FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

föredraget den 6 september 2007 [1]

I — Inledning

1. Om man enbart ser radio- och TV-sändningar som informationsmedia reduceras de till sin mest typiska aspekt och man bortser från andra aspekter som, med tanke på den socio-kulturella betydelse de fått under sin historiska utveckling, har större betydelse. I västvärlden verkar dessa kommunikationssystem tillsammans med det materiella välstånd som skapats på nytt aktualisera den romerska maximen *panem et circenses* (bröd och skådespel), som den romerske poeten Juvenalis [2] formulerade för att kritisera romarnas lättja och ointresse för politiska frågor. [3] Formuleringen skulle kunna översättas till dagens förhållanden om man bytte bröd mot bekvämlighet och romerska skådespel mot television.

2. Ingen ifrågasätter längre att de bilder som tränger in i privatlivets mest undangömda hörn har en enorm dragningskraft. För att undvika ett scenario som i George Orwells roman 1984 [4] där den audiovisuella tekniken omvandlats till en maskin i propagandans tjänst, inför därför regeringar försiktighetsåtgärder som garanterar en viss grad av objektivitet och oberoende, åtminstone inom den offentliga radion och televisionen.

3. De tre frågorna från Oberlandesgericht (appellationsdomstol) i Düsseldorf har ställts till domstolen mot denna bakgrund, nämligen strävan efter goda offentliga radio- och televisionstjänster som uppfyller rättsstatens

1 — Originalspråk: spanska.

2 — Decimus Junius Juvenalis (troligen född mellan år 55 och 60 i Aquinum och helt säkert död efter år 127) skrev "Satirer". Om författaren är inte mer känt än vad han själv antyder i sitt verk. Han tvingades i exil en period i slutet av sitt liv på grund av sin kritik mot överheten, kanske på grund av hans insinuationer i ett av de poetiska alstren om Tito Elio Alcibiades, som var i tjänst hos kejsar Hadrianus; Juvenalis: *Satirer*, Walhström & Widstrand Klassikerserie; översättning med inledning och kommentarer av Bengt Ellenberger, 2004.

3 — "... Redan för länge sedan/då när man slutade köpslå om våra / röster, lät vi ämbetena vara; folket som förut/utdelat fältherremakt, legioner, ämbeten – allt! – det/nöjer sig numer med mindre, önskar sig ängsligt blott två ting – / bröd och skådespel. ..." Tionde satiren, verserna 71–75.

4 — Det har blivit en klyscha att se denna roman, som skrevs år 1948 efter andra världskrigets fasor, inte som en kritik av totalitära system, utan som en påminnelse om hur omärkligt en sådan regim kan etablera sig med hjälp av påverkan via massmedia. G. Orwell: *1984*, Albert Bonniers förlag, Stockholm 1980.

krav, särskilt på neutralitet, och med respekt för den politiska mångfalden. Som framgår av begäran om förhandsavgörande bygger den garantin i Tyskland i hög grad på att de offentliga radio- och TV-bolagen anförtros uppgiften att uppbära och förvalta medel som härrör från skyldigheten att enbart på grund av innehavet av en radio- eller tv-apparat erlägga vissa avgifter.

4. Finansieringsmodellen, som har sin grund i en icke ifrågasatt skyldighet att erbjuda en offentlig tjänst, leder till frågan om dessa radiobolag skall betraktas som "upphandlande myndigheter" i den mening som avses i gemenskapens direktiv om offentlig upphandling eller om de tvärtom skall anses falla utanför denna kategori och således saknar skyldighet att följa upphandlingsförfarandena.

II — Tillämpliga bestämmelser

A — *De gemenskapsrättsliga bestämmelserna*

5. Den hänskjutande domstolen har inledningsvis hänvisat till både artikel 1.9, angående den personkrets som omfattas av tillämpningsområdet och artikel 16 b, angående det materiella tillämpningsområdet, i direktiv 2004/18/EG, [5] genom vilket systemen för offentlig upphandling inom gemenskapen kodifierades. Den har tillagt att eftersom fristen för att införliva direktivet i den nationella rättsordningen löpt ut utan att detta skett, föranleds den av rättspraxis från Bundesgerichtshof (högsta domstolen i Tyskland) att tolka de nationella reglerna mot bakgrund av valfri nyligen antagen gemenskapsrättsakt, även om den inte gäller det upphandlingsförfarande som tvisten rör.

6. Även om man godtar Oberlandesgericht resonemang bör man se till den ursprungliga lydelsen av artikel 1 a och b i direktiv 92/50/EEG. [6] Detta av två skäl: för det första därför att detta är den grundbestämmelse som vägledde den tyske lagstiftaren när den tyska rättsordningen anpassades efter gemenskapsrätten, och följaktligen hänvisar den nationella bestämmelsen till denna artikel och för det andra på grund av den fullständiga överensstämmelsen med de parallella reglerna i den konsoliderade versionen av texten i direktiv 2004/18.

5 — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

6 — Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1: svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

7. Den personkrets som omfattas av direktivets tillämpningsområde avgränsas i artikel 1 b i direktiv 92/50, i Avdelning I, som innehåller allmänna bestämmelser, genom att följande utpekas som upphandlande myndigheter:

"...

statliga, regionala eller lokala myndigheter, organ som lyder under offentlig rätt och sammanslutningar av en eller flera av dessa myndigheter eller organ som lyder under offentlig rätt."

Härvid avses med organ som lyder under offentlig rätt varje organ som:

"– tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär,

– är en juridisk person, och

— till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt, eller vars förvaltning granskas av sådana organ eller i vars förvaltnings-, styrelse- eller tillsynsorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt."

8. Därefter föreskrivs i bestämmelsen att "förteckningar över organ, eller kategorier därav, som lyder under offentlig rätt och som uppfyller [dessa] villkor [...] återfinns i bilaga 1 till direktiv 71/305/EEG. [7] Dessa förteckningar skall vara så uttömmande som möjligt och kan revideras enligt det förfarande som fastställs i artikel 30b i det direktivet. ..."

9. I artikel 1 a anges även de rättshandlingar som omfattas av direktivets materiella tillämpningsområde (*ratione materiae)*, med uttryckligt undantag för följande:

"...

7 — Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av upphandlingsförfaranden avseende offentliga bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5).

iv) kontrakt avseende anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial som ingås av radio- och TV-bolag samt kontrakt avseende sändningstid,

...”

B — *De nationella bestämmelserna*

1. Bestämmelserna om offentlig upphandling

10. Förfarandena för offentliga myndigheters upphandling i Tyskland regleras i lagen om konkurrensbegränsning (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, [8] nedan kallad GWB). Artikel 1 b i direktivet, om upphandlande myndigheter, har sin nationella motsvarighet i 98 § punkt 2 GWB:

”98 § — Upphandlande myndighet

Med upphandlande myndighet avses i detta kapitel

1. regionala och lokala myndigheter och organ samt deras särskilda tillgångar,

2. andra offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer som grundats för det särskilda ändamålet att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär, om de till större delen finansieras av de organ som anges i punkterna 1 eller 3, antingen individuellt eller gemensamt genom delaktighet eller på annat sätt, eller om de senare utövar kontroll över deras ledning eller har utsett mer än hälften av ledamöterna i deras lednings- eller tillsynsorgan. Detta gäller likaså när ett organ som omfattas av punkt 1, individuellt eller tillsammans med andra till större delen står för finansieringen eller utser de flesta ledamöterna i ett lednings- eller tillsynsorgan,

3. sammanslutningar vars medlemmar omfattas av bestämmelserna i punkterna 1 och 2,

...”

8 — Sedan den 1 januari 1999 gäller lagen i sin lydelse efter den sjätte ändringen genom lag 703-4/1 av den 26 augusti 1998 (BGBl. I s. 358).

2. Reglerna om avgifter för offentlig radio och television

11. Enligt begäran om förhandsavgörande regleras finansieringen av offentliga radio- och TV-bolag i Tyskland i två avtal mellan delstaterna och Förbundsrepubliken Tyskland. Huvuddragen i fråga om radio- och TV-avgifterna anges i Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens (avtal mellan delstaterna om reglering av radio- och TV-avgifter, nedan kallat avtalet) av den 31 augusti 1991, ändrat år 1996.

12. 2 § i avtalet har följande lydelse:

"1) Radio- och TV-avgiften består av en grundavgift och en TV-avgift. Storleken på avgifterna fastställs genom avtalet om finansiering av radio- och TV-bolag.

..."

13. 4 § i avtalet har följande lydelse:

"1) Skyldigheten att betala radio- och TV-avgifter uppkommer den första dagen i den månad då innehavaren anskaffar en radio- eller TV-mottagare.

2) ..."

14. I 7 § i avtalet regleras därefter fördelningen av de intäkter som avgifterna ger:

"1) Intäkterna från grundavgiften tillkommer det delstatliga radio- och TV-bolaget samt, till den del som fastställs i avtal om finansiering av radio- och TV-bolag, den Deutschlandradio och Landesmedienanstalt [delstatligt medieorgan] inom vars område en radio och TV-mottagare innehas.

2) Intäkterna från TV-avgiften tillkommer det delstatliga radio- och TV-bolaget samt, till den del som fastställs i avtal om finansiering av radio- och TV-bolag, det delstatliga medieorgan inom vars område en radio- och TV-mottagare

innehas, samt Zweites Deutsches Fernsehen [den andra offentliga TV-kanalen, nedan kallad ZDF]. ...

...”

15. Den hänskjutande domstolen har förklarat att i ett andra avtal, Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (avtal om finansiering av radio- och TV-bolag, nedan kallat finansieringsavtalet) av den 26 november 1996, fastställs de konkreta avgiftsbeloppen efter godkännande från delstaternas parlament.

16. Granskningen och beräkningen av radio- och TV-bolagens budgetar har enligt 2–6 §§ i finansieringsavtalet delegerats till Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (kommittén för granskning och beräkning av radio- och TV-bolagens finansiella behov, nedan kallad KEF). Minst vartannat år avger kommittén en oberoende rapport som ligger till grund för delstatsparlamentens och delstatsregeringarnas beslut om radio- och TV-avgifter (3 § femte stycket jämförd med 7 § andra stycket i finansieringsavtalet).

17. Genom en förordning av den 18 november 1993 om förfarandet för betalning av avgifter från Westdeutscher Rundfunk Köln, som antagits enligt 4 § sjunde stycket i avtalet efter godkännande från delstatsregeringen, uppbär radio- och TV-bolagen i de respektive delstaterna avgifterna från medborgarna via Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (enhet för uppbörd av avgifter till de offentliga tyska radio- och TV-bolagen, nedan kallad GEZ), genom myndighetsutövning.

III — Bakgrund till tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

18. Klagande vid Oberlandesgericht Düsseldorf är radio- och TV-bolagen i delstaterna, medlemmar i Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands (sammanslutning av tyska radio- och TV-bolag, nedan kallad ARD) och det offentliga radio- och TV-bolaget ZDF, som inrättats genom avtal av den 6 juni 1961, samt Deutschlandradio (nedan gemensamt kallade radio- och TV-bolagen).

19. Dessa grundade GEZ år 2002, i form av ett offentligrättsligt förvaltningsorgan med uppgift att uppbära avgifterna till vart och ett av radio- och TV-bolagen i delstaterna.

Eftersom GEZ inte är en juridisk person agerar det i de respektive radio- och TV-bolagens namn och för deras räkning.

20. Efter att ha gjort en marknadsundersökning uppmanade GEZ i augusti 2005 skriftligen elva bolag att inkomma med bindande anbud avseende städtjänster i GEZ:s byggnader och i personalmatsalen hos Westdeutsche Rundfunk (ett av de radio- och TV-bolag som ingår i ARD) i Köln, för perioden från den 1 mars 2006 till och med den 31 december 2008, med möjlighet till automatisk förlängning ett år i taget. Kontraktet beräknades vara värt över 400 000 euro. Något gemenskapsrättsligt upphandlingsförfarande genomfördes inte enligt de nationella bestämmelserna och det berörda direktivet.

21. Företaget Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH (nedan kallat GEWA), motpart vid Oberlandesgericht i Düsseldorf, och intervenienten Heinz W. Warnecke besvarade GEZ inbjudan med varsitt anbud. Den första hade det lägsta priset. Den 9 november 2005 beslutade styrelsen för GEZ att inleda förhandlingar med fyra anbudsgivare, däribland GEWA och intervenienten. Styrelsen beslutade även att anbuden skulle genomgå en noggrann ekonomisk analys enligt Kepner-Tregoe-metoden, för att fastställa värden för kriterierna teknisk, fackmässig och affärsmässig bedömning, och riskbedömning. Enligt den bedömningen placerade sig GEWA:s anbud på tredje plats och intervenientens på första plats.

22. GEZ meddelade GEWA per telefon att bolaget inte tilldelats kontraktet. I en skrivelse av den 14 november 2001 påtalade GEWA att GEZ hade åsidosatt bestämmelserna om offentlig upphandling, eftersom den i sin egenskap av upphandlande myndighet inte inlett en upphandling på Europanivå avseende städkontraktet. GEZ bestred påståendet.

23. GEWA väckte då talan vid Vergabekammer (avdelningen för offentlig upphandling) vid Bezirksregierung (lokalregering) i Köln, och GEZ angavs som motpart. GEWA yrkade att uppbördsenheten skulle åläggas att upphandla städtjänsterna genom ett formellt förfarande enligt kapitel 4 GWB och, i andra hand, att en ny prövning skulle göras i enlighet med Vergabekammers rättsliga bedömning.

24. Bolaget hävdade att GEZ, i egenskap av radio- och TV-bolag, var en upphandlande myndighet i den mening som avses i 98 § punkt 2 GWB, eftersom dessa bolag främst

finansieras genom avgifter som erläggs av medborgarna och eftersom bastjänsten, som består i att erbjuda radio- och tv-sändningar, som tveklöst är offentliga till sin karaktär, tillgodoser ett allmännyttigt behov och inte har någon industriell eller kommersiell karaktär.

25. Bolaget förklarade även att artikel 1 a iv i direktiv 92/50 endast undantar kontrakt avseende anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial, som ingås av radio- och TV-bolag, samt kontrakt avseende sändningstid, vilka klart skiljer sig från den tjänst som behandlas i målet vid den nationella domstolen.

26. Genom beslut av den 13 februari 2006 biföll Vergabekammer GEWA:s talan och förelade GEZ och radio- och TV-bolagen att, om de ville genomföra upphandlingen, följa bestämmelser om offentlig upphandling, principerna om likabehandling och öppenhet, samt att offentliggöra en inbjudan på europanivå.

27. Beslutet överklagades av delstaternas radio- och TV-bolag, som yrkade att det skulle upphävas därför att motpartens krav mot GEZ inte kunde tas upp till prövning i sak och i alla händelser var obefogat. Enligt deras uppfattning är de inte, i sin egenskap av offentliga radio- och TV-bolag, upphandlande myndigheter i den mening som avses i 98 § andra stycket GWB, eftersom den offentliga sändningsverksamheten i huvudsak finansieras genom avgifter från användarna.

28. De har tillagt att en statlig kontroll i den mening som avses i 98 § andra stycket GWB inte föreligger, eftersom den rättsliga kontroll som genomförs endast är indirekt och begränsad. Dessutom består medlemmarna i radio- och TV-bolagens styrelser av företrädare för olika relevanta grupper i samhället. Avsaknaden av majoritet i styrelserna innebär att staten inte har något som helst inflytande över upphandlingen av tjänsterna.

29. GEWA har däremot yrkat att beslutet från Vergabekammer skall fastställas.

30. Vergabesenat del Oberlandesgericht (avdelningen för offentlig upphandling vid appellationsdomstolen i Düsseldorf), som anser att utgången i målet beror på tolkningen av artikel 1 i direktiv [92/509, har beslutat att vilandeförklara förfarandet och

ställa följande tolkningsfrågor till domstolen med stöd av artikel 234 EG:

"1) Skall kriteriet 'finansieras av staten' i artikel 1 [b, andra stycket, tredje strecksatsen, alternativ ett, i direktiv 92/50] tolkas så, att en indirekt finansiering av institutioner genom statligt föreskrivna avgifter från dem som förfogar över en TV-mottagare, utgör en finansiering i denna mening, om den bygger på en författningsrättslig garanti för institutionernas oberoende finansiering och existens?

2) Om den första tolkningsfrågan skall besvaras jakande, skall då artikel 1 [b, andra stycket, tredje strecksatsen, alternativ ett, i direktiv 92/50] tolkas så, att staten för att 'statlig finansiering' skall föreligga skall ha ett direkt inflytande vid en upphandling som genomförs av den statligt finansierade institutionen?

3) Om den andra tolkningsfrågan skall besvaras nekande, skall artikel 1 [b, andra stycket, tredje strecksatsen, alternativ ett, i direktiv 92/50] jämförd med artikel 1 a iv tolkas så, att endast de i den senare bestämmelsen nämnda tjänsterna undantas från direktivets tillämpningsområde och att andra tjänster som är underordnade eller stödjande till sin karaktär och som inte är programspecifika omfattas av direktivets tillämpningsområde (*argument e contrario*)?"

IV — Förfarandet vid domstolen

31. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 7 augusti 2006.

32. GEWA, radio- och TV-bolagen, den tyska, den polska och den österrikiska regeringen samt Europeiska frihandelsorganisationens (Efta) övervakningsmyndighet och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden.

33. Vid förhandlingen som hölls den 14 juni 2007 deltog representanter för radio- och TV-bolagen, GEWA och ombuden för

den tyska regeringen och Europeiska frihandelsorganisationens (Efta) övervakningsmyndighet samt kommissionen för att yttra sig muntligen.

V — Bedömning av tolkningsfrågorna

A — *Inledande avgränsningar*

34. Den hänskjutande domstolen har visserligen ställt tre tolkningsfrågor, men det verkar lämpligt att besvara de två första tillsammans, [9] eftersom båda gäller det personella tillämpningsområdet och artikel 1 b, andra stycket, tredje strecksatsen, alternativ ett i direktiv 92/50. [10]

35. De tyska radio- och TV-bolagen anser inte att de finansieras med offentliga medel och har hänvisat till en föregiven analogi mellan de i förevarande mål aktuella bestämmelserna om offentlig upphandling och artiklarna 87 och 88 EG om statligt stöd, enligt vilka dessa skall betalas med "statliga medel".

36. Med tanke på såväl bestämmelsernas skilda karaktär som deras syfte anser jag emellertid inte att en så djärv jämförelse kan godtas, vilket kommissionen också helt riktigt har påpekat. Medan EG-fördragets bestämmelser om statligt stöd syftar till att förhindra oberättigade konkurrenssnedvridningar på en viss marknad till följd av att offentliga medel används, så krävs att en enhet omfattas av begreppet "upphandlande myndighet" för att den skall vara skyldig att följa upphandlingsförfarandena.

37. Dessa två rättsliga områden saknar "gemensamma grunder", och analogijämförelser mellan dem skall därför inte göras.

38. Även om den tredje frågan, slutligen, saknar betydelse för frågan huruvida de tyska radio- och TV-bolagen skall betecknas som upphandlande myndigheter, såsom de själva gjort gällande i sitt skriftliga yttrande, är svaret på den frågan av visst värde om den första frågan besvaras jakande och den andra besvaras nekande, eftersom Oberlandesgericht, genom att begära en tolkning av artikel 1 a iv i direktiv 92/50, vill få det materiella tillämpningsområdet fastställt, vilket är logiskt även om det förefaller uppenbart.

9 — Detta förordas av den österrikiska regeringen liksom den polska regeringen, som visserligen behandlar dem separat.

10 — Alternativet beskrivs i punkterna 5 och 6 i detta förslag till avgörande.

B — *Den första och den andra tolkningsfrågan*

39. Tvisten gäller den tyska modellen för tilldelning av medel till radio- och TV-bolagen. Således skall systemets huvuddrag granskas för att fastställa om deras intäkter är "statliga" i den mening som avses i direktiv 92/50 och domstolens rättspraxis.

1. En offentligrättsligt reglerad betalningsskyldighet

40. Radio- och TV-bolagen anser att användaren själv kan välja att betala avgiften eller inte, eftersom den inte utgår om personen helt avstår från att ha en radio- eller TV-mottagare. Den tyska regeringen delar den uppfattningen och anser att det föreligger ett direkt avtalsförhållande mellan radio- och TV-bolagen och konsumenten, som inte berör statsbudgeten, eftersom GEZ tar ut avgiften, men inte inbetalar det uppburna beloppet till statskassan. Båda avvisar således tanken att det skulle vara fråga om finansiering "av staten" i detta fall.

41. Alternativen i artikel 1 b, andra stycket, tredje strecksatsen i direktiv 92/50 är dock utformade som en presumtion som villkoras av en i huvudsak statlig finansiering. När detta förhållande konstaterats antas beroendet föreligga, vilket innebär att man inte behöver ställa andra villkor för tillämpningen som, exempelvis, att finansieringen medför ett direkt statligt inflytande på tilldelningen av kontrakt. Bedömningen av den aspekten ryms under det andra alternativet, avseende kontrollen, där inflytandets intensitet kan utvärderas. [11]

42. Det synsättet får även stöd i den distinktion som gjordes i domen i målet University of Cambridge mellan belopp som erläggs med eller utan motprestation, [12] eftersom syftet bara var att erbjuda en modell för den hänskjutande domstolen i det målet, avseende frågan huruvida förutsättningen för presumtionen var uppfylld, det vill säga en till större delen statlig finansiering.

43. Av de två föregående punkterna framgår att den andra tolkningsfrågan, såsom den formulerats av Oberlandesgericht inte är lämplig, utan bör behandlas tillsammans med den första.

11 — Dom av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-939), punkt 48 och följande punkter.

12 — Dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge (REG 2000, s. I-8035), punkterna 22–25.

44. För att återgå till sakfrågorna i förevarande mål har det inte ifrågasatts att avgiften fastställs i offentligrättsliga avtal (*Staatsverträge*), nämligen avtalet och finansieringsavtalet. [13]

45. Det har inte heller ifrågasatts att ett *Staatsvertrag* är en offentligrättslig rättsakt i den tyska rättsordningen. [14]

46. Följaktligen regleras rättsförhållandet mellan innehavaren av en TV- eller radiomottagare och radio- och TV-bolagen i den offentliga rätten, och är utformat i det närmaste som en skattskyldighet, eftersom betalningsskyldigheten uppkommer enbart på grund av innehavet av en radio- eller TV-mottagare, en typisk "beskattningsbar transaktion" i fråga om skatteuppbörd, som gör TV-tittaren till en skattskyldig person. Det har inte heller så stor betydelse vad avgiften kallas i nationell rätt. [15]

47. Såväl radio- och TV-bolagens funktionssätt som existens är alltså knutna till lagstiftarens agerande, vilket är en stark indikation på att de är underställda staten. Det faktum att en till största delen statlig finansiering nämns som alternativ ett i den granskade bestämmelsen är således inte på något sätt ett uttryck för ett orsakssamband, utan för det logiska i att den ekonomiska underordningen särskilt speglar en sådan "nära anknytning till staten" som domstolen hänvisat till. [16] Här passar den tyske juristen von Kirchmanns berömda formulering att juridiken inte hör till vetenskapens område, eftersom det räcker med "tre korrigerande ord från lagstiftaren" för att "hela bibliotek skall förvandlas till skräp", [17] vilket även understryker lagstiftarens makt.

48. På detta sätt visar sig den offentliga karaktären hos radio- och TV-bolagens medel som uppbärs av GEZ. Dessutom har den uppbördsenheten i doktrinen tillerkänts egenskapen av statligt organ, trots att den inte är en juridisk person, med hänvisning till befogenheten att uppbära avgiften och att kräva in den genom ett betalningskrav. [18] Dessa befogenheter kännetecknar utövandet

13 — Punkt 11 och följande punkter i detta förslag till avgörande.

14 — Se i tysk doktrin, Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*,

15 — Medan den tyska regeringen har påpekat att ordet *Gebühr* (avgift) inte är lämpligt för att beteckna betalningsskyldigheten, hänförs den i viss doktrin till skatterätten i egenskap av *Abgabe* (pålaga eller skatt); Boesen, A., *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Bundesanzeiger, 1:a upplagan, Köln, 2000, s. 151, nr 73.

16 — Domarna i de ovannämnda målen University of Cambridge, punkt 20, och kommissionen mot Frankrike, punkt 44.

17 — von Kirchmann, J.-H., *La jurisprudencia no es ciencia*, översättning till spanska och inledning av Antonio Truyol y Sierra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, s. 54.

18 — Frenz, W., "Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als Beihilfeempfänger und öffentliche Auftraggeber", i *WRP – Wettbewerb in Recht und Praxis*,

av uppgifter som är förknippade med den nationella suveräniteten och detta stärker dess offentliga karaktär ytterligare.

49. Även om denna ställning är en viktig indikation på ett ekonomiskt stöd från staten, visar den inte, såsom radio- och TV-bolagen förklarat, detta på ett tillförlitligt sätt, vilket innebär att andra särdrag i det tyska systemet för stöd till den statliga radio- och TV-verksamheten skall studeras.

2. Indirekt finansiering

50. Radio- och TV-bolagen och den tyska regeringen är eniga om att direktiv 92/50 endast avser betalningar som *direkt* belastar statsbudgeten [19] och inte medelbara överföringar av ekonomiska resurser från en offentlig enhet eller en annan upphandlande myndighet. De anser även att avgiftsbetalningen i förevarande mål enbart äger rum mellan konsumenten och radio- och TV-bolagen, utan att staten, som inte deltar i detta penningflöde, ingriper.

51. Jag tar helt avstånd från den tolkningen.

52. För det första har den tyska regeringen tagit fasta på en "överförande" och förenklad betydelse av begreppet finansiering, som bara avser överföringen, checken, bankgireringen eller den fysiska överföringen av säckar med pengar i ett pansarfordon från statskassan till den mottagande enhetens adress.

53. Bortsett från att det inte är någon större skillnad mellan att staten uppbär avgiften för att betala den vidare till de finansierade organen och att de tillerkänns en befogenhet att uppbära avgifterna, [20] får man inte glömma att staten själv skapar strukturen för uttaget av avgiften. Den fastställer nämligen betalningsskyldigheten och beloppet genom en självständig kommitté, KEF, vis-

19 — Dreher, M. "Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften im Kartellvergaberecht", *NZBau – Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergabe,*

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

serligen med förbehåll för att delstaterna, som har sista ordet, skall ge sitt godkännande och göra eventuella ändringar. [21]

54. För det andra inskränks inte artikel 1 b, andra stycket, tredje strecksatsen, alternativ ett i direktiv 92/50 till direkta finansieringsmetoder, eftersom den enda bestämningen till verbet finansieras är formuleringen "till större delen" (*überwiegend*, på tyska; *majoritairement* på franska och *for the most part* på engelska), och det finns ingen hänvisning till en medelbar eller omedelbar överföring av penningbidraget till de subventionerade organen.

55. Till sist finns visst indirekt stöd i rättspraxis för möjligheten av ett indirekt ekonomiskt stöd från staten, eftersom domstolen i fråga om alternativ två i tredje strecksatsen i bestämmelsen har godtagit **indirekt kontroll från statens sida**, [22] vilket kan utvidgas till alternativ ett, särskilt med tanke på att de tre alternativen, som den tyska regeringen helt riktigt har påpekat, är likvärdiga. [23]

21 — Frenz, W., a.a., s. 272. Radio- och TV-bolagen har i sitt yttrande hänvisat till en talan om grundlagsstridighet vid Bundesverfassungsgericht (den tyska konstitutionsdomstolen) mot revisionen av den sänkning som införts av delstaterna i förslaget till höjning av avgiftstaxan.

22 — Domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-306/97, Connemara Machine Turf (REG 1998, s. I-8761), punkt 34.

23 — Domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 49.

3. Finansiering utan motprestation

56. I domen i det ovannämnda målet University of Cambridge definierades begreppet offentlig finansiering, genom att en grundläggande distinktion infördes, nämligen huruvida mottagaren av stödet åläggs att fullgöra en särskild motprestation, eftersom villkoret för "offentlig finansiering" endast är uppfyllt om en sådan motprestation saknas. [24]

57. Med hänvisning till det rättsfallet och med stöd av sitt resonemang att konsumenten betalar utan mellanhänder till radio- och TV-bolagen, har dessa och den tyska regeringen förklarat att avgiften från användaren svarar mot en "bestämd motprestation", nämligen rätten att ta emot bilder och sändningar från den offentliga tyska radion och televisionen. De anser på den grunden att den omtvistade finansieringen inte är offentlig till sin karaktär. [25]

24 — Punkt 21 i domen.

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

58. Mot detta resonemang räcker det att erinra om att de medel som TV-avgiften alstrar inte är privata, eftersom de har sitt ursprung i lagstiftningen. Radio- och TV-bolagen skulle dock kunna invända att om den rättsliga regleringen av belopp som erläggs av konsumenten skulle vara bestämmande för om de uppburna medlen är offentliga till sin karaktär, så skulle arvoden till arkitekter, advokater och läkare betraktas som offentliga och indirekta utbetalningar i den mening som avses i direktiven om offentlig upphandling. Men om man tillämpar deras resonemang att utvärderingen av alternativet till offentlig finansiering endast skulle grundas på det förhållandet att medlen är av privat ursprung, så skulle varken betalningar till patent- och varumärkesbyråer eller fastighetsregister, för att nämna några organ till vilka den berörde direkt betalar för den tjänst som den offentliga myndigheten erbjuder, alltså inte i form av en skatt, kunna betecknas som offentliga medel i den mening som avses i direktiv 92/50.

59. Även om man skulle anföra att de offentliga medlen lämnas i utbyte mot den programverksamhet som bedrivs av de statliga radio- och tv-kanalerna, skulle resonemanget ändå inte väga tyngre. De (offentliga) medel som går till radio- och TV-bolagen varken skapar eller befäster ett beroende som liknar det som finns i normala affärsrelationer, eftersom de utgör en kompletterande åtgärd [26] som dessa organs verksamhet grundas på, utan att staten därmed räknar med eller tar emot en motprestation i form av en bestämd prestation.

60. Sammanfattningsvis tar jag inte bara avstånd från tanken att användaren betalar avgiften som motprestation för att få tillgång till den offentliga programverksamheten, utan också från idén att statens ekonomiska stöd ersätts med en motprestation i form av offentliga radio- och televisionssändningar.

4. En verksamhet som är utsatt för fri konkurrens

61. Även om det inte är nödvändigt att precisera vad som avses med "offentligrättsliga organ ... som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär", [27] är det inte fel av den österrikiska regeringen och Eftas övervakningsmyndighet att beakta konkurrenslä-

26 — Enligt domen i det ovannämna målet University of Cambridge, punkt 25.

27 — Dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, BFI Holding (REG 1998, s. I-6821), punkterna 48–50.

get för radio- och TV-bolagen vid granskningen av denna tolkningsfråga.

62. Mot bakgrund av hur uppbörden av radio- och TV-avgiften är utformad, i en speciallag och med de ovannämnda offentligrättsliga befogenheterna (uppbörd och eventuella exekutiva indrivningsåtgärder), kan det inte med fog hävdas att de ekonomiska medel som är avdelade för att tillgodose ett allmännyttigt behov av offentlig programverksamhet, som radio- och TV-bolagen tveklöst erbjuder, inte skapas oberoende av marknadsvillkoren. De ekonomiska medel som tilldelas genom pålagan härrör således inte från utövandet av en konkurrensutsatt verksamhet, utan betalas av kollektivet, [28] utan avseende på konsumentens faktiska användning av det audiovisuella programutbudet.

63. Detta kontrollerade sätt att agera på marknaden befriar radio- och TV-bolagen från osäkerhet i fråga om deras intäkter, eftersom de har en statlig garanti som uttrycks i de budgetar som utarbetas av KEF. Även om man skulle godta att medlen är av privat ursprung, skiljer sig således inte det sätt på vilket dessa organ tillförsäkrar sig ekonomisk trygghet från det som gäller i fråga om kapital som ställs till deras förfogande direkt av staten.

64. På min fråga vid förhandlingen, om denna garanti för radio- och TV-bolagens finansiering som den tyska staten konstitutionsenligt är skyldig att erbjuda omfattar uppkomna skulder, [29] avvisade den tyska regeringen kategoriskt den möjligheten. Som kommissionen påpekade aktualiseras den frågan emellertid inte ens eftersom KEF regelbundet informerar sig om radio- och TV-bolagens ekonomiska behov och täcker dem generöst. På så sätt tvingas de inte vända sig till privata kreditgivare i händelse av en likviditetskris, vilket följaktligen stärker intrycket av att bidraget är offentligt till sin karaktär.

5. Ytterligare bedömningsgrunder

65. Av vad som sagts ovan framgår sammantaget att de ekonomiska medel som ligger till

28 — Seidel, I., "Öffentliches Auftragswesen", i Dauses, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, C.H. Beck, München, 2006, s. 27, nr 82; Boesen, A, a.a., s. 152.

29 — Hittills har kravet på en offentlig mekanism för ersättning av skulder endast nämnts inom ramen för granskningen av artikel 1 b, andra stycket i gemenskapens direktiv om offentlig upphandling, i fråga om tillgodoseendet av behov i det allmännas intresse; dom av den 10 maj 2001 i de förenade målen C-223/99 och C-260/99, Agorà och Excelsior (REG 2001, s. I-3605), punkt 40.

grund för radio- och TV-bolagens verksamhet är offentliga till sin karaktär. Ytterligare några reflexioner bör dock tilläggas.

66. Således krävs enligt domstolens fasta rättspraxis, för det första, att det självständiga gemenskapsrättsliga begreppet "upphandlande myndighet" tolkas funktionellt [30] och ges stor räckvidd, [31] eftersom syftet är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. [32]

67. I det sammanhanget förklarade radio- och TV-bolagen, till svar på en fråga vid förhandlingen, att inget av de elva företag som kontaktades av GEZ för att lämna anbud var beläget i en annan medlemsstat. Detta i sig visar att gemenskapslagstiftarens farhågor inte var ogrundade.

68. För det andra har radio- och TV-bolagen, med stöd av tysk doktrin, [33] framhållit den konstitutionella skyldigheten att iaktta opartiskhet, som helt skyddar dem mot inblandning från statsmakternas sida i deras förvaltning.

69. Det är inte nödvändigt att analysera de positiva aspekterna av 5.1 § i den tyska grundlagen, genom vilken man lyckats införa en offentlig kvalitetsradio- och TV-tjänst, för att konstatera att det inte föreligger någon som helst motsättning mellan den uppgiften och den omtvistade skyldigheten för dessa organ att respektera och iaktta upphandlingsförfarandena i gemenskapsdirektiven.

70. I yttrandena i detta förfarande om förhandsavgörande har ingen som helst uppgift framkommit till stöd för att radio- och TV-bolagens neutralitet skulle äventyras om de underkastades direktivens upphandlingsförfaranden. Pressfriheten inom

30 — Domen i det ovannämnda målet BFI Holding, punkt 62, av den 17 december 1998 i mål C-353/96, kommissionen mot Irland (REG 1998, s. I-8565), punkt 36, av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau (REG 2002, s. I-11617), punkt 53, av den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Adolf Truley (REG 2003, s. I-1931), punkt 41, och av den 16 oktober 2003 i mål C-283/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-11697), punkt 73.

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

32 — Domarna i de ovannämnda målen University of Cambridge, punkt 17, Universale-Bau, punkt 52, och Adolf Truley, punkt 42.

33 — Dreher, M., a.a., s. 303; Hailbronner, K., a.a, s. 22, nr 123.

sändningsverksamheten och dess opartiskhet har aldrig utgjort kriterier vid bedömningen av om ett offentligrättsligt organ är en upphandlande myndighet. [34]

71. Slutligen har det inte ifrågasatts att finansieringen av radio- och TV-bolagen genom avgiften är helt dominerande, jämfört med andra inkomstkällor, särskilt reklam. Således kan man, mot bakgrund av de synpunkter som framförts, dra slutsatsen att det sätt på vilket radio- och TV-bolagen täcker sina kostnader uppfyller kravet i artikel 1 b, andra stycket, tredje strecksatsen, alternativ ett i direktiv 92/50, att till större delen finansieras av staten.

6. Svar på den första och den andra tolkningsfrågan

72. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall besvara den första och den andra tolkningsfrågan från Oberlandesgericht i Düsseldorf på följande sätt: den indirekta finansieringen av institutioner genom betalning av avgifter från personer som innehar radio- och tv-mottagare utgör en finansiering i den mening som avses i den omtvistade bestämmelsen, och det är vid bedömningen av denna inte tillåtet att ställa ytterligare krav som, exempelvis, ett direkt inflytande från statens sida vid en offentlig upphandling som genomförs av den statligt finansierade institutionen.

C — *Den tredje tolkningsfrågan*

73. Genom denna fråga vill den hänskjutande domstolen få klarhet i om tillämpningsområdet för artikel 1 a iv i direktiv 92/50 omfattar tjänster som inte är programspecifika, utan som är underordnade eller stödjande till sin karaktär.

74. Jag har redan nämnt att den frågan bör besvaras, huruvida radio- och TV-bolagen anses utgöra "upphandlande myndigheter". Genom att begära en tolkning av denna bestämmelse vill Oberlandesgericht få dess materiella tillämpningsområde preciserat för att fastställa om städtjänster i företagens lokaler är undantagna.

34 — Seidel, I., a.a., s. 27, nr 82.

75. Bestämmelsens lydelse är så tydlig att det vore tillräckligt att hänvisa till maximen en tydlig regel behöver inte tolkas (*in claris non fit interpretatio*). Genom bestämmelsen undantas kontrakt som är intimt förknippade med innehållet i radio- och tv-program (anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion samt kontrakt avseende sändningstid) från skyldigheten att följa upphandlingsförfarandena.

76. Eftersom det är fråga om ett undantag från en allmän regel krävs en restriktiv tolkning, vilket innebär att alla andra verksamheter utöver dem som uttryckligen anges skall behandlas som rättsliga transaktioner inom ramen för en offentlig upphandling.

77. Denna slutsats tycks få stöd i utvecklingen av gemenskapens lagstiftning, som framgår vid en jämförelse mellan de olika skälen i direktiven 92/50 och 2004/18. Genom skäl 25 i direktiv 2004/18 nyanseras således det korthuggna elfte skälet i direktiv 92/50, till att omfatta "andra förberedande tjänster, t.ex. sådana tjänster som har samband med manuskript eller artistuppträdanden vilka behövs för att genomföra programmet". Däremot omfattas inte "tillhandahållandet av den tekniska utrustning som behövs" för att producera programmen.

78. Om specialutrustningen inte omfattas av undantaget kan följaktligen inte heller städtjänster i radio- och TV-bolagens lokaler omfattas.

79. Sammanfattningsvis talar såväl en grammatisk som konkret tolkning för att det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50, i fråga om kontrakt som ingås av de tyska radio- och TV-bolagen, kan avgränsas genom ett *e contrario*-resonemang.

80. Jag tillåter mig den avslutande anmärkningen att det avseende denna bestämmelse är viktigare att se till respekten för den konstitutionella garantin för de tyska radio- och TV-bolagens opartiskhet, än det sätt på vilket de finansieras. [35] Gemenskapslagstiftaren har alltså föreskrivit undantaget för programverksamheten för att hänsyn skall kunna tas till kulturella och sociala överväganden, såsom anges i nämnda skäl 25 i direktiv 2004/18.

35 — Likaså Boesen, A., a.a., s. 152, nr 75.

VI — Förslag till avgörande

81. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som har ställts av Oberlandesgericht i Düsseldorf på följande sätt:

1) Kriteriet att institutionen skall "finansieras av staten", i artikel 1 b, andra stycket, tredje strecksatsen, alternativ ett, i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster, skall tolkas så att det omfattar indirekt finansiering av vissa organ genom betalning av avgifter från personer som innehar radio- och TV-apparater, utan att andra villkor kan ställas, exempelvis avseende ett direkt inflytande från statens sida vid en offentlig upphandling som genomförs av den statligt finansierade institutionen.

2) Genom artikel 1 a iv i direktiv 92/50 undantas endast de tjänster som nämns i denna bestämmelse från direktivets tillämpningsområde, och inte sådana andra tjänster som är underordnade eller stödjande till sin karaktär och som inte är programspecifika.