dekretu įstatymu Nr. 223/2001⁵ Direktyva 93/38 buvo perkelta į Portugalijos teisės sistemą. Pagal dekreto įstatymo 53 straipsnio 1 dalį, jis įsigaliojo praėjus 120 dienų po jo paskelbimo.

II – Pagrindinė byla, prejudicinis klausimas ir procesas Teisingumo Teisme

9. *Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás SA* (toliau – *Portgás*) yra pagal Portugalijos teisę veikianti akcinė bendrovė, užsiimanti gamtinių dujų gamyba ir paskirstymu⁶.

10. 2001 m. liepos 7 d. *Portgás* sudarė su bendrove *Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda* sutartį dėl dujų skaitiklių tiekimo. Šios sutarties vertė buvo 437 053,20 euro be PVM (t. y. 532 736,92 euro).

11. 2001 m. gruodžio 21 d. *Portgás* pateikė paraišką dėl Bendrijos bendro finansavimo iš Europos regioninės plėtros fondo; ši paraiška buvo patenkinta. 2002 m. spalio 11 d. buvo pasirašyta sutartis dėl finansinės paramos, iš kurios turėjo būti dengiamos tinkamos finansuoti projekto POR/3.2/007/DREN, į kurį buvo įtrauktas dujų skaitiklių įsigijimas, išlaidos, skyrimo.

5 — *Diário da República* I, serija A, Nr. 184, 2001 m. rugpjūčio 9 d., p. 5002.

6 — Kaip informavo pareiškėja pagrindinėje byloje, nuo įsteigimo ji iš esmės priklauso privatiems akcininkams.

12. 2009 m. spalio 29 d., po Generalinio finansų inspektoriaus tarnybos atlikto projekto audito, *Programa Operacional Norte* (Nord veiksmų programos) vadovas pareikalavo grąžinti *Portgás* pagal projektą POR/3.2/007/DREN suteiktą paramą dėl to, kad minėta įmonė pažeidė Sąjungos teisėje nustatytas viešiesiems pirkimams taikomas taisykles, todėl visos išlaidos, kurioms buvo taikomas bendras finansavimas, turėjo būti pripažintos netinkamomis finansuoti.

13. *Portgás* pateikė *tribunal administrativo e fiscal do Porto* specialųjį administracinį skundą, siekdama, kad šis sprendimas būtų paskelbtas negaliojančiu arba panaikintas, argumentuodama tuo, kad Portugalijos valstybė negalėjo iš jos – privačios įmonės – reikalauti laikytis Direktyvos 93/38 nuostatų. Atsižvelgiant į tai, kad ginčijamų įvykių metu ši direktyva dar nebuvo perkelta į Portugalijos teisės sistemą, jos atžvilgiu šios nuostatos negalėjo turėti jokio tiesioginio poveikio.

14. *Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território* (Žemės ūkio, jūros, aplinkos ir teritorijų planavimo ministerija, toliau – ministerija), atsakovė pagrindinėje byloje, savo ruožtu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui nurodė, kad Direktyva 93/38 skirta ne tik valstybėms narėms, bet ir visiems šioje direktyvoje apibrėžtiems perkantiesiems subjektams. Ministerijos teigimu, kadangi *Portgás* buvo išimtinė viešosios paslaugos teikėja teritorijoje, kurioje taikoma koncesija, jai buvo taikomos minėtoje direktyvoje nustatytos pareigos.

15. Abejodamas dėl Sąjungos teisės nuostatų, kuriomis remiamasi pagrindinėje byloje, aiškinimo, 2012 m. birželio 26 d. *tribunal administrativo e fiscal do Porto* nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui šį prejudicinį klausimą:

„Ar Direktyvos 93/38 <...> 4 straipsnio 1 dalis ir 14 straipsnio 1 dalies c punkto i papunktis, iš dalies pakeisti Direktyva 98/4 <...>, ir kitos šių direktyvų nuostatos arba taikytini pagrindiniai Bendrijos teisės principai gali būti aiškinami taip, kad jais sukuriama pareiga privatiems viešųjų paslaugų koncesininkams (konkrečiai, Direktyvos 93/38 2 straipsnio 1 dalies b punkte numatytam subjektui), nors Portugalijos valstybė nebuvo perkėlus minėtos direktyvos į nacionalinę teisę, o šių pareigų nevykdymu Portugalijos valstybė gali remtis prieš tokį privatų subjektą koncesininką vienos iš savo ministerijų priimtame akte“?

16. Pareiškėja pagrindinėje byloje, Portugalijos vyriausybė ir Europos Komisija Teisingumo Teismui pateikė savo rašytines pastabas.

17. Šalims buvo pateikti rašytiniai klausimai ir prašymas koncentruoti argumentus. Teismo posėdis įvyko 2013 m. liepos 4 d.

III – Analizė

18. Primenu, kad šis prašymas priimti prejudicinį sprendimą buvo pateiktas nagrinėjant tarp *Portgás* ir ministerijos kilusį ginčą dėl sprendimo, kuriuo buvo nurodyta grąžinti finansinę paramą, suteiktą minėtai bendrovei iš Europos regioninės plėtros fondo, dėl to, kad pirkdama dujų skaitiklius iš kitos įmonės, *Portgás* nesilaikė tam tikrų Sąjungos teisėje nustatytų viešiesiems pirkimams taikomų taisyklių.

19. *Portgás* ginčija minėtą sprendimą ir pabrėžia, kad, atsižvelgiant į tai, kad ji yra privati įmonė, Direktyvos 93/38, kuri faktinių bylos aplinkybių momentu dar nebuvo perkelta į vidaus teisę, nuostatos jai negalėjo turėti tiesioginio vertikalaus poveikio. Ministerija, laikydama nuostatos, kad Direktyva 93/38 taikoma ne tik valstybėms narėms, bet ir bet kuriam perkančiajam subjektui, kaip jie suprantami pagal minėtos direktyvos 2 straipsnio 1 dalies b punktą, savo ruožtu tvirtina, kad joje nustatytos pareigos visiems toje nuostatoje nurodytiems subjektams, o konkrečiai tiems, kurie naudojami valstybės narės jiems suteiktomis išimtinėmis teisėmis. Būtent taip yra šiuo atveju, nes įmonė pareiškėja yra viešosios paslaugos koncesininkė.

20. Į Teisingumo Teismą iš esmės kreiptasi su klausimu, ar ir kokiomis sąlygomis Direktyvos 93/38 nuostatomis galėtų būti remiamasi viešųjų paslaugų koncesininkės, turinčios perkančiojo subjekto statusą, atžvilgiu, jeigu ši direktyva nebuvo perkelta į vidaus teisę.

21. Nors pagal nusistovėjusią Teisingumo Teismo praktiką klausimas dėl galimybės remtis direktyva įmonės, kuri yra viešųjų paslaugų koncesininkė, atžvilgiu toli gražu nėra naujas, ši byla tam tikra prasme yra ypatinga dėl to, kad laikytis direktyvos reikalauja valstybės valdžios institucija.

22. Pirmiausia pažymėtina, kad visiškai nekliamas klausimas, ar direktyvos nuostatos, kurias prašoma taikyti, t. y. Direktyvos 93/38 4 straipsnio 1 dalis ir 14 straipsnio 1 dalies c punkto i papunktis, atitinka „technines“ tikslumo, aiškumo ir besąlygiškumo sąlygas, kad jomis būtų galima remtis valstybės atžvilgiu⁷.

23. Be to, neabejoju, kad šios nuostatos atitinka reikalaujamus kriterijus. Iš tiesų, kalbant apie tiekimo ir paslaugų sutartis, kurių numatoma vertė be PVM yra ne mažesnė kaip 400 000 eurų, šiomis nuostatomis, be kita ko, perkantiesiems subjektams, vykdančioms veiklą transporto arba dujų paskirstymo sektoriuose, nustatomas aiškus ir besąlyginis reikalavimas, kad tokie viešieji pirkimai privalo atitikti Direktyvos 93/38 nuostatas ir joje numatytą tvarką ir būti vykdomi taip, kad nebūtų diskriminuojami tiekėjai, rangovai ar paslaugų teikėjai. Neatrodo, kad tam, jog būtų užtikrinta atitiktis šiems reikalavimams, reikalingos kokios nors specialios įgyvendinimo priemonės. Mano manymu, toks vertinimas tvirtai pagrįstas teismo praktika dėl panašių su viešaisiais pirkimais susijusių nuostatų⁸.

24. Tačiau diskutuotina, ar *Portgás* atžvilgiu galima remtis šiomis nuostatomis vien dėl to, kad ji yra viešųjų paslaugų koncesininkė, pagal Direktyvos 93/38 2 straipsnio 1 dalį turinti perkančiojo subjekto statusą. Taip pat kyla klausimas, ar, nepriklausomai nuo to, ar teismo praktikos požiūriu *Portgás* galima laikyti „valstybės vardu veikiančiu subjektu“, valstybės institucija gali reikalauti taikyti tam tikras šios direktyvos nuostatas.

25. Taigi šios bylos aplinkybėmis manau, jog tam, kad būtų galima atsakyti į iškeltą klausimą, pirmiausia reikia nustatyti, ar *Portgás* atžvilgiu galima remtis Direktyvos 93/38 nuostatomis vien dėl to, kad ji yra viešųjų paslaugų koncesininkė, ir, atsakius teigiamai, išsiaiškinti, ar valstybės narės valdžios institucijos gali reikalauti jos atžvilgiu taikyti minėtos direktyvos, kuri ginčijamų įvykių metu nebuvo perkelta į teisės sistemą, nuostatas.

26. Kitaip tariant, atsakius į klausimą, *kieno atžvilgiu* galima remtis direktyvos nuostatomis, kurios nebuvo perkeltos arba buvo perkeltos netinkamai, taip pat reikia išsiaiškinti, *kas* gali remtis minėtomis nuostatomis ir, jei reikia, *koku pagrindu*.

A – Dėl galimybės remtis Direktyvos 93/38 nuostatomis Portgás atžvilgiu vien dėl to, kad ji yra viešųjų paslaugų koncesininkė ir pagal minėtos direktyvos 2 straipsnį turi perkančiojo subjekto statusą

27. Šioje byloje konfrontuoja du požiūriai.

7 — Pagal nusistovėjusią praktiką visais atvejais, jeigu direktyvos nuostatos, atsižvelgiant į jų turinį, atrodo besąlyginės ir pakankamai tikslios, privatus asmenys gali jomis remtis prieš valstybę nacionaliniuose teismuose tuo atveju, jeigu ši per nustatytus terminus neperkėlė direktyvos į nacionalinę teisę arba jeigu perkėlimas buvo netinkamas (žr., be kitų, 1982 m. sausio 19 d. Sprendimą *Becker* (8/81, Rink. p. 53, 25 punktas) ir 2012 m. sausio 24 d. Sprendimą *Dominguez* (C-282/10, 33 punktas ir jame nurodyta praktika).

8 — Visų pirma žr. 1988 m. rugsėjo 20 d. Sprendimą *Beentjes* (31/87, Rink. p. 4635, 40–44 punktai); 1989 m. birželio 22 d. Sprendimą *Costanzo* (103/88, Rink. p. 1839, 29–31 punktai); 1998 m. rugsėjo 24 d. Sprendimą *Tögel* (C-76/97, Rink. p. I-5357, 42–47 punktai), 1999 m. kovo 4 d. Sprendimą *HI* (C-258/97, Rink. p. I-1405, 34–39 punktai); 1999 m. rugsėjo 16 d. Sprendimą *Fracasso ir Leitschutz* (C-27/98, Rink. p. I-5697, 36 ir 37 punktai) ir 2001 m. spalio 18 d. Sprendimą *SIAC Construction* (C-19/00, Rink. p. I-7725, 35–45 punktai).

28. Viena vertus, pareiškėja pagrindinėje byloje iš esmės teigia, jog, kadangi tuo metu, kai buvo sudaryta minėta tiekimo sutartis, Direktyva 93/38 dar nebuvo perkelta į vidaus teisę, Portugalijos valdžios institucijos negalėjo jos atžvilgiu remtis minėtos direktyvos nuostatomis. Ji primena, kad pagal nusistovėjusią teismo praktiką neperkeltomis direktyvomis negali būti sukuriamos pareigos privatiems asmenims. Pažymėtina, kad ji turi būtent privataus asmens statusą, nepaisant to, kad yra viešųjų paslaugų koncesininkė. Ji taip pat pabrėžia, kad neturi jokių specialių teisių.

29. Kita vertus, Portugalijos vyriausybė ir Komisija iš esmės tvirtina, kad *Portgás*, būdama išimtinė viešųjų paslaugų koncesininkė ir pagal Direktyvos 93/38 2 straipsnio 1 dalies b punktą turėdama perkančiojo subjekto statusą, privalėjo laikytis šios direktyvos nuostatų, net jeigu tuo metu, kai buvo sudaryta bylai reikšminga tiekimo sutartis, šis teisės aktas dar nebuvo perkeltas į vidaus teisę.

30. Manau, svarbu priminti, kad tiesioginio direktyvų veikimo pripažinimas iš esmės yra pagrįstas dviem vienas kitą papildančiais tikslais: būtinybe veiksmingai užtikrinti iš šių teisės aktų kylančias privačių asmenų teises ir siekiu pritaikyti sankcijas nacionalinėms institucijoms, kurios nesilaiko privalomumo reikalavimo ir neužtikrina jų veiksmingo taikymo⁹.

31. Vertinant šiuo požiūriu ir atsižvelgiant į tai, ką nuolat primena Teisingumo Teismas, privalomas direktyvos pobūdis, kuriuo grindžiama galimybė ja remtis nacionaliniame teisme, galioja tik „kiekvienai valstybei narei, kuriai ji skirta“. Darytina išvada, kad pačia direktyva savaime negali būti sukuriamos pareigos privatiems asmenims, taigi negalima ir remtis direktyvos nuostatomis prieš tokius asmenis¹⁰. Nacionalinė institucija negali privataus asmens atžvilgiu remtis direktyvos nuostata, kurios privalomas perkėlimas į nacionalinę teisę dar nėra įvykdytas¹¹.

32. Kitaip tariant, neatsižvelgiant į abejones, kurių šiuo atveju pagrįstai galėjo kilti¹², tiesioginis direktyvų veikimas gali būti tik „vertikalus“ ir tik pagrįstas principu „iš apačios į viršų“, t. y. juo galima remtis tik tuo atveju, kai skundą pateikia privatus asmuo prieš valstybės instituciją. Ši taisyklė reiškia, kad nacionalinių teismų pareiga aiškinti nacionalinės teisės nuostatas atsižvelgiant į jų atitiktį direktyvos nuostatomis yra ribota, jeigu tokiu aiškinimu privačiam asmeniui nustatoma neperkeltoje direktyvoje numatyta pareiga¹³.

33. Vis dėlto tokį ribojimą kompensuoja tai, kad subjektai, prieš kuriuos gali būti remiamasi besąlyginėmis ir pakankamai tiksliais Europos direktyvos nuostatomis, būna įvairių formų ir statusų. Taip pat yra aiškiai įtvirtinta, kad „valstybės narės“, prieš kurią gali būti remiamasi direktyvos nuostatomis, sąvoka yra suprantama ir funkciškai, ir plečiamai.

34. Pirmiausia ji apima visas viešojo administravimo institucijas, įskaitant decentralizuotas institucijas¹⁴. Be to, kai asmenys gali remtis direktyva prieš valstybę, tai jie gali daryti, kad ir koks būtų jos statusas – kaip darbdavės ar viešosios valdžios institucijos. Abiem atvejais valstybei faktiškai turi būti užkirstas kelias gauti naudos dėl Sąjungos teisės nesilaikymo¹⁵.

9 — Žr., konkrečiai, 1986 m. vasario 26 d. Sprendimą *Marshall* (152/84, Rink. p. 723, 47 punktą).

10 — Minėtas Sprendimas *Marshall* (48 punktą); 1987 m. spalio 8 d. Sprendimas *Kolpinghuis Nijmegen* (80/86, Rink. p. 3969, 9 punktą) ir 1996 m. rugsėjo 26 d. Sprendimas *Arcaro* (C-168/95, Rink. p. I-4705, 36 punktą).

11 — Visų pirma žr. minėtą Sprendimą *Kolpinghuis Nijmegen* (10 punktą).

12 — Neįmanoma išvardyti visų gausių praktikos komentarų ir teisinės literatūros pavyzdžių, skirtų direktyvų taikymo sąlygoms, ypač horizontalių ginčų atveju. Šiuo atveju apsiribosiu generalinio advokato Cruz Villalón paminėtomis nuorodomis jo neseniai paskelbtų išvadų 75 punkte (32 išnaša) Teisingumo Teismo nagrinėjamoje byloje *Association de médiation sociale* (C-176/12).

13 — Žr., konkrečiai, minėtą Sprendimą *Arcaro* (42 punktą).

14 — Visų pirma žr. minėtą Sprendimą *Costanzo* (32 punktą).

15 — Visų pirma žr. minėtą Sprendimą *Marshall* (49 punktą).

35. Aiškinant plačiau, ši sąvoka reiškia visus viešuosius ir privačius asmenis, palaikančius su valstybe ypatingus santykius, t. y., kaip buvo nustatyta Sprendime *Foster ir kt.*¹⁶ ir nuo tada ne kartą priminta¹⁷, įstaigas ir įmones, kurioms, neatsižvelgiant į jų teisinę formą, viešosios valdžios institucijos aktu ir jai kontroliuojant pavesta teikti viešąsias paslaugas ir kurios dėl to turi didesnius įgaliojimus, palyginti su privačių asmenų tarpusavio santykiams taikomomis taisyklėmis.

36. Pavyzdžiui, Teisingumo Teismas yra nusprendęs, kad privataus juridinio asmens atžvilgiu gali būti remiamasi direktyvos nuostatomis, turinčiomis tiesioginį poveikį, jeigu valstybė tokiam juridiniam asmeniui yra pavedusi konkrečias funkcijas ir tiesiogiai ar netiesiogiai kontroliuoja tokį juridinį asmenį¹⁸.

37. Vis dėlto, man neatrodo, kad iš praktikos išplaukia, jog vien tai, kad pagal Europos teisės aktus įmonė turi perkančiojo subjekto statusą, reiškia, kad ji turėtų būti laikoma valstybės dalimi.

38. Pagal Teisingumo Teismo praktiką, jeigu direktyvos nuostatos gali turėti tiesioginį poveikį įstaigai, kuriai, kontroliuojamai valstybės, pavesta teikti viešojo intereso paslaugas, reikia, kad tokia įstaiga turėtų ir didesnius įgaliojimus, palyginti su tais, kurie suteikiami pagal privačių asmenų santykiams taikytinas taisykles.

39. Tačiau, jeigu, kaip nurodė Komisija, perkančiuoju subjektu, kaip jis suprantamas pagal Direktyvos 93/38 2 straipsnio 1 dalies b punktą, gali būti pripažįstami tik privatūs subjektai, kurie „veikia remdamiesi specialiomis arba išimtinėmis teisėmis, kurias suteikė kompetentinga valstybės narės institucija“, tai nebūtinai reiškia, kad minėti subjektai turi „didesnius įgaliojimus“, kaip jie apibrėžti minėtame Sprendime *Foster ir kt.* ir kaip išaiškinta minėtuose Sprendimuose *Collino ir Chiappero*¹⁹ bei *Rieser Internationale Transporte*²⁰.

40. Taip pat visai nesu įsitikinęs, kad vertėtų išplėsti galimybę remtis direktyvomis, vadovaujantis jų tiesioginio veikimo principu, prieš tokį subjektą.

41. Pirmiausia pabrėžtina, jog paprastai tai, kad subjektas patenka į direktyvos taikymo asmenims sritį, nėra lemiamas veiksnys, kad jo atžvilgiu būtų galima remtis neperkeltomis tos direktyvos nuostatomis²¹, nes svarbu būtent tai, jog pagal SESV 288 straipsnio trečią pastraipą ji yra skirta tik valstybėms. Taigi, nors *Portgás*, kaip įmonė, teikianti viešąsias paslaugas, išimtinai jai pavestas teikti valstybės, yra vienas iš subjektų, aiškiai numatytų nagrinėjamoje direktyvoje kaip patenkančių į jos taikymo sritį, sudėtinga pagrįsti teiginį, kad ji privalėjo laikytis Direktyvos 93/38 nuostatų dar prieš įsigaliojant teisės aktui, kuriuo ji buvo perkelta.

16 — 1990 m. liepos 12 d. Sprendimas (C-188/89, Rink. p. I-3313, 20 punktą).

17 — 2000 m. rugsėjo 14 d. Sprendimas *Collino ir Chiappero* (C-343/98, Rink. p. I-6659, 23 punktą); 2004 m. vasario 5 d. Sprendimas *Rieser Internationale Transporte* (C-157/02, Rink. p. I-1477, 24 punktą); 2007 m. balandžio 19 d. Sprendimas *Farrell* (C-356/05, Rink. p. I-3067, 40 punktą) ir minėtas Sprendimas *Dominguez* (39 punktą).

18 — Žr. minėtą Sprendimą *Rieser Internationale Transporte* (29 punktą).

19 — Žr. minėtą Sprendimą *Collino ir Chiappero* (23 punktą).

20 — Žr. sprendimo 25–27 punktus. Konstatuodamas, kad *Asfinag* atžvilgiu galėjo būti remiamasi tiesioginį poveikį turinčia direktyva, Teisingumo Teismas iš pradžių nusprendė, jog šiai įstaigai ne tik viešosios valdžios institucijos aktu ir jos kontroliuojamai buvo pavesta teikti viešąsias paslaugas, bet ji taip pat turėjo didesnius įgaliojimus.

21 — Visų pirma žr. 1994 m. liepos 14 d. Sprendimą *Faccini Dori* (C-91/92, Rink. p. I-3325), susijusį su 1985 m. gruodžio 20 d. Tarybos direktyva 85/577/EEB dėl vartotojų apsaugos, susijusios su sutartimis, sudarytomis ne prekybai skirtose patalpose (OL L 372, p. 31), ir 1996 m. gruodžio 12 d. Sprendimą *X* (C-74/95 ir C-129/95, Rink. p. I-6609), susijusį su asmenimis, patenkančiais į 1990 m. gegužės 29 d. Tarybos direktyvos 90/270/EEB dėl saugos ir sveikatos apsaugos būtiniausių reikalavimų dirbant su displėjaus ekrano įrenginiais (penktoji atskira direktyva, kaip nurodyta Direktyvos 89/391/EEB 16 straipsnio 1 dalyje) (OL L 156, p. 14) taikymo sritį.

42. Be to, nepaisant galimų pagrįstų palyginimų, sąvokos „perkantysis subjektas“ aprėptis nėra tokia pati, kaip „valstybės“, kurios atžvilgiu subjektas gali remtis tiesioginiu direktyvos veikimu, sąvokos, atsižvelgiant į šio termino funkcinį aspektą²².

43. Taip pat ir tos aplinkybės, kad privačiai įmonei, kaip išimtinai koncesioninkei, yra pavesta teikti viešąsias paslaugas, nepakanka tam, kad jos atžvilgiu būtų galima remtis į vidaus teisės sistemą neperkeltos direktyvos nuostatomis. Turi būti konstatuota, kad minėta įmonė turi didesnius įgaliojimus ir yra kontroliuojama valstybės institucijų²³.

44. Grįžtant prie pagrindinės bylos, reikėtų pasakyti, kad iš pirmo žvilgsnio iš Teisingumo Teismui pateiktų dokumentų²⁴ matyti, jog santykiai, kuriais *Portgás* susijusi su Portugalijos valstybės institucijomis, nėra tokie glaudūs, kaip tie, kuriais minėtame Sprendime *Foster ir kt.* buvo susijusi nagrinėta įmonė ir Didžiosios Britanijos institucijos. Kontrolės įgaliojimai, kuriuos *Portgás* atžvilgiu turi Portugalijos institucijos, mano nuomone, yra kur kas labiau apriboti²⁵.

45. Vis dėlto, kadangi prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nepateikė pakankamai informacijos apie *Portgás*, kad būtų galima nustatyti, ar minėta įmonė bylai reikšmingų įvykių metu turėjo didesnius įgaliojimus ir buvo kontroliuojama valstybės institucijų, laikantis Sprendime *Foster ir kt.* suformuluotos taisyklės²⁶ ir požiūrio, kurio Teisingumo Teismas paprastai laikosi panašiose bylose²⁷, nagrinėti, ar ginčijamų įvykių metu *Portgás* padėtis atitiko minėtas sąlygas, turės minėtas teismas.

46. Kadangi nėra duomenų, patvirtinančių, kad *Portgás* turėtų būti prilyginta valstybei, galimybė remtis direktyva turėtų būti atmesta, nes, kaip matyti iš pirmiau nurodytos nusistovėjusios Teisingumo Teismo praktikos, neperkeltos direktyvos nuostatomis privatiems asmenims negali būti sukuriamos pareigos ir jomis negalima remtis prieš tokius asmenis.

47. Kitoks sprendimas reikštų Direktyvos 93/38 nuostatų tiesioginį veikimą „iš viršaus į apačią“, be to, valstybei, suvokiamai kaip vienetas, būtų leista privačių asmenų atžvilgiu remtis savo pareigų nevykdymu.

48. Kita vertus, tuo atveju, jeigu *Portgás* turėtų būti prilyginta įmonei, turinčiai viešosios valdžios įgaliojimus ir todėl patenkančiai į minėtą funkcinę valstybės ar jos vardu veikiančio subjekto sąvoką, dar reikėtų nustatyti, ar šioje byloje aptariama ministerija gali remtis neperkeltos direktyvos taikymu.

22 — Kaip nurodė generalinis advokatas S. Alber savo išvadoje byloje, kurioje buvo priimtas 35 punkte minėtas Sprendimas *Rieser Internationale Transporte*, „perkančiosios organizacijos sąvoka nebūtinai turi turėti tą pačią reikšmę, kaip žodis „valstybė“, kurios atžvilgiu galima remtis tiesioginiu direktyvos veikimu, atsižvelgiant į jos funkcinį aspektą“.

23 — Kaip pabrėžė generalinis advokatas W. Van Gerven savo išvadoje minėtoje byloje *Foster ir kt.* (22 punkte), įmonė, kurios atžvilgiu galima remtis besąlygine ir pakankamai tikslia nuostata, yra ta, kurios atžvilgiu valstybė „priima atsakomybę, kuri jai leidžia bet kokiomis priemonėmis (išskyrus bendruosius teisės aktus) daryti lemiamą įtaką šio asmens ar šios įstaigos elgesiui srityje, kurioje atitinkama direktyvos nuostata nustato pareigą, kurios valstybė narė neperkėlė į savo nacionalinę teisę“.

24 — Tarp šių dokumentų, be kita ko, yra Dekretas įstatymas Nr. 33/91 (*Diário da República* I, serija A, Nr. 13, 1991 m. sausio 16 d., p. 235) ir 1993 m. gruodžio mėn. *Portgás* ir Portugalijos valstybės sudaryta dujų paskirstymo koncesijos sutartis.

25 — Šiuo požiūriu atrodo, kad valstybė neturi teisės skirti įmonės vadovų, galimybės leisti bendrųjų taisyklių, o kai kuriais atvejais – privalomų instrukcijų, įvairiais klausimais, nei teisės nurodyti, kam naudoti tam tikras lėšas, ir taip daryti spaudimą nagrinėjamos įmonės vadovams.

26 — Kaip matyti iš minėto Sprendimo *Foster ir kt.* 15 punkto, Teisingumo Teismas, nagrinėdamas prejudicinį klausimą, yra kompetentingas spręsti, kokių kategorijų teisės subjektų atžvilgiu galima remtis direktyvos nuostatomis, vis dėlto spręsti, ar nagrinėjamos bylos šalis priskirtina tokiai apibrėžtai kategorijai, turi nacionaliniai teismai.

27 — Visų pirma žr. minėtus Sprendimus *Collino ir Chiappero* (24 punktą), *Farrell* (41 punktą) ir *Dominguez* (40 punktą).

B – *Dėl klausimo, ar valstybės institucija gali remtis nagrinėjamos direktyvos nuostatomis įmonės, apibūdinamos kaip „valstybės vardu veikiantis subjektas“, atžvilgiu*

49. Kaip minėjau pirmiau, nekyla jokių abejonų, kad direktyvų nuostatomis pagal tiesioginio veikimo principą negali būti remiamasi prieš privačius asmenis, nes direktyvomis sukuriamos pareigos tik toms valstybėms narėms, kurioms jos skirtos.

50. Tai pažymėjus, lieka vienas klausimas. Ar valstybei turėtų būti draudžiama remtis neperkeltos direktyvos nuostatomis visais atvejais, ar vis dėlto šis apribojimas turėtų būti taikomas tik tuomet, kai reikalaujama leisti remtis neperkeltos direktyvos nuostatomis privataus asmens atžvilgiu? Šios bylos aplinkybėmis, jeigu turėtų būti laikoma, kad *Portgás* prilygintina „valstybės vardu veikiančiam subjektui“, kurio atžvilgiu galima remtis direktyvos nuostatomis, ar tokiu atveju turi būti atmesta galimybė ministerijai remtis minėta direktyva?

51. Manau, kad į šį klausimą reikia atsakyti neigiamai.

52. Bet kuriuo atveju dėl priežasčių, kurias paaškinsiu toliau, tokiomis hipotetinėmis aplinkybėmis galimybė valstybės institucijai remtis tuo, kad kitas valstybinis subjektas nesilaikė direktyvos nuostatų, mano nuomone, priskirtina klausimams, kurie yra nesusiję su įprasta diskusija dėl tiesioginio vertikalios – ir *a fortiori* horizontalios – direktyvų veikimo, ir kyla iš pareigos visoms valstybės institucijoms laikytis direktyvų nuostatų (SESV 288 straipsnio trečia pastraipa), taip pat lojaliai bendradarbiauti ir užtikrinti pagal Sutartis ar institucijų aktus atsirandančių pareigų vykdymą (ESS 4 straipsnio 3 dalis).

53. Pirma, man neatrodo, kad klausimas būtų tiesiogiai susijęs su praktika dėl direktyvų nuostatoms pripažintino tiesioginio veikimo stiprumo.

54. Iš tiesų, iš teismo praktikoje vartojamų formuluočių ir, be kita ko, iš teisės doktrinos pateikto jų aiškinimo išplaukia, kad „dviejuose direktyvų tiesioginiam veikimui būdingo vertikalios santykio poliuose“²⁸ šiuo metu yra, kaip minėjau, pirma, „valstybė narė“, arba viena iš valstybinio sektoriaus subjektų ar jos vardu veikiančių subjektų, kurių atžvilgiu galima remtis neperkeltos arba netinkamai perkeltos direktyvos nuostatomis, ir, antra, „privatus asmuo“, kuris vienintelis gali remtis tokiomis nuostatomis, pasibaigus jų perkėlimo terminui²⁹.

55. Nors Teisingumo Teismas yra pripažinęs, kad valstybės teritoriniai administraciniai vienetai, *a priori* prilygintini valstybės sektoriaus subjektams, gali prireikus remtis tiksliais ir besąlyginėmis neperkeltos direktyvos nuostatomis pagal tiesioginio direktyvų veikimo principą, minėti vienetai ar subjektai atitinkamos direktyvos atveju turėtų būti laikomi būtent privačiais asmenimis. Taigi, byloje, kurioje buvo priimtas Sprendimas *Comune di Carpaneto Piacentino ir kt.*, Teisingumo Teismas pabrėžė, kad „viešosios teisės reglamentuojami subjektai, kurie šiomis aplinkybėmis turėtų būti prilyginti privatiems asmenims, turi teisę remtis neapmokestinimo taisykle veiklos, kurią jie vykdo kaip valdžios institucijos, nenumatytos direktyvos D priede, atžvilgiu“³⁰.

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

29 — Beje, remiantis pirmine Sąjungos teismo pateikta formuluote, tiesioginis veikimas įtvirtintas dėl „asmenų, siekiančių apsaugoti savo teises, budrumo“ (žr. minėto Sprendimo *van Gend & Loos* 25 punktą).

30 — 1989 m. spalio 17 d. Sprendimas *Comune di Carpaneto Piacentino ir kt.* (231/87 ir 129/88, Rink. p. 3233, 31 punktą).

56. Antra, manau, svarbu pažymėti, kad „estoppel“ principu ar taisykle „nemo auditur propriam turpitudinem allegans“ grindžiami argumentai vertinami kitaip tais atvejais, kai direktyvos nuostatomis remiasi būtent valstybės institucija kitos valstybės institucijos ar kitos valstybės sudedamosios dalies atžvilgiu. Nors šie argumentai turi prasmės, kai valstybė ketina remtis tuo, jog privatūs asmenys neįvykdė ES direktyvoje nustatytų pareigų, nes ja siekiama užkirsti kelią valstybei gauti kokios nors naudos iš pareigos perkelti, jie neturi prasmės tuo atveju, kai ginčas kyla tarp dviejų valstybinio sektoriaus subjektų.

57. Taigi, grįžtant prie pagrindinės bylos, jeigu darytume prielaidą, kad *Portgás* turėtų būti prilyginama valstybės vardu veikiančiam subjektui pagal minėtą Sprendimą *Foster ir kt.*, galiausiai susidurtume su dviem trūkumais: viena vertus, valstybė būtų neįvykdžiusi SESV 288 straipsnyje numatytos savo pareigos perkelti Direktyvą 93/38, tačiau, kita vertus, *Portgás*, kaip perkantysis subjektas, būtų kaltinama minėtos direktyvos nuostatų nesilaikymu.

58. Tokiomis aplinkybėmis laikausi nuomonės, kad šis klausimas yra nesusijęs su jokia diskusija dėl tiksloms ir besąlyginėms direktyvų nuostatomis pripažintino tiesioginio veikimo apimties ir stiprumo, o yra nagrinėtinas atsižvelgiant į valstybės institucijų įsipareigojimus, kylančius iš jų pareigos lojaliai bendradarbiauti ir užtikrinti visišką pagal Sąjungos teisę atsirandančių pareigų vykdymą.

59. Manau, šiuo atžvilgiu svarbu pabrėžti, kad nors pirmoji valstybių narių pareiga, susijusi su direktyvų įgyvendinimu, neabejotinai reiškia nacionalinės teisės suderinimą su jomis, per nustatytus terminus priimant perkėlimo priemones, atitinkančias ir nuostatas, ir siekiamus tikslus, ji tuo neapsiriboja. Pripažįstamas privalomas direktyvų poveikis reiškia, kad, be pareigos perkelti, visos valstybės valdžios institucijos ir valstybinio sektoriaus subjektai turi užtikrinti veiksmingą šių teisės aktų įgyvendinimą.

60. Pagal lojalios bendradarbiavimo principą valstybės narės, siekdamos užtikrinti savo pareigų pagal Sąjungos teisę vykdymą, imasi visų bendrųjų ar specialiųjų priemonių. Kaip Teisingumo Teismas yra išaiškinęs, pagal direktyvą atsirandanti valstybių narių pareiga pasiekti joje numatytą rezultatą ir Sutartyse numatyta jų pareiga imtis visų bendrųjų ar specialiųjų priemonių, siekiant užtikrinti šios pareigos vykdymą, taikoma visoms valstybės narės institucijoms³¹.

61. Teisingumo Teismas yra nusprendęs, kad pareiga imtis visų atitinkamų priemonių, siekiant užtikrinti direktyvų įgyvendinimą, taikoma ne tik centrinėms valstybės valdžios institucijoms, bet ir decentralizuotoms institucijoms, neatsižvelgiant į jų savarankiškumo lygmenį, ir teisinėms institucijoms.

62. Manau, šią įgyvendinimo pareigą reikia taikyti ne tik šioms institucijoms, siekiant nuoseklumo, ji turėtų būti išplėsta įtraukiant visas įstaigas ir subjektus, atitinkančius sąlygas, kuriomis jie gali būti laikomi funkcinėje prasme valstybės vardu veikiančiais subjektais, – šio kvalifikavimo pagrindiniai principai buvo nustatyti minėtame Sprendime *Foster ir kt.*

63. Taigi, grįžtant prie nagrinėjamos bylos, jeigu reikėtų laikyti, kad tokia įmonė kaip *Portgás*, viešųjų paslaugų koncesininkė, be kita ko, turinti perkančiojo subjekto statusą, yra prilygintina valstybei, nėra jokių kliūčių, dėl kurių Direktyvos 93/38 nuostatomis nebūtų galima remtis jos atžvilgiu. Kaip tik, priešingai, tokiomis nuostatomis ne tik galima remtis, bet ji, kaip valstybinio sektoriaus subjektas, dar ir privalo imtis visų reikalingų priemonių, kad šios nuostatos būtų vykdomos, neatsižvelgiant, beje, į tai, ar jos atitinka technines sąlygas, kurioms esant šiomis nuostatomis galima remtis pagal tiesioginio veikimo principą. Tokiu atveju reikėtų konstatuoti, kad *Portgás* buvo taikomos šioje direktyvoje numatytos pareigos nuo 1998 m. sausio 1 d., be to, jai galėjo būti skirtos sankcijos už jų nevykdymą

31 — Visų pirma žr. 1984 m. balandžio 10 d. Sprendimą *von Colson ir Kamann* (14/83, Rink. p. 1891) ir minėtą Sprendimą *Kolpinghuis Nijmegen* (12 punktą).

arba kompetentingos priežiūros institucijos sprendimu, arba nacionalinio teismo sprendimu, į jį kreipusis dėl pažeidimo žalos patyrusiai trečiajai šaliai. Tokios sankcijos būtų tinkamos nagrinėjamos direktyvos įgyvendinimo priemonės, nes jomis būtų skatinamas minėtą direktyvą atitinkančių sprendimų priėmimas arba procedūrų taikymas.

64. Be to, remdamasi tuo, kad *Portgás* nesilaikė atitinkamų ginčijamų Direktyvos 93/38 nuostatų, ministerija, kaip priežiūros institucija, paprasčiausiai vykdo savo įgyvendinimo ir lojalaus bendradarbiavimo pareigą, neatsižvelgdama į tai, ar minėta direktyva buvo perkelta. Tokiu atveju jos negalima kaltinti tuo, kad ji gauna kokios nors naudos dėl neperkėlimo.

65. Manau, ši bendradarbiavimo ir teisės aktų laikymosi pareiga taip pat yra sugriežtinta tuo atveju, kai, kaip ir pagrindinėje byloje, atitinkama valstybės institucija, kaip priežiūros institucija, privalo užtikrinti, kad operacijos, finansuojamos iš struktūrinių fondų, būtų patikimai valdomos ir atitiktų reikalavimus. Kaip savo rašytinėse pastabose pabrėžė Komisija, valdymo institucijoms, kurias valstybės narės paskyrė paramai iš šių fondų valdyti, tenka ypatinga atsakomybė ir jos privalo aiškiai įsitikinti, kad parama atitinka Sutarties ir antrinės teisės aktų, tarp jų – taikytinų viešųjų pirkimų srityje, nuostatas³².

66. Taigi, jeigu būtų konstatuota, kad *Portgás* gali būti prilyginta valstybei, nematau jokių kliūčių, dėl kurių jos atžvilgiu nebūtų galima remtis Direktyvos 93/38 nuostatomis, net jeigu jomis remiasi kita valstybės institucija. Tiesa, teismo praktikoje tiesioginis neperkeltų direktyvų veikimas pripažįstamas tik tuomet, kai juo remiasi privatus asmuo valstybės ar jai prilygintinos įstaigos atžvilgiu, ir aiškiai nepripažįstamas, kai juo remiasi valstybė privataus asmens atžvilgiu. Tačiau tai nereiškia, kad direktyvos nuostatomis negalima remtis kilus ginčui tarp valstybės ir su ja susijusios įstaigos. Tuomet tai jau nebe tiesioginio veikimo klausimas, o privalomo reikalavimo įgyvendinti direktyvą, atsižvelgiant į pareigą vykdyti pagal Sąjungos teisę atsirandančias pareigas ir lojaliai bendradarbiauti, kuri taikoma visoms valstybės institucijoms ir valstybinio sektoriaus subjektams.

IV – Išvada

67. Atsižvelgdamas į tai, kas išdėstyta, siūlau Teisingumo Teismui į *tribunal administrativo e fiscal do Porto* pateiktą prejudicinį klausimą atsakyti taip:

Valstybės narės institucijos negali remtis 1993 m. birželio 14 d. Tarybos direktyvos 93/38/EEB dėl subjektų, vykdančių savo veiklą vandens, energetikos, transporto ir telekomunikacijų sektoriuose, vykdomų pirkimų tvarkos derinimo, iš dalies pakeistos 1998 m. vasario 16 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 98/4/EB, 4 straipsnio 1 dalimi ir 14 straipsnio 1 dalies c punkto i papunkčiu privačios įmonės atžvilgiu vien dėl to, kad ji yra išimtinė viešųjų paslaugų koncesininkė ir patenka į šios direktyvos taikymo asmenims sritį, jeigu direktyva dar nebuvo perkelta į minėtos valstybės narės vidaus teisės sistemą. Nacionalinis teismas privalo nustatyti, kad, be to, jog atitinkama įmonė yra viešųjų paslaugų koncesininkė, ji turi dar ir specialias teises.

32 — Visų pirma žr. 1999 m. birželio 21 d. Tarybos reglamento (EB) Nr. 1260/1999, nustatančio bendrąsias nuostatas dėl struktūrinių fondų (OL L 161, p. 1), 12 ir 38 straipsnius, taikytinus pagrindinės bylos faktinėms aplinkybėms. Gali atrodyti keista, kad šioje byloje daugiausia dėmesio skirta aptarti klausimui dėl galimybės remtis Direktyva 93/38, nors bet kuriuo atveju kompetentingos nacionalinės valdžios institucijos privalėjo užtikrinti, kad būtų visiškai laikomasi Europos reglamento nuostatų, kuriose yra nuorodos į viešiesiems pirkimams taikomas taisykles ir dėl kurių privalomumo ir tiesioginio taikymo nekyla jokių abejonių.