JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
6 päivänä syyskuuta 2007 [1]

I Johdanto

1. Radiolähetystoiminnan ymmärtäminen tiedotusvälineeksi tarkoittaa tämän toiminnan tarkastelua pelkästään sen piirteen valossa, joka on sille luonteenomaisin, jolloin muut merkityksellisemmät piirteet jäävät sivuun, kun otetaan huomioon radiolähetystoiminnan sen koko historian aikana saamat yhteiskunnalliset ja kulttuuriset merkitykset. Nämä viestintäjärjestelmät yhdistyneinä saavutettuun aineelliseen hyvinvointiin näyttävät länsimaisissa yhteiskunnissa muistuttavan meitä roomalaisesta sanonnasta "leipää ja sirkushuveja", jolla roomalainen runoilija Juvenalis [2] pilkkasi Rooman kansan mukavuudenhaluista joutilaisuutta ja vähäistä kiinnostusta politiikkaan. [3] Tämä lentävä lause voitaisiin nykyaikaistaa vaihtamalla leivän tilalle mukavuudet ja roomalaisten sirkushuvien tilalle televisio.

2. Kukaan ei kyseenalaista kuvien valtavaa vetovoimaa. Ne voivat tunkeutua yksityisyyden kaikkein salaisimpiin sopukoihin. Jotta siis voitaisiin välttää audiovisuaalisten tekniikoiden muuttuminen propagandaa palvelevaksi koneistoksi niiden ennustusten mukaisesti, joita George Orwell esitti romaanissaan Vuonna 1984, [4] hallitukset ovat pyrkineet toteuttamaan varotoimia, joilla taataan tietty objektiivisuuden ja riippumattomuuden taso ainakin julkisessa radio- ja televisiotoiminnassa.

3. Oberlandesgericht Düsseldorfin yhteisöjen tuomioistuimelle esittämät kolme ennakkoratkaisukysymystä liittyvät tähän asiayhteyteen eli sen puimiseen, milloin julkinen radio- ja televisiotoiminta vastaa tarkoitustaan ja on oikeusvaltiolle asetettujen vaatimusten ja erityisesti neutraalisuusvaati-

1 – Alkuperäinen kieli: espanja.

2 – Decimus Iunius Iuvenalis (joka syntyi todennäköisesti Aquinumissa vuosien 55 ja 60 välillä ja kuoli varmasti vuoden 127 jälkeen) on Satiireja-nimisen teoksen tekijä, eikä hänestä ole jäänyt muita elämäkerrallisia tietoja kuin ne satunnaiset tunnustukset, jotka sisältyvät hänen omiin teoksiinsa. Elämänsä loppupuolella hän lienee elänyt jonkin aikaa maanpaossa arvosteltuaan esivaltaa, ehkäpä viitattuaan eräässä runoteoksessaan keisari Hadrianuksen hovimestariin Titus Elius Alkibiadesiin; Juvenalis, *Satiireja*, [espanjalaiset julkaisutiedot] s. XIV.

3 – "– – Kansa ei ole – – pitkään aikaan, vaikkemme enää myy äänioikeutta kenellekään, huolehtinut tehtävistään. Näet kansa, joka kerran luovutti keisarikunnan, hallintovallan, legioonat ja kaiken, tällä hetkellä pidättäytyy ja tahtoo kiihkeästi vain kahta asiaa, leipää ja sirkushuveja. – –" *Satiiri X*, säkeet 74–81, vapaa käännös.

4 – Tavanmukaisesti tätä romaania, joka on kirjoitettu vuonna 1948 toisen maailmansodan trauman jälkeen, ei luokitella totalitarismin vastaiseksi kiistakirjoitukseksi vaan pikemminkin varoitukseksi siitä, miten huomaamatta tällainen hallinto voi vakiinnuttaa asemansa manipuloimalla tiedotusvälineitä. Orwell, G., *Vuonna 1984* [espanjalaiset julkaisutiedot].

muksen mukainen siten, että politiikan moniarvoisuus säilyy. Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmenee, että Saksassa tämä on taattu suurimmaksi osaksi siten, että julkisten yleisradiolaitosten tehtävänä on kerätä ja hallinnoida varoja, jotka ne saavat sillä perusteella, että pelkästään lähetysten vastaanottoon valmiin radio- tai televisiovastaanottimen hallussapito velvoittaa suorittamaan tietyn maksun.

4. Tämä rahoitusmalli, joka perustuu sellaisenaan hyväksyttyyn velvollisuuteen tarjota julkista palvelua, herättää meidät pohtimaan sitä, onko näitä yleisradiolaitoksia pidettävä julkisia hankintoja koskevissa yhteisön direktiiveissä tarkoitettuina "hankintaviranomaisina" vai onko ne jätettävä tämän luokan ulkopuolelle, jolloin ne on vapautettu tarjouskilpailumenettelyjen soveltamisesta.

II Asiaa koskevat oikeussäännöt

A *Yhteisön lainsäädäntö*

5. Oberlandesgericht on vedonnut ensinnäkin henkilöllisen soveltamisalan osalta julkisten hankintojen tarjouskilpailumenettelyjen yhteisön tasoista kodifiointia koskevan direktiivin 2004/18/EY [5] 1 artiklan 9 kohtaan ja aineellisen soveltamisalan osalta saman direktiivin 16 artiklan b alakohtaan. Kansallinen tuomioistuin on todennut, että jos direktiivin saattamiselle osaksi kansallista lainsäädäntöä annettu määräaika on päättynyt ilman asianmukaista kansallista täytäntöönpanoa, Bundesgerichtshofin (Saksan korkein oikeus) oikeuskäytännön mukaan sen on tulkittava kansallisia sääntöjä uuden yhteisön säädöksen valossa, vaikka se ei koskisikaan riidanalaista hankintamenettelyä.

6. Vaikka Oberlandesgerichtin perustelut hyväksyttäisiin, on noudatettava kahdestakin syystä direktiivin 92/50/ETY [6] 1 artiklan a ja b alakohdan alkuperäistä sanamuotoa: ensinnäkin sen vuoksi, että se on perussäännös, joka oli Saksan lainsäätäjän ohjenuorana sen saattaessa saksalaista oikeusjärjestystä yhteisön oikeusjärjestyksen mukaiseksi, mistä seuraa, että kansallinen säännös viittaa tähän artiklaan, ja toiseksi sen vuoksi, että direktiivin 2004/18 kodifioituun tekstiin sisältyvät vastaavat säännöt ovat täysin samat.

5 – Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL L 134, s. 114).

6 – Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 209, s. 1).

7. Direktiivin 92/50 henkilöllisen soveltamisen rajaamiseksi tämän direktiivin yleisiä säännöksiä sisältävään I osastoon kuuluvassa 1 artiklan b alakohdassa hankintaviranomaisilla tarkoitetaan:

"– –

valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia, yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä."

Julkisoikeudellisella laitoksella tarkoitetaan laitosta:

"– joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia [muita kuin teollisia tai kaupallisia] tarpeita,

– joka on oikeushenkilö

ja

– jonka rahoituksesta suurin osa on peräisin valtiolta, alueellisilta tai paikallisilta viranomaisilta taikka muilta julkisoikeudellisilta laitoksilta tai jonka johto on näiden laitosten valvonnan alainen taikka jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää enemmän kuin puolet."

8. Tässä säädöksessä todetaan jäljempänä, että "direktiivin 71/305/ETY[7] liitteessä I on luettelo – – [nämä] edellytykset täyttävistä julkisoikeudellisista laitoksista tai sellaisten ryhmistä. Luettelot laaditaan mahdollisimman täydellisiksi, ja niitä voidaan tarkistaa kyseisen direktiivin 30 b artiklassa säädettyä menettelyä noudattaen; – –"

9. Saman säädöksen 1 artiklan a alakohdassa luetellaan ne oikeustoimet, jotka sisältyvät direktiivin aineelliseen soveltamisalaan, siten, että lukuun ei oteta nimenomaisesti:

"– –

7 – Julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 26.7.1971 annettu neuvoston direktiivi (EYVL L 185, s. 5).

iv) radiotoiminnan harjoittajien ohjelmien hankkimista, kehittämistä, tuotantoa tai yhteistuotantoa koskevia sopimuksia sekä radiolähetysaikaa koskevia sopimuksia;

– –"

B *Kansallinen lainsäädäntö*

1. Julkisia hankintoja koskeva sääntely

10. Saksan julkishallinnon tekemien hankintasopimusten kilpailuttamismenettelyt on sisällytetty Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungeniin (kilpailunrajoituslaki,[8] jäljempänä GWB); direktiivin 1 artiklan b alakohtaa, joka koskee hankintaviranomaisia, vastaa kansallisessa lainsäädännössä GWB:n 98 §:n 2 kohta:

"98 § – Hankintaviranomaiset

Tässä osassa tarkoitettuja hankintaviranomaisia ovat:

1) alueelliset julkisyhteisöt sekä niiden erityisomaisuus;

2) muut julkisoikeudelliset ja yksityisoikeudelliset oikeushenkilöt, jotka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta, mikäli niitä rahoittavat pääosin 1 tai 3 kohtaan kuuluvat tahot yksin tai yhdessä omistusosuuksilla tai muulla tavoin tai niiden johto on näiden tahojen valvonnan alainen tai niiden johto- tai valvontaelimen jäsenistä nämä tahot nimittävät yli puolet. Tämä pätee myös silloin, jos taho, joka yksin tai yhdessä muiden kanssa myöntää suurimman osan rahoituksesta tai valitsee enemmistön elimen johto- tai valvontaelimen jäsenistä, kuuluu ensimmäisen virkkeen soveltamisalaan;

3) järjestöt, joiden jäsenet kuuluvat 1 ja 2 kohdan soveltamisalaan;

– –"

8 – Tämä laki on ollut voimassa 1.1.1999 lähtien siinä muodossa kuin se on muutettuna kuudennen kerran 26.8.1998 annetulla lailla 703-4/1 (BGBl. I, s. 358).

2. Julkisen radio- ja televisiotoiminnan lupamaksua koskeva lainsäädäntö

11. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan julkisoikeudellisten yleisradiolaitosten rahoitusta säännellään Saksassa kahdessa liittovaltion ja osavaltioiden välillä tehdyssä valtiosopimuksessa (Staatsvertrag). Lupamaksun ominaispiirteistä määrätään ensisijaisesti 31.8.1991 tehdyssä Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesensissä (lupamaksujen sääntelystä tehty valtiosopimus, jäljempänä valtiosopimus), jota on muutettu 1996 tehdyllä valtiosopimuksella.

12. Valtiosopimuksen 2 §:ssä määrätään seuraavaa:

"1. Lupamaksu koostuu perusmaksusta ja televisiomaksusta. Niiden suuruus vahvistetaan yleisradiotoiminnan rahoittamisesta tehtävässä valtiosopimuksessa.

– –"

13. Valtiosopimuksen 4 §:ssä määrätään seuraavaa:

"1. Velvollisuus lupamaksun suorittamiseen alkaa sen kuukauden ensimmäisestä päivästä, jona vastaanotin on valmiina lähetysten vastaanottoon.

2. – –"

14. Valtiosopimuksen 7 §:ssä säännellään puolestaan lupamaksuilla saatavien tulojen jakoa:

"1. Perusmaksusta saatava tulo on sen osavaltion yleisradiolaitoksen (Landesrundfunkanstalt) ja yleisradiotoiminnan rahoittamisesta tehtävässä valtiosopimuksessa määriteltävässä laajuudessa Deutschlandradion sekä sen osavaltion viestintälaitoksen (Landesmedienanstalt) käytettävissä, jonka alueella radiovastaanotin on valmiina lähetysten vastaanottoon.

2. Televisiomaksusta saatava tulo on sen osavaltion yleisradiolaitoksen ja yleisradiotoiminnan rahoittamisesta tehtävässä valtiosopimuksessa määriteltävässä laajuudessa sen osavaltion viestintälaitoksen käytettävissä, jonka alueella televisiovastaanotin on

valmiina lähetysten vastaanottoon, ja Zweites Deutsches Fernsehenin [toinen julkinen televisiokanava, jäljempänä ZDF] käytettävissä. – –

– –"

15. Lisäksi kansallinen tuomioistuin selventää, että 26.11.1996 tehdyllä toisella valtiosopimuksella, Rundfunkfinanzierungsstaatsvertragilla (yleisradiotoiminnan rahoittamisesta tehty valtiosopimus, jäljempänä rahoittamisesta tehty valtiosopimus) määrätään konkreettisesti lupamaksujen suuruudesta siten, että lupamaksun määrä vahvistetaan osavaltioiden parlamenttien hyväksymispäätöksellä.

16. Yleisradiolaitosten ilmoittamien rahoitustarpeiden tutkiminen ja selvittäminen on rahoittamisesta tehdyn valtiosopimuksen 2–6 §:n nojalla annettu riippumattoman Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten -nimisen elimen (yleisradiolaitosten rahoitustarpeiden tarkastus- ja selvitystoimikunta, jäljempänä KEF) tehtäväksi. KEF antaa vähintään kahden vuoden välein kertomuksen, joka on perustana osavaltioiden parlamenttien ja osavaltioiden hallitusten maksupäätökselle (rahoittamisesta tehdyn valtiosopimuksen 3 §:n 5 momentti luettuna yhdessä 7 §:n 2 momentin kanssa).

17. Yleisradiotoiminnan rahoittamisesta tehdyn valtiosopimuksen 4 §:n 7 momentin nojalla osavaltion hallituksen suostumuksella Westdeutsches Rundfunk Kölnin lupamaksujen suorittamista koskevasta menettelystä 18.11.1993 annettujen sääntöjen perusteella osavaltioiden yleisradiolaitokset perivät maksut kansalaisilta Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschlandin (Saksan liittotasavallan julkisoikeudellisten yleisradiolaitosten lupamaksujen perintäkeskus, jäljempänä GEZ) kautta virkateitse.

III Pääasian tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

18. Valituksen Oberlandesgericht Düsseldorfiin ovat tehneet osavaltioiden yleisradiolaitokset, jotka ovat Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlandin (Saksan alueellisten julkisoikeudellisten yleisradiolaitosten yhteenliittymä, jäljempänä ARD) jäseniä, ja 6.6.1961 tehdyn valtiosopimuksen nojalla perustettu julkisoikeudellinen televisiotoiminnan harjoittaja ZDF sekä Deutschlandradio (jäljempänä kaikkiin viitataan yhteisesti nimellä yleisradiolaitokset).

19. Edellä mainitut laitokset perustivat vuonna 2002 hallinnollisen, julkisoikeudellisen keskuksen GEZ:n, jonka tehtävänä on yksittäisille osavaltioiden yleisradiolaitoksille tulevien lupamaksujen vastaanottaminen ja

tilittäminen. GEZ ei ole erillinen oikeushenkilö, vaan se toimii kunkin osavaltion yleisradiolaitoksen nimissä ja lukuun.

20. GEZ pyysi elokuussa 2005 tätä edeltäneen markkinakartoituksen perusteella kirjallisesti yhdeltätoista yritykseltä sitovia tarjouksia siivouspalvelujen suorittamisesta sen tiloissa ja Westdeutscher Rundfunkin (yksi ARD:hen kuuluvista yleisradiolaitoksista) ruokalassa Kölnissä 1.3.2006 ja 31.12.2008 välisenä aikana, minkä jälkeen sopimusta jatkettaisiin aina yhdellä vuodella ilman eri toimenpiteitä. Sopimuksen suuruudeksi arvioitiin yli 400 000 euroa. Kansallisten säännösten ja sovellettavan direktiivin mukaista yhteisönlaajuista hankintamenettelyä ei järjestetty.

21. Valituksen vastapuolena on Oberlandesgericht Düsseldorfissa Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH -niminen yhtiö (jäljempänä GEWA). GEWA ja asian käsittelyyn kutsuttu Heinz W. Warnecke vastasivat GEZ:n tarjouspyyntöön omilla tarjouksillaan. GEWA teki hinnaltaan edullisimman tarjouksen. GEZ:n hallitus päätti 9.11.2005 tekemällään päätöksellä neuvottelujen aloittamisesta neljän tarjoajan kanssa, ja niihin kuuluivat GEWA ja Warnecke. Lisäksi se päätti, että tarjousten taloudellisuutta analysoitaisiin yksityiskohtaisesti Kepner-Tregoe-menetelmällä, jossa annetaan tietyllä tavalla painotettuja arvosanoja teknis-ammatillisille seikoille, liiketoiminnallisille seikoille ja riskeille. Tämän arvioinnin perusteella GEWA:n tarjous asetettiin kolmannelle sijalle ja Warnecken tarjous ensimmäiselle sijalle.

22. GEZ ilmoitti GEWA:lle puhelimitse, että sen kanssa ei tehtäisi sopimusta. GEWA väitti 14.11.2001 päivätyssä kirjeessään, että GEZ, joka on hankintaviranomainen, ei ollut noudattanut julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä, koska se ei ollut järjestänyt siivoussopimuksesta euroopanlaajuista tarjouskilpailua. GEZ ei hyväksynyt GEWA:n vaatimuksia.

23. GEWA teki tämän jälkeen päätöksestä oikaisuvaatimuksen Bezirksregierung Kölnin julkisia hankintoja käsittelevälle jaostolle (Vergabekammer) ja nimesi GEZ:n oikaisuvaatimuksen vastapuoleksi. GEWA vaati GEZ:n velvoittamista siivoussopimuksen tekemiseen virallisen tarjouskilpailun kautta GWB:n neljännen osan mukaisesti ja toissijaisesti arvioimaan tarjouksia uudelleen julkisia hankintoja käsittelevän jaoston oikeudellisen näkemyksen mukaisesti.

24. GEWA katsoi, että GEZ on yleisradiolaitoksena GWB:n 98 §:n 2 kohdassa tarkoitettu hankintaviranomainen, koska tällaisten laitosten toiminta rahoitetaan ensisijaisesti

kansalaisten maksamilla lupamaksuilla ja koska radio- ja tv-peruspalvelujen tarjonta, jonka julkisoikeudellinen luonne on ilmeinen, on yleisen edun mukainen tehtävä, joka ei ole luonteeltaan teollinen tai kaupallinen.

25. GEWA katsoi myös, että direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan iv alakohdassa soveltamisalan ulkopuolelle jätetään ainoastaan radiotoiminnan harjoittajien ohjelmien hankkimista, kehittämistä, tuotantoa tai yhteistuotantoa koskevat sopimukset sekä radiolähetysaikaa koskevat sopimukset, jotka poikkeavat selvästi pääasiassa kyseessä olevan palvelun kohteesta.

26. Edellä mainittu julkisia hankintoja käsittelevä jaosto hyväksyi GEWA:n vaatimuksen 13.2.2006 tekemällään päätöksellä ja ilmoitti GEZ:lle ja yleisradiolaitoksille, että mikäli ne haluaisivat edelleen järjestää tarjouskilpailun, niiden olisi noudatettava julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä, yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja avoimuusperiaatetta sekä julkaistava euroopanlaajuinen tarjouskilpailu.

27. Osavaltioiden yleisradiolaitokset valittivat tästä päätöksestä hallintolainkäyttömenettelyssä ja vaativat päätöksen kumoamista, koska niiden mielestä GEWA:n GEZ:aa vastaan esittämä vaatimus on jätettävä tutkimatta tai sitä ei ainakaan voida hyväksyä. Ne katsovat, että julkisoikeudellisina yleisradiolaitoksina ne eivät ole GWB:n 98 §:n 2 kohdassa tarkoitettuja hankintaviranomaisia, koska julkisoikeudellinen radiolähetystoiminta rahoitetaan pääasiassa käyttäjiltä perittävillä lupamaksuilla.

28. Lisäksi niiden mielestä GWB:n 98 §:n 2 kohdassa tarkoitettu valtion valvonta puuttuu, koska valvonta on vain toissijaista ja rajallista oikeudellista valvontaa. Lisäksi yleisradiolaitosten hallitusten jäsenet edustavat erilaisia yhteiskunnallisesti relevantteja ryhmiä. Koska valtiolla ei ole yleisradioiden hallituksissa enemmistöä, se ei voi vaikuttaa mitenkään julkisten hankintasopimusten tekemiseen.

29. GEWA sen sijaan tukee julkisia hankintoja käsittelevän jaoston päätöstä.

30. Katsottuaan, että riidan ratkaisu riippuu direktiivin [92/50] 1 artiklan tulkinnasta, Oberlandesgericht Düsseldorfin Vergabesenat (Düsseldorfin muutoksenhakutuomioistuimen julkisia hankintoja käsittelevä jaosto) päätti lykätä asian käsittelyä ja esittää Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelle EY 234 artik-

lan ensimmäisen kohdan nojalla seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

"1) Onko direktiivin [92/50 1 artiklan b alakohd]an toisen alakohdan kolmannen luetelmakohdan ensimmäisen vaihtoehdon edellytystä, joka koskee valtion antamaa rahoitusta, tulkittava siten, että koska valtion on perustuslain mukaan taattava laitosten riippumaton rahoitus ja olemassaolo, laitosten välillinen rahoitus valtion määräämällä maksulla, joka jokaisen, jolla on vastaanotin valmiina lähetysten vastaanottoon, on suoritettava, merkitsee tämän edellytyksen mukaista rahoitusta?

2) Mikäli ensimmäiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava myöntävästi, onko direktiivin [92/50 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan kolmannen luetelmakohdan ensimmäistä vaihtoehtoa] tulkittava siten, että valtion antamaa rahoitusta koskevan edellytyksen täyttyminen edellyttää valtion suoraa vaikutusmahdollisuutta, kun valtion rahoittama laitos tekee hankintasopimuksia?

3) Mikäli toiseen ennakkoratkaisukysymykseen on vastattava kieltävästi, onko direktiivin [92/50 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan kolmannen luetelmakohdan ensimmäistä vaihtoehtoa] tulkittava 1 artiklan a alakohdan iv alakohdan valossa siten, että ainoastaan 1 artiklan a alakohdan iv alakohdassa mainitut palvelut on poistettu direktiivin soveltamisalasta ja muut palvelut, jotka eivät ole ohjelmiin liittyviä vaan avustavia palveluja ja tukipalveluja, kuuluvat direktiivin soveltamisalaan (vastakohtaispäätelmänä)?"

IV Asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa

31. Ennakkoratkaisupyyntö saapui yhteisöjen tuomioistuimen kirjaamoon 7.8.2006.

32. Kirjallisia huomautuksia ovat tässä asiassa esittäneet GEWA, yleisradiolaitokset, Saksan, Puolan ja Itävallan hallitukset sekä Euroopan vapaakauppaliiton (jäljempänä EFTA) valvontaviranomainen ja Euroopan komissio.

33. 14.6.2007 pidettyyn istuntoon saapuivat esittämään suullisia huomautuksiaan yleisradiolaitosten ja GEWA:n oikeudelliset edus-

tajat sekä Saksan hallituksen, EFTAn valvontaviranomaisen ja Euroopan komission asiamiehet.

V Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

A *Alustavia rajauksia*

34. Vaikka ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin on esittänyt kolme kysymystä, vaikuttaa asianmukaiselta käsitellä kahta ensimmäistä yhdessä, [9] koska kumpikin koskee direktiivin 92/50 henkilöllistä soveltamisalaa ja saman direktiivin 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan kolmannen luetelmakohdan ensimmäistä vaihtoehtoa. [10]

35. Saksan yleisradiolaitokset ovat sitä mieltä, että niitä ei rahoiteta julkisilla varoilla, vedoten siihen, että tässä riidanalaisen julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön ja valtiontukia koskevien EY 87 ja EY 88 artiklan, joissa edellytetään tukien maksamista "valtion varoista", välillä olisi analogia.

36. Katson kuitenkin, kuten myös komissio oikeutetusti toteaa, että kun otetaan huomioon näiden kahden sääntelyn erilainen luonne ja niillä tavoiteltu päämäärä, näin rohkeaa rinnastusta ei ole mahdollista tehdä, koska vaikka EY:n perustamissopimuksessa tarkoitetuilla tuilla pyritään välttämään kaikkea julkisten varojen käytöstä johtuvaa perusteetonta kilpailun vääristymistä tietyillä markkinoilla, tarjouskilpailujen tapauksessa tarkasteltavana on tietyn toimijan kuuluminen "hankintaviranomaisen" käsitteen piiriin sen toteamiseksi, koskevatko sitä tarjouskilpailumenettelyt.

37. On näin ollen pantava merkille, että nämä kaksi oikeudellista aluetta eivät ole tarkoituksensa osalta samankaltaisia, minkä vuoksi niitä ei ole rinnastettava toisiinsa analogisesti.

38. Lopuksi todettakoon vielä, että vaikka kolmannella ennakkoratkaisukysymyksellä ei ole merkitystä määritettäessä sitä, ovatko saksalaiset yleisradiolaitokset hankintaviranomaisia, tämän kysymyksen tarkasteleminen on näiden yleisradiolaitosten esittämien kirjallisten huomautusten mukaan hyödyllistä, jos ensimmäiseen kysymykseen vastataan myöntävästi ja toiseen kysymykseen kieltävästi, koska pyytäessään direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan iv alakohdan tulkintaa Oberlandesgerichtin tarkoituksena on aineellisen soveltamisalan selvittäminen, mikä on loogista, vaikka vaikuttaakin itsestäänselvyydeltä.

9 – Tämä on Itävallan hallituksen kanta ja myös Puolan hallituksen kanta, vaikka jälkimmäinen on käsitellyt kysymyksiä erikseen.

10 – Tämä valinta perustellaan tämän ratkaisuehdotuksen 5 ja 6 kohdassa.

B *Ensimmäinen ja toinen ennakkoratkaisukysymys*

39. Riita koskee saksalaista mallia, jolla yleisradiolaitokset rahoitetaan. On näin ollen tarkasteltava järjestelmän olennaisia piirteitä sen selvittämiseksi, ovatko näiden laitosten tulot direktiivin 92/50 ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti "valtiollisia".

1. Julkisoikeudellisin säännöin säännelty maksuvelvollisuus

40. Yleisradiolaitokset väittävät, että lupamaksun maksaminen on käyttäjän päätösvallassa. Käyttäjä voi välttää maksun luopumalla kaikista vastaanottimista. Saksan hallitus tukee vahvasti tätä ajatusta katsoessaan, että yleisradiolaitoksia ja kuluttajia sitovat toisiinsa välittömät velvollisuudet, joilla ei ole vaikutusta valtion talousarvioon, koska GEZ ei siitä huolimatta, että se hoitaa lupamaksujen perinnän, tilitä kertyneitä rahoja valtiolle. Kumpikin torjuu näin ollen sen, että tässä tapauksessa rahoittaja olisi "valtio".

41. Direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan kolmannen luetelmakohdan vaihtoehtojen on kuitenkin katsottava sisältävän edellytyksen, jonka mukaan rahoituksen on oltava suurimmaksi osaksi peräisin valtiolta. Jos tämä edellytys täyttyy, riippuvuuden oletetaan olevan olemassa, jolloin ei ole tarpeen vaatia muiden soveltamisedellytysten täyttymistä, esimerkiksi sen edellytyksen täyttymistä, että rahoitus johtaa valtion välittömään vaikutusvaltaan julkisia hankintasopimuksia tehtäessä. Tätä edellytystä tarkastellaan valvontaa koskevassa toisessa vaihtoehdossa, jonka avulla on mahdollista arvioida tämän valvonnan intensiteettiä. [11]

42. Lisäksi tämä näkemys vahvistetaan asiassa University of Cambridge annetussa tuomiossa tehdyssä jaottelussa, jossa määrät jaetaan vastinetta vastaan annettuihin tai vastineetta annettuihin määriin siten, [12] että tämän jaottelun ainoana tarkoituksena on tarjota tätä riita-asiaa käsittelevälle kansalliselle tuomioistuimelle arvosteluperuste sen arvioimiseksi, täyttyykö edellä mainittu edellytys eli se, että rahoitus on suurimmaksi osaksi peräisin valtiolta.

43. Kahdesta edellisestä kohdasta seuraa se, että toinen ennakkoratkaisukysymys on, sellaisena kuin Oberlandesgericht sen esittää, aiheeton ja että sitä on käsiteltävä yhdessä ensimmäisen kysymyksen kanssa.

11 – Asia C-237/99, komissio v. Ranska, tuomio 1.2.2001 (Kok. 2001, s. I-939, 48 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

12 – Asia C-380/98, University of Cambridge, tuomio 3.10.2000 (Kok. 2000, s. I-8035, 22–25 kohta).

44. Seuraavaksi palaan pääasiaan todetakseni, että tässä riita-asiassa kiista ei koske sitä, että lupamaksusta on määrätty julkisoikeudellisilla sopimuksilla ("Staatsverträge"), eli valtiosopimuksella ja rahoittamisesta tehdyllä valtiosopimuksella. [13]

45. Ei ole liioin kiistetty, että "Staatsvertrag" on tähän saksalaiseen oikeusjärjestykseen kuuluva julkisoikeudellinen toimi. [14]

46. Näin ollen televisionvastaanottimen tai radiovastaanottimen haltijaa yleisradiolaitoksiin sitova oikeudellinen suhde on julkisoikeudellinen, ja se voidaan rinnastaa miltei veron maksamiseen, koska pelkästään siitä, että radioaaltovastaanotin tai televisiovastaanotin on valmiina lähetysten vastaanottoon, syntyy maksuvelvollisuus, eli tässä on kyseessä kaikelle verottamiselle tyypillinen tosiasiallinen "verotettava tapahtuma", jossa televisiokatsojasta tulee verovelvollinen. Sillä, mikä tämän maksun nimitys on kansallisessa oikeudessa, ei ole tällöin merkitystä. [15]

47. Näin ollen yleisradiolaitosten toiminta samoin kuin niiden olemassaolo on sidottu lainsäätäjän toimiin, mikä ilmentää maksimaalista valtiolle alisteisuutta, joten ensimmäisen vaihtoehdon, jonka mukaan rahoituksen on oltava suurimmaksi osaksi peräisin valtiolta, kaltainen luonnehdinta, joka sisältyy tässä tarkasteltuun säännökseen, ei ole sattumanvarainen vaan siinä mielessä loogi-nen, että taloudellinen riippuvuus heijastaa sellaisenaan tätä "laitoksen läheistä riippuvuutta valtiosta", mihin yhteisöjen tuomioistuin on viitannut. [16] Haluaisin lisätä tähän kohtaan saksalaisen oikeusoppineen J. H. Kirchmannin kuuluisan lauseen, jonka mukaan oikeustiede ei ole tieteenala, koska tarvitaan vain "kolme oikaisevaa sanaa lainsäätäjältä", niin "kokonaiset kirjastot muuttuvat makulatuuriksi", [17] millä korostetaan myös lainsäädäntövallan voimaa.

48. Edellä esitetty valottaa GEZ:n keräämien yleisradiolaitoksille kuuluvien resurssien julkista luonnetta. Lisäksi joidenkin mielestä tämä maksujen käsittelykeskus on valtiollinen laitos, vaikkei se olekaan oikeushenkilö, koska sillä on toimivalta periä lupamaksuja ja esittää niitä koskevia maksuvaatimuksia, [18] mitkä ovat kansalliseen suvereniteettiin liit-

13 – Tämän ratkaisuehdotuksen 11 kohta ja sitä seuraavat kohdat.

14 – Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. korjattu ja laajennettu painos, toim. C. H. Beck, München, 1999, s. 352 ja sitä seuraavat sivut.

15 – Vaikka Saksan hallitus huomauttaa, että sana "Gebühr" (maksu) ei sovellu tarkoittamaan maksuvelvollisuutta, osassa oikeuskirjallisuutta se luokitellaan kuuluvaksi vero-oikeuteen "Abgabena" (vero tai maksu); Boesen, A., *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Bundesanzeiger, 1. painos, Köln, 2000, s. 151, nro 73.

16 – Em. asiassa University of Cambridge annetun tuomion 20 kohta ja em. asiassa komissio v. Ranska annetun tuomion 44 kohta.

17 – Von Kirchmann, J.-H., *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* [espanjalaiset julkaisutiedot].

18 – Frenz, W., "Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als Beihilfeempfänger und öffentliche Auftraggeber", teoksessa *WRP – Wettbewerb in Recht und Praxis*, 3/2007, s. 269.

tyvien tehtävien hoitamiseen kuuluvia etuoikeuksia, jotka vahvistavat GEZ:n julkista luonnetta.

49. Vaikka tällainen luonne viittaa vahvasti siihen, että rahoitus on peräisin valtiolta, asia ei kuitenkaan ilmene siitä yksiselitteisesti, kuten yleisradiolaitokset toteavat, minkä vuoksi on tarkasteltava muita piirteitä, jotka ovat ominaisia saksalaiselle valtiollisen yleisradiotoiminnan tukijärjestelmälle.

2. Välillinen rahoitus

50. Yleisradiolaitokset ja Saksan hallitus esittävät, että direktiivissä 92/50 tarkoitetaan ainoastaan niitä maksuja, jotka suoritetaan *välittömästi* valtion talousarviosta,[19] eikä minkä tahansa julkisen laitoksen tai muun hankintaviranomaisen varoista peräisin olevia välillisiä siirtoja. Ne väittävät myös, että tässä tapauksessa lupamaksun maksaminen on ainoastaan kuluttajan ja radio- ja televisiotoiminnan harjoittajien välinen tapahtuma ilman, että valtio, joka ei osallistu näiden varojen liikkeisiin, puuttuisi siihen.

51. Olen täysin eri mieltä tästä tulkinnasta.

52. Ensinnäkin Saksan hallitus korostaa varojen siirtoon pohjautuvaa yksinkertaistettua rahoituksen merkitystä, joka kattaa ainoastaan rahasiirron, sekin, pankkisiirron tai rahasäkkien aineellisen siirtämisen panssaroidulla ajoneuvolla valtion kassasta tukea saavan laitoksen toimipaikkaan.

53. Sen lisäksi, ettei ole olennaista eroa sen välillä, kerääkö valtio lupamaksut itse luovuttaakseen ne sen jälkeen rahoittamilleen laitoksille vai antaako se näille laitoksille toimivallan varojen keräämiseen,[20] ei pidä unohtaa myöskään sitä, että valtio itse luo rakenteet maksun määräämiseksi eli se määrittelee maksuvelvollisuuden ja asettaa maksun suuruuden riippumattoman elimen, KEF:n avulla kuitenkin siten, että osavaltiot,

19 – Dreher, M., "Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften im Kartellvergaberecht", *NZBau – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergabe*, 6/2005, s. 302.

20 – Opitz, M., "Vergaberechtliche Staatsgebundenheit des öffentlichen Rundfunks?", *NVwZ – Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, nro 9/2003, s. 1090.

joille kuuluu viimeinen sana, vahvistavat maksut ja niillä on mahdollisuus muuttaa niitä. [21]

54. Toiseksi direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan kolmannen luetelmakohdan ensimmäistä vaihtoehtoa ei voida rajata tarkoittamaan pelkästään välittömän rahoituksen tapoja, koska substantiivia rahoitus tarkennetaan vain sanoilla "suurin osa" (espanjaksi "mayoritariamente", saksaksi "überwiegend", ranskaksi "majoritairement" ja englanniksi "for the most part") ilman, että siihen, toimitetaanko rahamäärä tukea saaville laitoksille välillisesti tai välittömästi, viitattaisiin millään tavalla.

55. Lopuksi on todettava, että oikeuskäytäntö tukee tietyssä määrin epäsuorasti sitä, että valtio voisi antaa välillistä taloudellista tukea, koska yhteisöjen tuomioistuin on tunnustanut edellä mainitun säännöksen kolmannen luetelmakohdan toisen vaihtoehdon osalta valtion *välillisen* valvonnan [22] ja sama päätelmä voitaisiin laajentaa koskemaan myös ensimmäistä vaihtoehtoa varsinkin, kun otetaan huomioon kolmen vaihtoehdon rinnastettavuus, [23] mistä Saksan hallitus on perustellusti muistuttanut.

21 – Frenz, W., em. teos, s. 272. Yleisradiolaitokset mainitsevat huomautuksissaan Bundesverfassungsgerichtissä (Saksan perustuslakituomioistuin) vireillä olevan perustuslainvastaisuutta koskevan valituksen, jossa on riitautettu osavaltioiden lupamaksutariffin korotusta koskevassa ehdotuksessa tekemä rahoituksen tarkistaminen alaspäin.

22 – Asia C-306/97, Connemara Machine Turf, tuomio 17.12.1998 (Kok. 1998, s. I-8761, 34 kohta).

23 – Em. asiassa komissio v. Ranska annetun tuomion 49 kohta.

3. Vastineeton rahoitus

56. Edellä mainitussa asiassa University of Cambridge annetussa tuomiossa julkinen rahoitus määriteltiin tekemällä perustavanlaatuinen erottelu sen mukaan, onko tuensaajaelimellä velvollisuus erityisen vastineen suorittamiseen, koska vain jos tällaista vastinetta ei edellytetä, julkista rahoitusta koskeva edellytys täyttyy. [24]

57. Tämän ennakkotapauksen perusteella ja vedoten siihen, että kuluttajat suorittavat maksut suoraan yleisradiolaitoksille, mainitut laitokset ja Saksan hallitus väittävät, että käyttäjät saavat tätä maksua vastaan "erityisenä vastineena" oikeuden vastaanottaa saksalaisia julkisia televisio- ja radio-ohjelmia. Ne tukeutuvat tähän perusteluun kiistääkseen riidanalaisen rahoituksen julkisen luonteen. [25]

24 – Mainitun tuomion 21 kohta.

25 – Hailbronner, K., "Öffentliches Auftragswesen", teoksessa Grabitz, E./Hilf, M., *Das Recht der Europäischen Union*, C. H. Beck, München, 2006, B 4, s. 22, nro 121.

58. Näiden väitteiden kiistämiseen riittää viittaus siihen, että televisiolupamaksuilla kerätyt varat eivät ole yksityisiä varoja, kun otetaan huomioon niiden oikeusnormeihin perustuva alkuperä. Yleisradiolaitokset ja Saksan hallitus voivat kuitenkin todeta tähän, että jos kuluttajien maksamien summien lainsäädännöllisen sääntelyn perusteella kerätyt varat määritellään luonteeltaan julkisiksi, arkkitehtien, asianajajien ja lääkärien palkkioita olisi pidettävä tarjouskilpailua koskevissa direktiiveissä tarkoitettuina julkisina, välillisinä maksuina. Tämän päättelyn soveltamisesta seuraa kuitenkin se, että jos julkista rahoitusta koskevan vaihtoehdon tarkastelussa otettaisiin huomioon vain rahan yksityinen alkuperä, direktiivissä 92/50 tarkoitettuina julkisina varoina ei voitaisi pitää tavaramerkki- ja patenttivirastojen, maarekisterivirastojen eikä myöskään kiinteistörekisterivirastojen – vain muutamia sellaisia elimiä mainitakseni, joissa asianomainen henkilö maksaa suoraan sen palvelun, jonka viranomainen hänelle suorittaa – varoja, eikä loppujen lopuksi yhtäkään veroa.

59. Lisäksi ei voida erityisen uskottavasti väittää, että myös julkiset varat luovutetaan valtiollisilla radio- ja televisiokanavilla tarjottua ohjelmaa vastaan. Yleisradiolaitoksille maksetut (julkiset) rahamäärät eivät luo eivätkä vahvista tavanomaisissa kaupallisissa suhteissa vallitseviin riippuvuussuhteisiin rinnastettavaa riippuvuutta, vaan ne ovat täydentävä toimenpide, [26] johon mainittujen laitosten toiminta perustuu, ilman että valtio odottaisi saavansa tai saisi takaisin vastineen konkreettisen suorituksen muodossa.

60. Tästä seuraa, etten voi hyväksyä teoriaa, jonka mukaan käyttäjän on maksettava lupamaksu vastineena mahdollisuudesta seurata julkisia ohjelmia, enkä voi hyväksyä myöskään ajatusta siitä, että valtiolle korvataan sen tarjoama taloudellinen tuki antamalla vastineeksi julkista yleisradiopalvelua.

4. Kilpailulta suojattu toiminta

61. Vaikkei olekaan tarpeen täsmentää, mitä tarkoitetaan "julkisoikeudellisella laitoksella – –, joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia, muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita", [27] Itävallan hallitus ja EFTAn valvontaviranomai-

26 – Em. asiassa University of Cambridge annetun tuomion 25 kohta.

27 – Asia C-360/96, BFI Holding, tuomio 10.11.1998 (Kok. 1998, s. I-6821, 48–50 kohta).

nen eivät erehdy sisällyttäessään tämän ennakkoratkaisukysymyksen yhteyteen yleisradiolaitosten kilpailuaseman tarkastelun.

62. Kun otetaan huomioon radio- ja televisiolupamaksun perintäjärjestelmä, josta on säädetty erityislailla ja johon kuuluvat edellä mainitut julkisoikeudelliset etuoikeudet (maksujen perintä ja mahdollisuus pakkoperintään), ei voida väittää pätevästi, että varat, jotka on tarkoitettu sellaisen yleishyödyllisen tarpeen tyydyttämiseen, jollainen yleisradiolaitosten vastuulla kiistattomasti oleva julkinen ohjelmatarjonta on, saataisiin markkinaedellytyksin. Ne rahat, jotka yleisradiolaitokset saavat maksujen perusteella, eivät siis ole peräisin siitä, että ne kilpailisivat kilpailijoitaan vastaan, vaan rahat ovat suuren yleisön kustantamia, [28] eikä näiden laitosten tarvitse myöskään välittää siitä, käyttävätkö kuluttajat tosiasiassa hyväkseen niiden audiovisuaalista ohjelmatarjontaa.

63. Tällainen suojattu kaupallinen toiminta vapauttaa yleisradiolaitokset tuloihin kohdistuvasta epävarmuudesta, koska valtio on antanut niille takauksen KEF:n laatimaan talousarvion puitteissa. Vaikka näin ollen myönnettäisiin oikeaksi väite siitä, että varojen alkuperä on yksityinen, tapa, jolla nämä laitokset voivat luottaa rahoitusvirtaan, ei poikkea siitä rahoitustavasta, jossa valtio antaa varat niiden käyttöön suoraan.

64. Suullisessa käsittelyssä esittämääni kysymykseen, joka koski sitä, onko se rahoitustakuu, jonka Saksan valtio on perustuslaillisesti velvollinen tarjoamaan yleisradiolaitoksille, ulotettu koskemaan otettuja velkoja, [29] Saksan hallitus vastasi hylkäämällä täysin tämän mahdollisuuden. Kuten komissio totesi, tätä kysymystä ei tarvitse edes esittää, koska KEF tarkistaa säännöllisesti yleisradiolaitosten rahalliset tarpeet ja täyttää ne vaivattomasti. Näiden laitosten ei tarvitse siten suurissa maksuvaikeuksissakaan turvautua yksityiseen velkarahoitukseen, mikä vahvistaa tuen julkista luonnetta.

5. Muut arviointiperusteet

65. Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että varat, joilla yleisradiolaitosten toimintaa yllä-

28 – Seidel, L., "Öffentliches Auftragswesen", teoksessa Dauses, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, C. H. Beck, München, 2006, s. 27, nro 82; Boesen, A., em. teos, s. 152.

29 – Velkojen julkista korvaamisjärjestelmää koskevaa edellytystä on käsitelty tähän mennessä ainoastaan tarkasteltaessa julkisia palveluhankintoja koskevista sopimuksista annettujen yhteisön direktiivien 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan ensimmäistä luetelmakohtaa, joka liittyy yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttämiseen; yhdistetyt asiat C-223/99 ja 260/99, Agorà ja Excelsior, tuomio 10.5.2001 (Kok. 2001, s. I-3605, 40 kohta).

pidetään, ovat luonteeltaan julkisia. Tästä huolimatta esitän vielä muutama lisähuomioita.

66. Ensinnäkin on yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaista, että "hankintaviranomaisen" itsenäistä yhteisön käsitettä tulkitaan toiminnallisesti [30] ja laajasti, [31] kun otetaan huomioon halu estää niin se, että hankintaviranomainen hankintasopimuksia tehdessään suosisi kotimaisia tarjoajia tai ehdokkaita, kuin sekin, että valtion rahoittama tai sen valvonnassa oleva laitos toimisi muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta. [32]

67. Tähän asiaan liittyen yleisradiolaitokset vastasivat suullisessa käsittelyssä niille esittämääni kysymykseen, että yksikään niistä yhdestätoista yrityksestä, joihin GEZ otti yhteyttä, jotta ne esittäisivät sitovan tarjouksen, ei sijainnut toisessa jäsenvaltiossa. Jo yksin tämä seikka osoittaa sen, että yhteisön lainsäätäjän pelko ei ollut aiheeton.

68. Toiseksi yleisradiolaitokset korostavat saksalaiseen oikeuskirjallisuuteen tukeutuen [33] perustuslaillista puolueettomuustehtävää, joka suojaa niitä siltä, että julkinen valta puuttuisi millään tavalla niiden toimintaan.

69. Ilman, että olisi tarpeen tulkita Saksan perustuslain 5 §:n 1 momentin, jonka nojalla on voitu luoda laadukas julkinen radio- ja tv-lähetystoiminta, erinomaisuutta, mitään ristiriitaa ei ole edellä mainitun tehtävän ja sen välillä, että näitä laitoksia koskee esillä oleva velvollisuus kunnioittaa ja noudattaa yhteisön direktiiveissä tarkoitettuja hankintamenettelyjä.

70. Tähän ennakkoratkaisumenettelyyn liittyvissä huomautuksissa ei ole esitetty ainuttakaan perustetta, jolla olisi pyritty osoittamaan, että yleisradiolaitosten velvoittaminen noudattamaan direktiivien sääntöjä voisi vaarantaa niiden neutraalisuuden. Lisäksi

30 – Em. asia BFI Holding, tuomion 62 kohta; asia C-353/96, komissio v. Irlanti, tuomio 17.12.1998 (Kok. 1998, s. I-8565, 36 kohta); asia C-470/99, Universale-Bau, tuomio 12.12.2002 (Kok. 2002, s. I-11617, 53 kohta); asia C-373/00, Adolf Truley, tuomio 27.2.2003 (Kok. 2003, s. I-1931, 41 kohta) ja asia C-283/00, komissio v. Espanja, tuomio 16.10.2003 (Kok. 2003, s. I-11697, 73 kohta).

31 – Wollenschläger, F., "Der Begriff des 'öffentlichen Auftraggebers' im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes", *EWS (Europäisches Wirtschafts- und Steuerecht)*, nro 8/2005, s. 345.

32 – Em. asiassa University of Cambridge annetun tuomion 17 kohta; em. asiassa Universale-Bau annetun tuomion 52 kohta ja em. asiassa Adolf Truley annetun tuomion 42 kohta.

33 – Dreher, M., em. teos, s. 303; Hailbronner, K., em. teos, s. 22, nro 123.

radiolähetystoiminnan vapaus ja puolueettomuus eivät ole koskaan olleet arviointiperusteina tutkittaessa julkisoikeudellisten laitosten luonnetta hankintaviranomaisina. [34]

71. On myös riidatonta, että yleisradiolaitosten rahoituksessa lupamaksuilla on ehdottoman hallitseva asema muihin tulonlähteisiin, erityisesti mainontaan, nähden, minkä perusteella on pääteltävä, kun esitetyt selvennykset otetaan huomioon, että se tapa, jolla televisiotoiminnan harjoittajat kattavat kustannuksensa, täyttää direktiivin 92/50 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan kolmannen luetelmakohdan ensimmäiseen vaihtoehtoon sisältyvän edellytyksen siitä, että suurimman osan rahoituksesta on oltava peräisin valtiolta.

6. Vastaukset ensimmäiseen ja toiseen ennakkoratkaisukysymykseen

72. Edellä esitettyjen näkökohtien perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin ratkaisee Oberlandesgericht Düsseldorfin esittämän ensimmäisen ja toisen ennakkoratkaisukysymyksen seuraavasti:

yleisradiolaitosten välillinen rahoitus maksulla, joka jokaisen, jolla on vastaanotin valmiina lähetysten vastaanottoon, on suoritettava, merkitsee tämän säännöksen mukaista rahoitusta, jonka arvioimisen yhteydessä ei voida vaatia muiden lisäedellytysten täyttymistä eli esimerkiksi sellaisen edellytyksen täyttymistä, jonka mukaan valtiolla on oltava suora vaikutusmahdollisuus, kun valtion rahoittama laitos tekee hankintasopimuksia.

C *Kolmas ennakkoratkaisukysymys*

73. Tällä kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytävä toimielin haluaa tietää, kuuluvatko palvelut, jotka eivät ole ohjelmiin liittyviä vaan avustavia palveluja ja tukipalveluja, direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan iv alakohdan soveltamisalaan.

74. Olen edellä todennut, että vastaus on hyödyllinen, jos yleisradiolaitosten katsotaan olevan "hankintaviranomaisia". Tämän säännöksen tulkitsemista pyytäessään Oberlandesgerichtin tarkoituksena on säännöksen aineellisen soveltamisalan täsmentäminen sen selvittämiseksi, onko näiden laitosten toimitilojen siivouspalvelut suljettu soveltamisalan ulkopuolelle.

34 – Seidel, L., em. teos, s. 27, nro 82.

75. Säännöksen sanamuoto on niin selkeä, että riittää, että vedotaan periaatteeseen, jonka mukaan selvää sääntöä ei tarvitse tulkita (in claris non fit interpretatio). Hankintamenettelyä ei ole säännöksen nojalla pakko soveltaa niihin sopimuksiin, jotka liittyvät kiinteästi radio- ja televisio-ohjelmien sisältöön (ohjelmien hankkimista, kehittämistä, tuotantoa tai yhteistuotantoa koskevat sopimukset sekä radiolähetysaikaa koskevat sopimukset).

76. Kun kyse on pääsääntöön tehtävästä poikkeuksesta, tarvitaan rajoittavaa tulkintaa, minkä vuoksi kaikki muu kuin nimenomaisesti mainittu toiminta on toteutettava oikeustoimena hankintamenettelyn suorittamisen jälkeen.

77. Kuten direktiivin 92/50 ja direktiivin 2004/18 perusteluosien keskinäisestä vertailusta ilmenee, yhteisön lainsäädännön kehitys näyttäisi vahvistavan tämän päättelyn. Direktiivin 2004/18 johdanto-osan 25 perustelukappaleessa on täsmennetty direktiivin 92/50 niukkaa johdanto-osan 11 perustelukappaletta siten, että poikkeuksen osalta lukuun otetaan "muut valmistelevat palvelut – –, kuten käsikirjoituksiin tai taiteellisiin esityksiin liittyvät palvelut, joita ohjelmien toteuttaminen edellyttää". Sitä vastoin kyseisen perustelukappaleen mukaan lukuun ei oteta tällaisten ohjelmien tuotannon "edellyttämän teknisen laitteiston toimittamista".

78. Näin ollen jos poikkeusta ei voida soveltaa erityisvälineistöön, sitä ei voida soveltaa myöskään yleisradiolaitosten kiinteistöjen siivouspalveluihin.

79. Kaiken kaikkiaan sekä kieliopillinen tulkinta että lainsäätäjän itsensä esittämä tulkinta puoltavat vastakohtaispäätelmän käyttöä määriteltäessä direktiivin 92/50 aineellista vaikutusta Saksan yleisradiolaitosten tekemiin sopimuksiin.

80. Esitän vielä viimeisenä huomiona, että sitä, että Saksan televisiotoiminnan harjoittajien puolueettomuus on taattu perustuslaissa, on pyrittävä kunnioittamaan pikemminkin tämän säännöksen asiayhteydessä kuin tämän toiminnan rahoitustavan tarkastelun yhteydessä.[35] Yhteisön lainsäätäjä on tämän takia kulttuuristen ja yhteiskunnallisten perusteiden huomioon ottamiseksi säätänyt ohjelmiin sovellettavasta poikkeuksesta, kuten direktiivin 2004/18 johdanto-osan edellä mainitussa 25 perustelukappaleessa todetaan.

35 – Ks. myös Boesen, A., em. teos, s. 152, nro 75.

VI Ratkaisuehdotus

81. Edellä esitettyjen näkökohtien perusteella ehdotan, että yhteisöjen tuomioistuin vastaa Oberlandesgericht Düsseldorfin esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

1) Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18.6.1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY 1 artiklan b alakohdan toisen alakohdan kolmannen luetelmakohdan ensimmäiseen vaihtoehtoon sisältyvää edellytystä, joka koskee valtion antamaa rahoitusta, on tulkittava siten, että välillinen rahoitus maksulla, joka jokaisen, jolla on vastaanotin valmiina lähetysten vastaanottoon, on suoritettava, merkitsee tämän edellytyksen mukaista rahoitusta ilman, että voitaisiin asettaa muita edellytyksiä, esimerkiksi edellytystä, jonka mukaan valtiolla on oltava suora vaikutusmahdollisuus, kun valtion rahoittama laitos tekee hankintasopimuksia.

2) Direktiivin 92/50 1 artiklan a alakohdan iv alakohdassa jätetään direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle ainoastaan kyseisessä kohdassa mainitut palvelut, kun taas sellaiset muut palvelut, jotka eivät ole ohjelmiin liittyviä vaan avustavia palveluja ja tukipalveluja, kuuluvat direktiivin soveltamisalaan.