



## Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
NILSA WAHLA,  
predstavljeni 18. septembra 2013<sup>1</sup>

### Zadeva C-425/12

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

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Tribunal administrativo e fiscal do Porto (Portugalska))

„Postopek oddaje javnih naročil v vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem sektorju — Direktiva 93/38/EGS — Neprenos v notranje pravo — Možnost državnega organa, da se sklicuje na nekatere določbe Direktive 93/38/EGS zoper koncesionarja za storitve javne službe s statusom naročnika“

1. Čeprav je Sodišče pravkar praznovalo 50. obletnico ene svojih najvidnejših sodb van Gend & Loos,<sup>2</sup> razprave o posledicah določitve neposrednega učinka prava Unije še zdaleč niso končane. To velja zlasti za obseg neposrednega učinka direktiv. O tem priča obravnavana zadeva, v kateri ima Sodišče vnovič priložnost opozoriti na pogoje za sklicevanje na direktivo, ki ni bila prenesena v notranje pravo.
2. V obravnavani zadevi se, natančneje, postavlja vprašanje, ali in po potrebi pod kakšnimi pogoji se lahko država zoper koncesionarja za storitve javne službe, ki ima tudi status naročnika, sklicuje na nekatere določbe Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem sektorju,<sup>3</sup> kakor je bila spremenjena z Direktivo 98/4/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 1998,<sup>4</sup> če ta akt v predpisanem roku ni bil prenesen v notranje pravo.

### I – Pravni okvir

#### A – Pravo Unije

3. Člen 2(1) Direktive 93/38 določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za naročnike, ki:

- a) so javni organi ali javna podjetja in opravljajo eno od dejavnosti iz odstavka 2;

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — Sodba z dne 5. februarja 1963, 26/62, Recueil, str. 1.

3 — UL L 199, str. 84.

4 — UL L 101, str. 1.

b) kadar niso javni organi ali javna podjetja, in je ena od njihovih dejavnosti katera koli dejavnost iz odstavka 2 ali kakršna koli tovrstna kombinacija in delujejo na podlagi posebnih ali izključnih pravic, ki jim jih podeli pristojni organ države članice.“

4. Med dejavnostmi, navedenimi v členu 2(2) Direktive 93/38, je tudi zagotavljanje ali upravljanje stalnih omrežij, ki so namenjena zagotavljanju javnih storitev v zvezi s proizvodnjo, transportom in distribucijo plina.

5. Člen 4 (1) in (2) te direktive določa:

„1. Naročniki pri oddaji javnih naročil blaga, gradenj ali storitev ali pri organiziranju natečajev uporabljajo postopke, prilagojene določbam te direktive.

2. Naročniki zagotovijo, da ni diskriminacije med različnimi dobavitelji blaga, gradbeniki ali ponudniki storitev.“

6. V skladu s členom 14(1)(c)(i) navedene direktive se ta uporablja za javna naročila, ki jih oddajajo naročniki v dejavnosti transporta ali distribucije plina, če ocenjena vrednost brez davka na dodano vrednost (v nadaljevanju: DDV) ni manjša od 400.000 EUR.

7. V skladu s členom 45(2) Direktive 93/38 je morala Portugalska republika sprejeti ukrepe, potrebne za uskladitev z določbami navedene direktive, in jih uporabiti najpozneje do 1. januarja 1998. Spremembe navedene direktive iz Direktive 98/4 pa je bilo treba v skladu s členom 2(2) slednje direktive prenesti v portugalski notranji pravni red najpozneje do 16. februarja 2000.

## B – *Portugalsko pravo*

8. Direktiva 93/38 je bila v portugalski pravni red prenesena z uredbo-zakonom št. 223/2001 z dne 9. avgusta 2001.<sup>5</sup> Slednji je v skladu z njegovim členom 53(1) začel veljati 120 dni po objavi.

## II – Spor o glavni stvari, vprašanje za predhodno odločanje in postopek pred Sodiščem

9. Portgás – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, SA (v nadaljevanju: družba Portgás) je delniška družba portugalskega prava, ki posluje v sektorju proizvodnje in distribucije zemeljskega plina.<sup>6</sup>

10. Družba Portgás je 7. julija 2001 z družbo Soporgás – Sociedade Portuguesa de Gás Lda sklenila pogodbo o dobavi plinomerov. Vrednost naročila je bila 437 053,20 EUR brez DDV (to je 532 736,92 EUR).

11. Družba Portgás je 21. decembra 2001 vložila zahtevek za sofinanciranje iz Evropskega sklada za regionalni razvoj, ki je bil odobren. Pogodba o dodelitvi finančne pomoči za kritje upravičenih stroškov projekta POR/3.2/007/DREN, katerih del je bil nakup plinomerov, je bila podpisana 11. oktobra 2002.

5 — *Diário da República* I, serija A, št. 184, z dne 9. avgusta 2001, str. 5002.

6 — Po informacijah tožeče stranke iz postopka v glavni stvari so njeni večinski lastniki od ustanovitve zasebni delničarji.

12. Upravnik Programa Operacional Norte (operativni program Sever) je 29. oktobra 2009, po reviziji projekta, ki so jo opravile službe splošne finančne inšpekcije, odredil vračilo finančne pomoči, ki je bila družbi Portgás dodeljena v okviru projekta POR/3.2/007/DREN, in sicer ker je navedena družba kršila pravila prava Unije o javnem naročanju, vse javno sofinancirane stroške pa je bilo treba šteti za neupravičene.

13. Družba Portgás je sprožila upravni spor pri Tribunal administrativo e fiscal do Porto (upravno in davčno sodišče v Portu) za ugotovitev ali razglasitev ničnosti navedene odločbe, ker portugalska država od nje kot zasebnega podjetja ne more zahtevati ravnanja v skladu z Direktivo 93/38. Ker navedena direktiva v času spornega dejanskega stanja še ni bila prenesena v portugalski pravni red, njene določbe zanj nikakor niso mogle neposredno učinkovati.

14. Ministério da Agricultura, do Mar, do Ambiente e do Ordenamento do Território (ministrstvo za kmetijstvo, morje, okolje in urejanje prostora; v nadaljevanju: ministrstvo), tožena stranka v postopku v glavni stvari, pa je pred predložitvenim sodiščem navedlo, da naslovniki Direktive 93/38 niso le države članice, temveč tudi vsi naročniki, kot jih opredeljuje navedena direktiva. Ministrstvo meni, da je bila družba Portgás kot edini koncesionar za storitve javne službe zavezana k obveznostim iz navedene direktive.

15. Tribunal administrativo e fiscal do Porto je, ker je bilo v dvomih v zvezi z razlago določb prava Unije, na katere se je sklicevalo v sporu v glavni stvari, 26. junija 2012 prekinilo postopek in Sodišču predložilo to vprašanje za predhodno odločanje:

„Ali je treba člena 4(1) in 14(1)(c)(i) Direktive 93/38 [...], kakor je bila spremenjena z Direktivo 98/4 [...], ter druge določbe navedenih direktiv ali upoštevana splošna načela prava Skupnosti razlagati tako, da ustvarjajo obveznosti za posamezne koncesionarje za storitve javnih služb (zlasti za subjekt iz člena 2(1)(b) Direktive 93/38), čeprav portugalska država te direktive ni prenesla v notranje pravo, in tako, da lahko portugalska država z aktom, ki se lahko pripiše enemu od njenih ministrstev, zoper navedenega posameznega koncesionarja uveljavlja neizpolnitev teh obveznosti?“

16. Tožeča stranka iz postopka v glavni stvari, portugalska vlada in Evropska komisija so Sodišču predložile pisna stališča.

17. Na stranke so bili naslovljeni pisna vprašanja in poziv k osredotočenju navedb. Obravnava je bila 4. julija 2013.

### III – Analiza

18. Naj spomnim, da je podlaga za ta predlog za sprejetje predhodne odločbe spor med družbo Portgás in ministrstvom v zvezi z odločbo o vračilu finančne pomoči, ki je bila navedeni družbi odobrena v okviru Evropskega sklada za regionalni razvoj, ker družba Portgás pri nakupu plinomerov od druge družbe ni spoštovala nekaterih pravil prava Unije s področja javnega naročanja.

19. Družba Portgás izpodbija navedeno odločbo z navedbo, da določbe Direktive 93/38 – ki v trenutku, ko je nastalo dejansko stanje, še ni bila prenesena – zanj kot zasebno podjetje ne morejo vertikalno neposredno učinkovati. Ministrstvo, ki meni, da naslovniki Direktive 93/38 niso le države članice, temveč tudi vsi naročniki v smislu člena 2(1)(b) te direktive, pa trdi da ta zavezuje vse subjekte, na katere se navedena določba nanaša, zlasti tiste, ki imajo izključne pravice, ki jim jih podeli država članica. Prav taka naj bi bila tožeča družba, ki je koncesionar za storitve javne službe.

20. Sodišče mora v bistvu odgovoriti na vprašanje, ali in pod kakšnimi pogoji je mogoče določbe Direktive 93/38 uveljavljati zoper koncesionarja za storitve javne službe s statusom naročnika, če navedena direktiva ni bila prenesena v notranje pravo.

21. Čeprav – kot izhaja iz ustaljene sodne prakse – vprašanje možnosti sklicevanja na direktivo zoper subjekt s statusom koncesionarja za storitve javne službe še zdaleč ni novo, je obravnavana zadeva nekoliko posebna, ker to možnost sklicevanja uveljavlja državni organ.

22. Uvodoma ugotavljam, da nikakor ni sporno vprašanje, ali določbe direktive, katerih uporaba se predlaga, to sta člena 4(1) in 14(1)(c)(i) Direktive 93/38, izpolnjujejo „tehnične“ pogoje v zvezi z natančnostjo, jasnostjo in nepogojnostjo, da bi se bilo mogoče nanje sklicevati zoper državo.<sup>7</sup>

23. Sicer pa menim, da ne gre dvomiti o tem, da navedene določbe te pogoje izpolnjujejo. Kar zadeva javna naročila blaga in storitev, katerih ocenjena vrednost brez DDV ni manjša od 400.000 EUR, navedene določbe naročnikom v dejavnosti transporta ali distribucije plina med drugim nalagajo natančno in nepogojno obveznost, da morajo biti javna naročila na tem področju v skladu z določbami in postopki iz Direktive 93/38 in jih je treba izvesti brez diskriminacije med dobavitelji blaga, gradbeniki ali ponudniki storitev. Zdi se, da za spoštovanje teh zahtev ni potreben noben poseben izvedbeni ukrep. Menim, da ima taka presoja trdno podlago v sodni praksi v zvezi s primerljivimi določbami s področja javnih naročil.<sup>8</sup>

24. Nasprotno pa je sporno, ali se je mogoče na navedene določbe sklicevati zoper družbo Portgás kot koncesionarja za storitve javne službe v smislu člena 2(1) Direktive 93/38. Podobno se postavlja tudi vprašanje, ali lahko – neodvisno od vprašanja, ali se lahko družba Portgás obravnava kot pojavná oblika države v smislu sodne prakse – državni organ uveljavlja uporabo nekaterih določb navedene direktive.

25. Menim, da je treba v obravnavani zadevi zaradi odgovora na postavljeno vprašanje najprej ugotoviti, ali se je mogoče zoper družbo Portgás izključno kot koncesionarja za storitve javne službe sklicevati na določbe Direktive 93/38, in če je tako, ali upravni organi države članice zoper njo lahko uveljavljajo uporabo določb navedene direktive, ki v času spornega dejanskega stanja niso bile prenesene v notranji pravni red.

26. Z drugimi besedami, po odgovoru na vprašanje, *zoper koga* se je mogoče sklicevati na določbe neprenesene ali nepravilno prenesene direktive, je treba ugotoviti še, *kdo* se lahko sklicuje na navedene določbe in, po potrebi, *na kateri podlagi*.

*A – Možnost sklicevanja na določbe Direktive 93/38 zoper družbo Portgás izključno kot koncesionarja za storitve javnih služb in naročnika v smislu člena 2 navedene direktive*

27. V obravnavani zadevi obstajata dve nasprotni tezi.

28. Na eni strani tožeča stranka iz postopka v glavni stvari v bistvu trdi, da se portugalski upravni organi, ker Direktiva 93/38 v času sklenitve zadevne pogodbe še ni bila prenesena v notranje pravo, zoper njo ne morejo sklicevati na določbe navedene direktive. Opozarja na to, da v skladu z ustaljeno sodno prakso neprenesene direktive ne morejo ustvarjati obveznosti za posameznike. Sama naj bi bila prav posameznik, ne glede na to, da je koncesionar za storitve javne službe. V zvezi s tem poudarja, da nima nobenih posebnih pravic.

<sup>7</sup> — V skladu z ustaljeno sodno prakso se lahko posamezniki v vseh primerih, ko se določbe direktive z vidika vsebine izkažejo za nepogojne in dovolj natančne, nanje sklicujejo pred nacionalnimi sodišči zoper državo, če ta v predpisanem roku direktive ni prenesla v nacionalno pravo ali če je ni prenesla pravilno (glej zlasti sodbi z dne 19. januarja 1982 v zadevi Becker (8/81, Recueil, str. 53, točka 25) in z dne 24. januarja 2012 v zadevi Domínguez (C-282/10, točka 33 in navedena sodna praksa)).

<sup>8</sup> — Glej zlasti sodbe z dne 20. septembra 1988 v zadevi Beentjes (31/87, Recueil, str. 4635, točke od 40 do 44); z dne 22. junija 1989 v zadevi Costanzo (103/88, Recueil, str. 1839, točke od 29 do 31); z dne 24. septembra 1998 v zadevi Tögel (C-76/97, Recueil, str. I-5357, točke od 42 do 47); z dne 4. marca 1999 v zadevi HI (C-258/97, Recueil, str. I-1405, točke od 34 do 39); z dne 16. septembra 1999 v zadevi Fracasso in Leitschutz (C-27/98, Recueil, str. I-5697, točki 36 in 37) in z dne 18. oktobra 2001 v zadevi SIAC Construction (C-19/00, Recueil, str. I-7725, točke od 35 do 45).

29. Na drugi strani portugalska vlada in Komisija v bistvu trdita, da bi morala družba Portgás kot izključni koncesionar za storitve javne službe in naročnik v smislu člena 2(1)(b) Direktive 93/38 ravnati v skladu z določbami te direktive, tudi če navedeni akt na dan sklenitve sporne pogodbe še ni bil prenesen v notranje pravo.

30. Zdi se mi pomembno opozoriti na to, da neposredni učinek direktiv navsezadnje temelji na dveh dopolnjujočih se ciljih: potrebi po učinkovitem zagotavljanju varstva pravic posameznikov na podlagi teh aktov in želji po sankcioniranju nacionalnih organov, ki ne spoštujejo zavezujoče narave in ne zagotovijo njihovega učinkovitega izvajanja.<sup>9</sup>

31. S tega vidika in kot je Sodišče ustaljeno opozarjalo, zavezujoča narava direktive, na kateri temelji možnost sklicevanja nanjo pred nacionalnim sodiščem, obstaja le glede „vsake države članice, na katero je naslovljena“. Iz tega sledi, da direktiva sama po sebi posamezniku ne more nalagati obveznosti in da se na določbo direktive zoper takega posameznika ni mogoče sklicevati.<sup>10</sup> Nacionalni organ se v razmerju do posameznika ne more sklicevati na določbo neke direktive, glede katere potreben prenos v nacionalno pravo še ni bil opravljen.<sup>11</sup>

32. Z drugimi besedami – in ne glede na dvome, ki se lahko upravičeno pojavijo v zvezi s tem<sup>12</sup>?, neposredni učinek direktiv je lahko samo „vertikalen“ in „navzgor“, v smislu, da se uporablja samo pri tožbi posameznika proti državnemu organu. Posledica tega pravila je, da ima obveznost nacionalnega sodišča, da pravila nacionalnega prava razlaga v skladu z določbami direktive, omejitve, kadar se zaradi take razlage posamezniku naloži obveznost iz neprenesene direktive.<sup>13</sup>

33. Protiutež navedeni omejitvi pa je, da so subjekti, ki jim je mogoče naložiti nepogojne in dovolj natančne določbe posamezne evropske direktive, različnih oblik in značilnosti. Prav tako je namreč ustaljeno sprejeto, da pojem „država članica“, zoper katero se je mogoče sklicevati na določbe direktive, zasnovan tako funkcionalno kot široko.

34. Zajema, prvič, vse organe javne uprave, vključno z decentraliziranimi organi.<sup>14</sup> Poleg tega lahko stranke, če se v sporu lahko sklicujejo na direktivo v postopkih zoper državo, to storijo ne glede na status, v katerem država deluje, torej kot delodajalec ali organ javne oblasti. V obeh primerih je treba namreč preprečiti, da bi država imela koristi od kršitve prava Unije.<sup>15</sup>

35. Navedeni pojem širše zajema vse osebe javnega ali zasebnega prava, ki so posebej povezane z državo, to je – če povzamem besedilo iz sodbe Foster in drugi,<sup>16</sup> ki je bilo od takrat že mnogokrat ponovljeno<sup>17</sup> – subjekte in podjetja, ki so, ne glede na pravno obliko, na podlagi akta organa javne oblasti odgovorna, da pod nadzorom slednjega zagotovijo storitev javnega pomena, in ki imajo za to posebne pristojnosti glede na pravila, ki se uporabljajo pri odnosih med posamezniki.

9 — Glej zlasti sodbo z dne 26. februarja 1986 v zadevi Marshall (152/84, Recueil, str. 723, točka 47).

10 — Zgoraj navedena sodba Marshall (točka 48); sodbi z dne 8. oktobra 1987 v zadevi Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Recueil, str. 3969, točka 9) in z dne 26. septembra 1996 v zadevi Arcaro (C-168/95, Recueil, str. I-4705, točka 36).

11 — Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Kolpinghuis Nijmegen (točka 10).

12 — Tu ni mogoče navesti številnih komentarjev sodne prakse in prispevkov doktrine v zvezi s pogoji za sklicevanja na direktive, zlasti v horizontalnih sporih. Glede tega napotujem na sklicevanja generalnega pravobranilca Cruza Villalóna v točki 75 (opomba št. 32) njegovih nedavnih sklepnih predlogov z zadevi Association de médiation sociale (C-176/12), ki še poteka pred Sodiščem.

13 — Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Arcaro (točka 42).

14 — Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Costanzo (točka 32).

15 — Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Marshall (točka 49).

16 — Sodba z dne 12. julija 1990 (C-188/89, Recueil, str. I-3313, točka 20).

17 — Sodbe z dne 14. septembra 2000 v zadevi Collino in Chiappero (C-343/98, Recueil, str. I-6659, točka 23); z dne 5. februarja 2004 v zadevi Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Recueil, str. I-1477, točka 24); z dne 19. aprila 2007 v zadevi Farrell (C-356/05, ZOdl., str. I-3067, točka 40) in zgoraj navedena sodba Dominguez (točka 39).

36. Sodišče je tako razsodilo, da se zoper pravno osebo zasebnega prava lahko uporabijo določbe direktive, ki bi lahko imele neposredni učinek, če je država tej pravni osebi dala posebne naloge in če to pravno osebo neposredno ali posredno nadzira.<sup>18</sup>

37. Nasprotno pa menim, da iz sodne prakse ne izhaja, da že dejstvo, da je subjekt naročnik v smislu evropske zakonodaje, pomeni, da bi ga bilo treba obravnavati kot del države.

38. Čeprav v skladu s sodno prakso sodišča določbe direktive lahko neposredno učinkujejo v zvezi s subjektom, ki je odgovoren, da pod nadzorom države zagotavlja storitve javnega pomena, mora imeti tak subjekt tudi posebne pravice glede na pravila, ki se uporabljajo pri odnosih med posamezniki.

39. Kot je navedla Komisija, se status naročnika v skladu s členom 2(1)(b) Direktive 93/38 prizna samo zasebnim subjektom, ki „delujejo na podlagi posebnih ali izključnih pravic, ki jim jih podeli pristojni organ države članice“, ta status pa ne pomeni nujno, da imajo navedeni subjekti „posebne pravice“ v smislu sodne prakse zgoraj navedene zadeve Foster, kot je bila pojasnjena v zgoraj navedenih sodbah Collino in Chiappero<sup>19</sup> ter Rieser Internationale Transporte.<sup>20</sup>

40. Poleg tega sem vse prej kot prepričan, da bi bilo treba možnost sklicevanja na direktive zaradi neposrednega učinka razširiti na tak subjekt.

41. Najprej je treba splošno poudariti, da dejstvo, da neki subjekt spada na osebno področje uporabe direktive, ni odločilno za možnost uporabe neprenesenih določb navedene direktive zoper njega,<sup>21</sup> ker je pomembno to, da je v skladu s členom 288, tretji odstavek, PDEU naslovljena na države članice. Zato je, čeprav družba Portgás kot koncesionar za storitve javne službe, ki ji jo je kot izključno pravico podelila država, spada med subjekte, za katere se sporna direktiva izrecno uporablja, težko trditi, da je morala ravnati v skladu z določbami Direktive 93/38 pred uveljavitvijo zakonodajnega akta za prenos.

42. Dalje, kljub podobnostim, ki lahko upravičeno obstajajo, pojem „naročnik“ ni enak pojmu „država“ v funkcionalnem smislu, da se posameznik zoper njega lahko sklicuje na neposredni učinek direktive.<sup>22</sup>

43. Podobno okoliščina, da je zasebno podjetje odgovorno, da kot izključni koncesionar zagotavlja storitev javnega pomena, ne zadostuje, da se mu lahko naloži določba direktive, ki ni bila prenesena v notranji pravni red. Ugotoviti je treba, da ima navedeno podjetje posebne pravice in je pod nadzorom organov javne oblasti.<sup>23</sup>

18 — Glej zgoraj navedeno sodbo Rieser Internationale Transporte (točka 29).

19 — Glej zgoraj navedeno sodbo Collino in Chiappero (točka 23).

20 — Glej točke od 25 do 27 sodbe. Sodišče je v zvezi s sklepom, da se je mogoče zoper Asfinag sklicevati na določbe direktive, ki lahko neposredno učinkuje, predhodno ugotovilo, da ima ta subjekt poleg tega, da v skladu z aktom javnega organa pod njegovim nadzorom opravlja storitev v javnem interesu, posebne pravice.

21 — Glej med drugim sodbi z dne 14. julija 1994 v zadevi Faccini Dori (C-91/92, Recueil, str. I-3325) v zvezi z Direktivo Sveta 85/577/EGS z dne 20. decembra 1985 za varstvo potrošnika v primeru pogodb, sklenjenih zunaj poslovnih prostorov (UL L 372, str. 31) in z dne 12. decembra 1996 v zadevi X (C-74/95 in C-129/95, Recueil, str. I-6609) v zvezi z osebami, za katere se uporablja Direktiva Sveta 90/270/EGS z dne 29. maja 1990 o minimalnih varnostnih in zdravstvenih zahtevah za delo s slikovnimi zasloni (peta, posebna direktiva v smislu člena 16(1) Direktive 89/391/EGS) (UL L 156, str. 14).

22 — Kot je generalni pravobranilec Alber navedel v svojih sklepnih predlogih v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba Rieser Internationale Transporte (točka 35), „pojem naročnik nima nujno enakega pomena kot pojem država v funkcionalnem smislu, zoper katerega se lahko posameznik sklicuje na neposredni učinek direktive“.

23 — Kot je generalni pravobranilec Van Gerven poudaril v svojih sklepnih predlogih v zgoraj navedeni zadevi Foster in drugi (točka 22), je podjetje, zoper katero se je mogoče sklicevati na nepogojno in dovolj natančno določbo, tisto, v zvezi s katerim ima država „odgovornost, na podlagi katere lahko odločilno na kakršen koli način (razen izvrševanja splošne zakonodajne pristojnosti) vpliva na ravnanje te osebe ali tega subjekta na področju, na katerem zadevna določba direktive nalaga obveznost, ki je država ni prenesla v svoje notranje pravo“.

44. Če se vrnem k obravnavani zadevi, na prvi pogled iz Sodišču predloženih elementov izhaja,<sup>24</sup> da razmerje med družbo Portgás in portugalskimi državnimi organi ni tako tesno, kot je bilo v zadevi, v kateri je bila izrečena zgoraj navedena sodba Foster in drugi, natančneje, razmerje med zadevnim subjektom in britanskimi organi. Pristojnosti portugalskih organov za nadzor nad družbo Portgás se mi zdijo precej manjše.<sup>25</sup>

45. Ker pa predložitveno sodišče ni zagotovilo dovolj informacij o družbi Portgás, da bi bilo mogoče ugotoviti, ali je imelo navedeno podjetje v času spornega dejanskega stanja posebne pravice in bilo pod nadzorom javnih organov, mora v skladu s pravilom iz sodbe Foster in drugi<sup>26</sup> ter pristopom, ki ga je Sodišče tradicionalno zavzelo v podobnih zadevah,<sup>27</sup> navedeno sodišče preučiti, ali sta bila izpolnjena ta dva pogoja, ki zadevata položaj družbe Portgás v času spornega dejanskega stanja.

46. Če ni elementov, ki bi dokazovali, da bi bilo treba družbo Portgás enačiti z državo, bi bilo treba možnost sklicevanja na direktivo izključiti, ker iz prej navedene ustaljene sodne prakse Sodišča izhaja, da določbe neprenesene direktive ne morejo ustvarjati obveznosti za posameznika in jih ni mogoče uveljavljati zoper njega.

47. Z drugačno odločitvijo bi se določbam Direktive 93/38 dal neposredni učinek navzdol, državi v unitarnem smislu pa bi se omogočilo sklicevanje na njeno kršitev v razmerju do posameznikov.

48. Nasprotno pa bi bilo treba v primeru, da bi bilo treba družbo Portgás enačiti s podjetjem z javnimi pooblastili in bi spadala v zgoraj navedeni funkcionalni pojem države – ali njene pojavne oblike – ugotoviti še, ali lahko zadevno ministrstvo uveljavlja uporabo neprenesene direktive.

*B – Ali se lahko državni organ sklicuje na določbe sporne direktive zoper subjekt, opredeljen kot „pojavnna oblika države“*

49. Kot sem navedel, ne gre dvomiti o tem, da se na določbe direktiv v smislu njihovega neposrednega učinka ni mogoče sklicevati zoper posameznike, ker direktive ustvarjajo obveznosti samo za države članice, na katere so naslovljene.

50. Kljub temu pojasnilu pa eno vprašanje ostaja neodgovorjeno. Ali bi bilo treba v vsakem primeru izključiti možnost države, da se sklicuje na določbe neprenesene direktive, kadar se ta omejitev nanaša samo na primer, ko se možnost sklicevanja na določbe neprenesene direktive uveljavlja zoper posameznika? Ali bi bilo treba v obravnavani zadevi, če bi bilo treba družbo Portgás obravnavati kot „pojavnno obliko države“, zoper katero je mogoče uporabiti določbe direktive, kljub temu izključiti možnost, da se ministrstvo sklicuje na navedeno direktivo?

51. Menim, da je treba na to vprašanje odgovoriti nikalno.

24 — Taka elementa sta zlasti uredba-zakon št. 33/91 (*Diário da República* I, serija A, št. 13, z dne 16. januarja 1991, str. 235) in koncesijska pogodba za distribucijo plina, sklenjena decembra 1993 med družbo Portgás in portugalsko državo.

25 — V tem smislu se zdi, da država nima pooblastila za imenovanje uprave družbe, možnosti nasloviti splošne smernice – v določenih primerih pa tudi zavezujoča navodila – o različnih vprašanjih ali celo pooblastila za odreditev namenitve določenih sredstev, s čimer bi lahko izvajala pritisk na upravo zadevnega podjetja.

26 — Iz točke 15 zgoraj navedene sodbe Foster in drugi izhaja, da medtem ko je Sodišče pristojno, da v postopku za sprejetje predhodne odločbe določi kategorije pravnih subjektov, pri katerih se je mogoče sklicevati na določbe predmetne direktive, pa morajo nacionalna sodišča določiti, ali stranka v sporu, ki jim je bil predložen v reševanje, spada v eno od tako opredeljenih kategorij.

27 — Glej zlasti zgoraj navedene sodbe Collino in Chiappero (točka 24); Farrell (točka 41), in Dominguez (točka 40).

52. Vendar menim, da iz razlogov, ki jih bom navedel v nadaljevanju, v takih hipotetičnih okoliščinah možnost državnega organa, da se zoper drug državni organ sklicuje na nespoštovanje določb direktive, spada v problematiko, ki ni del tradicionalne razprave o vertikalnem – in *a fortiori* horizontalnem – neposrednem učinku direktiv, ampak izvira iz obveznosti vseh državnih organov, da ravnajo v skladu z določbami direktiv (člen 288, tretji odstavek, PDEU) ter da lojalno sodelujejo in zagotovijo polno izpolnjevanje obveznosti, ki izhajajo iz Pogodb ali aktov institucij Unije (člen 4(3) PEU).

53. Na prvem mestu, menim, da problematika ni neposredno povezana s sodno prakso o intenzivnosti neposrednega učinka, ki ga je treba priznati določbam direktiv.

54. Iz besedila sodne prakse in njenega razumevanja v doktrini namreč izhaja, da sta „dva pola vertikalnega razmerja, značilnega za neposredni učinek direktiv“,<sup>28</sup> kot sem prej navedel, v obravnavani zadevi sestavljena na eni strani iz „države članice“ – ali enega od njenih delov ali pojavnih oblik – zoper katero se je mogoče sklicevati na določbe neprenesene ali nepravilno prenesene direktive, in na drugi strani iz „posameznika“, ki se edini lahko sklicuje na te določbe po poteku roka za prenos.<sup>29</sup>

55. Čeprav je res, da je Sodišče potrdilo, da se javne organizacije, ki so *a priori* veje države, lahko sklicujejo na natančne in nepogojne določbe neprenesene direktive zaradi neposrednega učinka direktiv, pa je treba navedene osebe ali subjekte v razmerju do zadevne direktive dejansko obravnavati kot posameznike. Tako je Sodišče v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba *Comune di Carpaneto Piacentino* in drugi, poudarilo da so „[o]sebe javnega prava, ki se v tem okviru obravnavajo kot zasebniki, [...] torej upravičene sklicevati se na pravilo neobdavčitve za dejavnosti, ki jih opravljajo kot organi oblasti in ki niso navedene v Prilogi D [direktive]“.<sup>30</sup>

56. Na drugem mestu, menim, da je pomembno pojasniti, da utemeljitev na podlagi načela *estoppel* ali pravila *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* nima enake veljave v okoliščinah, v katerih se državni subjekt sklicuje na določbe direktive zoper drug državni subjekt ali drugo vejo države. Čeprav je ta utemeljitev logično smiselna, kadar skuša država posameznikom očitati nespoštovanje obveznosti iz evropske direktive, ker se želi z njo preprečiti, da bi imela država kakršno koli korist od njene obveznosti prenosa, pa v primeru spora med dvema deloma države položaj ni enak.

57. Če se torej vrnem k zadevi v glavni stvari, bi bili, če bi bilo treba družbo Portgás obravnavati kot pojavno obliko države v smislu sodne prakse zgoraj navedene sodbe *Foster* in drugi, v končni fazi soočeni z dvema težavama: na eni strani država ni spoštovala svoje obveznosti iz člena 288 PDEU, da prenese Direktivo 93/38, na drugi strani pa se družbi Portgás očita, da kot naročnik ni spoštovala določb navedene direktive.

58. V takih okoliščinah menim, da navedena problematika ni povezana s kakršno koli razpravo o obsegu in intenzivnosti neposrednega učinka, ki bi ga bilo treba priznati natančnim in nepogojnim določbam direktiv, ampak spada med obveznosti državnih organov na podlagi njihove dolžnosti lojalnega sodelovanja in obveznosti zagotavljanja polnega izpolnjevanja obveznosti iz prava Unije.

59. V zvezi s tem se mi zdi pomembno poudariti, da čeprav prva obveznost držav članic v zvezi z izvajanjem direktiv nedvomno zajema uskladitev nacionalnega prava z njimi, s tem da se v predpisanem roku sprejmejo ukrepi za prenos, usklajeni tako z besedilom kot cilji, ki se skušajo doseči, pa ni omejena samo na to. Zavezujoči učinek, ki se priznava direktivam, pomeni, da vsi organi in deli države – poleg obveznosti prenosa – zagotavljajo učinkovito izvajanje teh aktov.

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

29 — Sicer pa, če povzamem izvirno besedilo sodišča Unije, opredelitev neposrednega učinka temelji na „skrb[i] zainteresiranih posameznikov za varovanje svojih pravic“ (glej zgoraj navedeno sodbo *van Gend & Loos*).

30 — Sodba z dne 17. oktobra 1989 v zadevi *Comune di Carpaneto Piacentino* in drugi (231/87 in 129/88, Recueil, str. 3233, točka 31).



60. V skladu z načelom lojalnega sodelovanja države članice sprejemajo vse splošne ali posebne ukrepe, potrebne za zagotovitev izpolnjevanja njihovih obveznosti na podlagi prava Unije. Sodišče je pojasnilo, da obveznost držav članic, ki izhaja iz posamezne direktive, da uresničijo cilj, ki ga ta direktiva določa, in dolžnost na podlagi Pogodb, da sprejmejo vse splošne ali posebne ukrepe, potrebne za zagotovitev izpolnjevanja te obveznosti, veljata za vse organe držav članic.<sup>31</sup>

61. Sodišče je tako menilo, da so poleg osrednjih državnih organov zavezanci obveznosti za sprejetje vseh ukrepov, potrebnih za izvajanje direktiv, tudi decentralizirani organi – ne glede na stopnjo njihove samostojnosti – in pravosodni organi.

62. Menim, da naložitve te izpolnitvene obveznosti ne gre omejiti samo na te organe in da bi jo bilo treba zaradi zagotavljanja usklajenosti razširiti na vse organizacije in subjekte, ki izpolnjujejo pogoje za to, da se opredelijo kot pojavnne oblike države v funkcionalnem smislu, pogoji za tako opredelitev pa so bili pojasnjeni v zgoraj navedeni sodbi Foster in drugi.

63. Zato – če se vrnem k obravnavanemu primeru – če bi bilo treba šteti, da se subjekt, kot je družba Portgás, ki je koncesionar za storitve javne službe in poleg tega tudi naročnik, enači z državo, ne vidim nobene ovire za to, da bi se zoper njo uporabile določbe Direktive 93/38. Nasprotno, ne samo da je mogoče te določbe uporabiti zoper njo, kot del države bi morala imeti tudi obveznost sprejeti vse potrebne ukrepe za izpolnitev njenih določb, in to ne glede na to, ali te izpolnjujejo tehnične pogoje za sklicevanje nanje zaradi neposrednega učinka. V takem primeru bi bilo treba skleniti, da so za družbo Portgás obveznosti iz te direktive veljale od 1. januarja 1998 in bi jo bilo mogoče tudi sankcionirati zaradi njihove kršitve, bodisi z odločbo pristojnega nadzornega organa bodisi z odločbo nacionalnih sodišč na predlog tretjih oseb, ki jih je ta kršitev prizadela. Take sankcije bi pomenile ustrezen ukrep za izpolnitev zadevne direktive, ker je njihov cilj prav spodbujanje sprejemanja odločitev ali postopkov, usklajenih z navedeno direktivo.

64. Sicer pa se ministrstvo s tem, ko se sklicuje na to, da je družba Portgás kršila nekatere določbe Direktive 93/38, kot nadzorni organ zgolj ravna v skladu s svojo obveznostjo izpolnitve in lojalnega sodelovanja, ne glede na prenos navedene direktive. S tega vidika mu ni mogoče očitati, da ima kakršno koli korist od neprenosa.

65. Menim tudi, da je navedena obveznost sodelovanja in usklajenosti še močnejša, kadar je – kot v zadevi v glavni stvari – zadevni državni organ kot nadzorni organ pristojen za zagotavljanje dobrega upravljanja in usklajenosti dejavnosti, ki se financirajo iz Strukturnih skladov. Kot je poudarila Komisija, imajo organi upravljanja, ki jih države članice določijo za upravljanje s pomočmi iz teh skladov, posebno odgovornost, ker morajo izrecno zagotavljati, da so te v skladu z določbami Pogodbe in aktov sekundarne zakonodaje, med katerimi so tudi tisti o oddaji javnih naročil.<sup>32</sup>

66. Zato – če bi bilo treba skleniti, da je treba družbo Portgás enačiti z državo – ne vidim nobene ovire za to, da zoper njo ne bi bilo mogoče uporabiti določb Direktive 93/38, celo če se na to sklicuje drug državni organ. Res je, da se v sodni praksi neposredni učinek neprenesenih direktiv priznava samo, če se nanj sklicuje posameznik zoper državo ali subjekt, ki ga je mogoče enačiti z njo, izrecno pa je izključen, kadar se nanj sklicuje država zoper posameznika. Vendar to ne pomeni, da se na določbe direktive ni mogoče sklicevati v sporu med državo in subjektom, ki je z njo povezan. Ne gre več za neposredni učinek, ampak za dolžnost izvajanja direktive v skladu z obveznostjo izpolnjevanja obveznosti po pravu Unije in lojalnega sodelovanja, ki velja za vse organe in dele države.

31 — Glej zlasti sodbo z dne 10. aprila 1984 v zadevi von Colson in Kamann (14/83, Recueil, str. 1891) in zgoraj navedeno sodbo Kolpinghuis Nijmegen (točka 12).

32 — Glej med drugim člena 12 in 38 Uredbe Sveta (ES) št. 1260/1999 z dne 21. junija 1999 o splošnih določbah o Strukturnih skladih (UL L 161, str. 1), ki se uporablja za dejansko stanje iz zadeve v glavni stvari. V obravnavani zadevi se lahko zdi presenetljivo, da se je razprava osredotočila na vprašanje možnosti sklicevanja na Direktivo 93/38, čeprav so morali pristojni državni organi v vsakem primeru zagotoviti polno spoštovanje določb evropske uredbe, ki napotujejo na veljavna pravila s področja javnih naročil, ki so nedvomno zavezujoča in neposredno uporabljiva.

#### **IV – Predlog**

67. Na podlagi navedenega Sodišču predlagam, naj na vprašanje za predhodno odločanje, ki ga je predložilo Tribunal administrativo e fiscal do Porto, odgovori tako:

Organi države članice se ne morejo sklicevati na člena 4(1) in 14(1)(c)(i) Direktive Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju, kakor je bila spremenjena z Direktivo 98/4/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 16. februarja 1998, zoper zasebno podjetje samo zato, ker gre za izključnega koncesionarja za storitve javne službe z osebnega področja uporabe te direktive, ki še ni bila prenesena v notranji pravni red navedene države članice. Nacionalno sodišče mora odločiti o tem, ali ima zadevno podjetje poleg statusa koncesionarja za storitve javne službe tudi posebne pravice.