STANOVISKO GENERÁLNÍHO ADVOKÁTA DÁMASA RUIZ-JARABA COLOMERA

přednesené dne 6. září 2007 [1]

I – Úvod

1. Chápat vysílání jako informační médium by jej redukovalo na jeho nejcharakterističtější aspekt a ponechalo by stranou další aspekty většího přesahu se zřetelem k sociokulturnímu významu, který za celou dobu své historie získalo. Jak se zdá, v západních společnostech rozmach těchto komunikačních systémů spolu s dosaženým materiálním blahobytem oživuje římskou maximu *panem et circenses*, jíž se římský básník Juvenalis [2] vysmíval přizpůsobivé zahálce římského lidu a jeho nezájmu o věci veřejné [3]. Dnes by se mohl tento aforismus vyjádřit záměnou chleba za pohodlí a her římského cirku za televizi.

2. Nikdo už nepopírá ohromnou přitažlivost obrazů, schopných dostat se až do nejtajnějších zákoutí soukromí; aby se zabránilo tomu, že předtuchy, jako ta z románu George Orwella *1984* [4], změní audiovizuální techniku na nástroj propagandy, se vlády snaží nastavit mantinely, které zaručují určitý stupeň objektivity a nezávislosti, alespoň ve veřejnoprávním rozhlasovém a televizním vysílání.

3. Tři otázky, které Oberlandesgericht (odvolací soud) Düsseldorf položil tomuto Soudnímu dvoru, zapadají do tohoto kontextu zápasu o veřejnou službu vysílání, která je vhodná a souladná s požadavky právního státu, především s jeho neutralitou při

1 — Původní jazyk: španělština.

2 — Decimus Iuius Iuvenalis (narozen přibližně mezi lety 55 a 60 v Aquinu, zemřel zcela jistě po roce 127), autor díla „Satiry", o němž není více životopisných údajů než několik sporadických zmínek v jeho vlastním díle. Pro kritiku úřadů se musel na konci života uchýlit do exilu, pravděpodobně proto, že v jedné ze svých poetických skladeb dělal narážky na Tita Aelia Alcibíada, majordoma císaře Hadriána; Juvenal, *Sátiras*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas; překlad, úvodní studie a poznámky od B. Segura Ramose, Madrid 1996, s. XIV.

3 — „[...] Sám lid, [...] / od doby, kdy už neprodáváme hlasy / nikomu, se zbavil svých starostí. Protože ten, kdo dříve / uděloval moc, svazky, legie, vše, nyní se / ovládá a jen dychtivě touží po dvou věcech, / chlebu a hrách v cirku. [...]", Satira X, verše 74–81.

4 — Obvykle je tento román, napsaný v roce 1948 po traumatu druhé světové války, chápán nikoli jako pamflet proti totalitarismu, ale jako varování před obratností, s jakou by se mohl režim tohoto typu dostat k moci prostřednictvím manipulace s komunikačními médii. G. Orwell, *1984*, Ed. Destino S.A., Madrid, 1997.

respektování plurality politických názorů. V Německu, jak vyplývá z předkládacího usnesení, se tato záruka zakládá do značné míry na tom, že se veřejnoprávním vysílacím organizacím ukládá úkol vybírat a spravovat vlastní fondy pocházející z povinnosti platit určitou částku pouze z důvodu držení rozhlasového nebo televizního přijímače.

4. Tento způsob financování, který vyplývá z neoddiskutovatelného úkolu veřejné služby, vyvolává dilema, zda tyto subjekty vysílání mají být považovány za „zadavatele" ve smyslu Směrnic práva Společenství v oblasti veřejných zakázek nebo zda naopak do této kategorie nepatří s tím, že zůstávají osvobozeny od zadávacích postupů.

II – Právní rámec

A – *Právo Společenství*

5. Předběžně vzato se předkládající soudní orgán dovolává jak čl. 1 odst. 9, pokud jde o oblasti osobní působnosti, tak čl. 16 písm. b), pokud jde o věcnou působnost, směrnice 2004/18/ES [5], která kodifikovala režimy zadávání veřejných zakázek na úrovni Společenství; z důvodu, že po uplynutí lhůty k přizpůsobení národního práva Směrnici, aniž by došlo k náležitému provedení, judikatura Bundesgerichtshof (německý spolkový soudní dvůr) ho vede k výkladu národních norem ve světle kteréhokoli legislativního aktu Společenství přijatého nedávno, ačkoli se neuplatní na sporný postup uzavírání smluv.

6. I při akceptování důvodů Oberlandesgericht je třeba se řídit původním zněním čl. 1 písm. a) a b) směrnice 92/50/ES [6] ze dvou důvodů: na prvním místě, protože jde o základní normu, která vedla německého zákonodárce při přizpůsobování svého právního řádu právu Společenství, přičemž se národní norma koneckonců odvolává na tento článek; na druhém místě pro naprostou shodu paralelních norem přetaveného textu směrnice 2004/18.

5 — Směrnice Evropského parlamentu a Rady ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114).

6 — Směrnice Rady ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322).

7. Pro určení oblasti použití *ratione personae* čl. 1 písm. b) směrnice 92/50, v hlavě I, věnované obecným ustanovením, považuje za zadavatele:

„[...]

stát, regionální nebo místní orgány, veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním nebo více takovými orgány či veřejnoprávními subjekty."

Za veřejnoprávní subjekt se považuje každý subjekt:

„zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu, a

který má právní subjektivitu a

— je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními orgány nebo je těmito orgány řízen, nebo v jeho správním, řídícím nebo dozorčím orgánu je více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty."

8. Dále tato norma uvádí, že „v příloze I směrnice 71/305/EHS [7] jsou uvedeny seznamy veřejnoprávních subjektů a jejich kategorií, které splňují [tato] kritéria [...]. Tyto seznamy jsou pokud možno vyčerpávající a je možné je přezkoumat postupem uvedeným v článku 30b uvedené Směrnice; [...]".

9. Samotný čl. 1 v písmenu a) vyjmenovává obchodněprávní smlouvy zahrnuté *ratione materiae* ve Směrnici s výslovnou výjimkou:

„[...]

7 — Směrnice Rady ze dne 26. července 1971 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce *(neoficiální překlad)* (Úř. věst. L 185, s. 5).

iv) smluv za účelem koupě, vývoje, výroby nebo účasti na výrobě programového materiálu vysílacími společnostmi a smluv na poskytnutí vysílacího času,

[...]“

B – *Vnitrostátní právo*

1. Právní úprava veřejnoprávních smluv

10. Postupy pro zadání zakázek německými veřejnoprávními zadavateli jsou upraveny v Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [8] (zákon proti omezování hospodářské soutěže, dále jen „GWB“); čl. 1 písm. b) směrnice týkající se zadavatelů, nachází svou vnitrostátní repliku v § 98 bodu 2 GWB:

„§ 98 Zadavatel

Veřejnými zadavateli ve smyslu této části jsou:

1. územně správní celek a jeho majetek se zvláštním právním postavením,

2. ostatní právnické osoby veřejného a soukromého práva, které byly zřízeny za zvláštním účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, pokud je orgány, které spadají pod body 1 nebo 3, jednotlivě nebo společně z převážné části financují svou účastí nebo jiným způsobem nebo prostřednictvím vedení vykonávají dozor, nebo určují více než polovinu členů orgánu povolaného k obchodnímu vedení nebo dozoru. To platí, pokud orgán, který jednotlivě nebo společně s ostatními zajišťuje převážnou část financování nebo určuje většinu členů orgánu povolaného k obchodnímu vedení nebo dozoru, spadá pod bod 1,

3. sdružení, jejichž členové spadají pod body 1 a 2,

[...]“

8 — Od 1. ledna 1999 je účinná verze zákona změněného šestou reformou prostřednictvím zákona 703-4/1 ze dne 26. srpna 1998 (BGBl. I, s. 358).

2. Právní úprava poplatku za veřejnoprávní vysílání

11. Dle předkládacího usnesení je financování veřejnoprávních vysílacích organizací v Německu upraveno dvěma smlouvami uzavřenými mezi spolkem a spolkovými zeměmi. Poplatek za vysílání je v podstatě upraven zejména ve Státní smlouvě o úpravě zpoplatňování vysílání (Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens, dále jen „Smlouva") ze dne 31. srpna 1991, změněné v roce 1996.

12. Ustanovení jejího § 2 zní:

„(1) Poplatek za vysílání se skládá ze základního poplatku a televizního poplatku. Jejich výši stanoví smlouva o financování vysílacích organizací.

[...]"

13. Ustanovení § 4 Smlouvy stanoví:

„(1) Povinnost platit poplatek za vysílání začíná prvního dne měsíce, ve kterém je televizní nebo rozhlasový přijímač uveden do provozu.

[...]"

14. Ustanovení § 7 smlouvy upravuje rozdělení příjmů získaných z poplatků:

„(1) Příjmy ze základního poplatku přísluší vysílací organizaci spolkové země a v rozsahu stanoveném smlouvou o financování vysílacích organizací také Deutschlandradio a Landesmedienanstalt (organizace komunikačních médií ve spolkové zemi), v jejichž oblasti je rozhlasový a televizní přijímač uveden do provozu.

(2) Příjmy z televizních poplatků přísluší vysílací organizaci spolkové země a v rozsahu stanoveném Smlouvou o financování vysílacích organizací také organizaci komunikačních médií ve spolkové zemi, v jejíž oblasti je

televizní přijímač uveden do provozu, jakož i Zweites Deutsches Fernsehen (druhému veřejnoprávnímu televiznímu kanálu, dále jen ‚ZDF'). [...]

[...]"

15. Předkládající soudní orgán vysvětluje, že druhá smlouva o financování vysílacích organizací (Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag, dále jen „Smlouva o financování") ze dne 26. listopadu 1996 upravuje konkrétně částku poplatků a výši nechává na schválení parlamenty spolkových zemí.

16. Přezkum a výpočet rozpočtu vysílacích organizací byl, v souladu s články 2 až 6 Smlouvy o financování, delegován na nezávislou Komisi pro kontrolu a zjištění finanční potřeby vysílacích organizací (Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten, dále jen „KEF"), která vypracuje alespoň jednou za dva roky zprávu, která tvoří základ pro rozhodování parlamentů a vlád spolkových zemí o poplatcích (§ 3 odst. 5 ve spojení s § 7 odst. 2 Smlouvy o financování).

17. Prostřednictvím nařízení ze dne 18. listopadu 1993 o postupu při platbách poplatků za vysílání Westdeutscher Rundfunk Köln, schváleným v souladu s § 4 odst. 7 smlouvy o financování se souhlasem vlády spolkové země, vybírají vysílací organizace příslušných spolkových zemí poplatky od občanů prostřednictvím ústředí pro výběr koncesionářských poplatků veřejnoprávních vysílacích organizací (Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland, dále jen „GEZ") při výkonu veřejné moci.

III – Skutkový stav v původním řízení a předběžné otázky

18. Žalobkyněmi před Oberlandesgericht Düsseldorf jsou vysílací organizace spolkových zemí, členky pracovního společenství veřejnoprávních vysílacích organizací v Německu (Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands, dále jen „ARD") a veřejnoprávní televizní organizace ZDF, založené na základě Smlouvy ze dne 6. června 1961, stejně jako Deutschlandradio (dále jen společně „vysílací organizace").

19. Tyto vysílací organizace založily v roce 2002 GEZ jako správní subjekt veřejného práva, jehož úkolem je příjem a vyúčtování poplatků z vysílání přijatých ve prospěch jednotlivých vysílacích organizací spolkových zemí. Jelikož GEZ nemá vlastní právní

subjektivitu, jedná jménem a na účet příslušných veřejnoprávních vysílacích organizací.

20. V srpnu 2005, po předchozím průzkumu trhu, vyzvalo GEZ písemně jedenáct podniků, aby předložily závazné nabídky na provedení úklidových služeb v budovách GEZ a závodní jídelny Westdeutscher Rundfunk (jedna z vysílacích organizací, která je členem ARD) v Kolíně na období od 1. března 2006 do 31. prosince 2008 s možností tacitního prodloužení pokaždé o jeden rok. Hodnota zakázky se odhadovala na více než 400 000 eur. Při zadávání zakázky se nepostupovalo v souladu s vnitrostátní právní úpravou a relevantní směrnicí.

21. Společnost Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH (dále jen „GEWA"), navrhovatelka před Oberlandesgericht Düsseldorf, a přizvaný účastník, pan Warnecke, odpověděly na výzvu GEZ předložením nabídek. První měla cenu nejnižší ze všech. Usnesením ze dne 9. listopadu 2005 Správní rada GEZ rozhodla zahájit jednání se čtyřmi uchazeči, mezi nimi také s navrhovatelkou a přizvaným účastníkem. Také se rozhodla zevrubně analyzovat ekonomickou životaschopnost nabídek podle metody Kepner-Tregoe, která nastavuje určité hodnoty kritérií pro zvláštní technické hodnocení, obchodní hodnocení a hodnocení rizik. Podle tohoto posouzení obsadila nabídka navrhovatelky třetí místo a nabídka přizvaného účastníka první místo.

22. GEZ sdělilo telefonicky společnosti GEWA, že jí zakázka nebyla přidělena. V reklamačním dopise ze dne 14. listopadu 2001 vytkl tento podnik GEZ, že jako veřejný zadavatel nesplnil právní normu týkající se veřejných zakázek tím, že neučinil výzvu k podání nabídek na uzavření smlouvy o úklidu na úrovni Společenství. GEZ stížnost zamítlo.

23. GEWA pak podala žádost o přezkum u Vergabekammer (senát příslušný pro zadávání veřejných zakázek) Bezirksregierung (krajský úřad) v Kolíně, ve které označila GEZ jako odpůrce. Domáhala se, aby bylo ústředí pro výběr uloženo zadat zakázku na úklidové práce cestou řádného zadávacího řízení podle čtvrté části GWB a, podpůrně, provést nové posouzení podle právního názoru Vergabekammer.

24. Tvrdila, že GEZ jako vysílací organizace byla veřejným zadavatelem ve smyslu § 98 bodu 2 GWB, jelikož tyto organizace jsou financovány převážně občany z poplatků za

vysílání a protože základní zajišťování rozhlasového a televizního vysílání, které má zjevně veřejnoprávní charakter, představuje potřebu obecného zájmu, která nemá žádnou průmyslovou nebo obchodní povahu.

25. Rovněž tvrdila, že čl. 1 písm. a) bod iv) směrnice 92/50 vylučuje pouze smlouvy za účelem koupě, vývoje, výroby nebo účasti na výrobě programového materiálu vysílacími společnostmi a smlouvy na poskytnutí vysílacího času, zřetelně odlišné od předmětu sporné služby v původním řízení.

26. Usnesením ze dne 13. února 2006 zmíněný Vergabekammer vyhověl žádosti společnosti GEWA o přezkum a uložil GEZ a vysílacím organizacím, aby se pro případ, že chtějí setrvat na své nabídce, držely právní úpravy týkající se veřejných zakázek, zásad rovného zacházení a transparentnosti a vyhlásily zakázku celoevropsky.

27. Proti tomuto usnesení se ve správním řízení postavily vysílací organizace spolkových zemí a požadovaly jeho zrušení, protože nárok navrhovatelky vůči GEZ je nepřípustný a v každém případě neopodstatněný. Podle jejich názoru jakožto veřejnoprávní vysílací organizace nejsou veřejnými zadavateli ve smyslu § 98 bodu 2 GWB, neboť veřejnoprávní vysílání je financováno převážně z koncesionářských poplatků.

28. Dodávají, že chybí státní kontrola ve smyslu § 98 bodu 2 GWB, protože je vykonáván pouze podpůrný a omezený právní dohled. Kromě toho členové Správních rad vysílacích organizací reprezentují různé společensky relevantní skupiny. Nedostatek většiny v řídících orgánech vylučuje jakékoli ovlivnění státem při zadávání veřejných zakázek.

29. GEWA naopak hájí usnesení Vergabekammer.

30. Po zvážení, že výsledek sporu závisí na výkladu čl. 1 směrnice [92/50], Vergabesenat Oberlandesgericht (senát příslušný pro zadávání veřejných zakázek odvolacího soudu v Düsseldorfu) rozhodl o přerušení řízení a položení následujících předběžných otázek

Soudnímu dvoru Evropských společenství dle čl. 234 odst. 1 ES:

„1) Má být čl. 1 [písm. b) druhý odstavec třetí odrážka první alternativa směrnice 92/50] vykládán tak, že zahrnuje pod „financování státem“ nepřímé financování určitých organizací prostřednictvím platby poplatků osobami, které vlastní přijímače vysílání, se zřetelem k ústavnímu imperativu, aby stát zaručoval nezávislost ekonomických médií a jejich existenci?

2) Pokud by byla odpověď na první předběžnou otázku kladná, má být čl. 1 [písm. b) druhý odstavec třetí odrážka první alternativa směrnice 92/50] vykládán tak, že aby docházelo k ‚financování státem', musí existovat přímý veřejný vliv při zadávání zakázek subjektem, který stát financuje?

3) Pokud by byla odpověď na druhou předběžnou otázku záporná, má být čl. 1 [písm. b) druhý odstavec třetí odrážka první alternativa směrnice 92/50] vykládán ve světle čl. 1 písm. a) bodu iv) v tom smyslu, že z rozsahu jeho působnosti jsou vyloučeny pouze služby uvedené v tomto posledním ustanovení a že jiné služby podpůrného a pomocného charakteru, které nejsou závislé na programu, do rozsahu jeho působnosti spadají (*argumentum a contrario*)?“

IV – Řízení před Soudním dvorem

31. Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce byla zapsána do rejstříku kanceláří Soudního dvora dne 7. srpna 2006.

32. Písemná vyjádření předložily GEWA, vysílací organizace, německá, polská a rakouská vláda, jakož i Dozorčí orgán Evropského sdružení volného obchodu (dále jen „ESVO“) a Evropská komise.

33. Tvrzení právních zástupců vysílacích organizací, společnosti GEWA, jakož i zmocněnců německé vlády, Dozorčího

orgánu ESVO a Evropské komise byla vyslechnuta na jednání konaném dne 14. června 2007.

V – Analýza předběžných otázek

A – *Úvodní poznámky*

34. Ačkoliv předkládající soudní orgán formuloval tři otázky, zdá se vhodné věnovat se společně dvěma prvním [9], neboť se obě dvě týkají oblasti osobní působnosti a čl. 1 písm. b) druhého odstavce třetí odrážky první alternativy Směrnice 92/50 [10].

35. Německé vysílací organizace zastávají názor, že nejsou financovány z veřejných prostředků, a poukazují na údajnou analogii mezi právní úpravou veřejných zakázek, která je předmětem tohoto sporu, a články 87 ES a 88 ES týkající se státní podpory, které vyžadují, aby se jednalo o poskytnutí „ze státních prostředků".

36. Ovšem, jak správně uvádí Komise, nevěřím, že rozdílná povaha obou právních úprav ani účel, který sledují, umožňuje tak odvážné srovnání, protože zatímco ohledně podpor se Smlouva o ES snaží zamezit jakémukoli neodůvodněnému narušení hospodářské soutěže na konkrétním trhu vyvolanému použitím veřejných prostředků, v oblasti zadávání veřejných zakázek se zkoumá kvalifikaci určitého subjektu jako „zadavatelského subjektu", aby bylo možno posoudit, zda podléhá postupům pro zadávání veřejných zakázek.

37. Proto se připomíná nedostatek „shody v důvodu" u těchto dvou právních oblastí a z toho důvodu se nepřistupuje k analogickému srovnávání.

38. Konečně, ačkoliv třetí otázka postrádá relevanci pro kvalifikaci německých vysílacích organizací jako zadavatelských subjektů, jak tvrdí ony samy v písemném stanovisku, její analýza je užitečná pro případ kladné odpovědi na první a záporné odpovědi na druhou otázku, ježto svou žádostí o výklad čl. 1 písm. a) bodu iv) směrnice 92/50 Oberlandesgericht usiluje o vymezení oblasti věcné působnosti, což má logiku, jakkoli se to zdá evidentní.

9 — V této linii se situuje vláda rakouská, a ačkoliv se jimi zabývá odděleně, také vláda polská.

10 — V bodech 5 a 6 tohoto stanoviska je tento názor vysvětlen.

B – *K první a druhé předběžné otázce*

39. Spor se týká německého modelu poskytování ekonomických prostředků vysílacím celkům. Jde tu tedy o prostudování základních charakteristik systému, aby bylo možno objasnit, zda příjmy těchto organizací jsou „státní" v souladu se směrnicí 92/50 a s judikaturou Soudního dvora.

1. Platební povinnost upravená normami veřejného práva

40. Vysílací organizace hájí názor, že platba příspěvku je ponechána na svobodné vůli uživatele, který by se mohl vyhnout platbě tím, že se zbaví všech přijímačů. Německá vláda zdůrazňuje tuto myšlenku, majíc za to, že existuje přímá povinnost mezi těmito organizacemi a spotřebitelem, která se netýká státního rozpočtu, jelikož GEZ vybírá poplatek, ale neukládá vybrané peníze do státní pokladny. Obě tudíž odmítají, že v dané věci jde o financování „státem".

41. Avšak alternativy čl. 1 písm. b) druhého odstavce třetí odrážky směrnice 92/50 jsou chápany jako domněnky většinového financování státem. Konstatováním této premisy se předpokládá podřízenost, pročež není třeba vyžadovat další náležitosti, jako je například to, že financování vyvolává přímý vliv státu na zadávání veřejných zakázek. Přezkum této podmínky spadá pod druhou alternativu, týkající se kontroly, a umožňuje tudíž zvažovat její intenzitu [11].

42. Kromě toho tato úvaha je potvrzena rozdílem vytyčeným v rozsudku University of Cambridge mezi plněními s protiplněním nebo bez něho [12], i když měl pouze za cíl posloužit předkládajícímu soudnímu orgánu tohoto sporu jako norma pro rozlišení, zda je splněna uvedená premisa domněnky, tj. většinové financování státem.

43. Ze dvou předchozích bodů se dovozuje oprávněnost druhé otázky, tak jak ji formuloval Oberlandesgericht, a vhodnost řešit ji spolu s první otázkou.

11 — Rozsudek ze dne 1. února 2001, Komise v. Francie (C-237/99, Recueil, s. I-939), body 48 a následující.

12 — Rozsudek ze dne 3. října 2000, Univerity of Cambridge (C-380/98, Recueil, s. I-8035), body 22 až 25.

44. Máme-li se vrátit k věci samé, v tomto sporu není předmětem diskuse, že poplatek byl zaveden prostřednictvím veřejnoprávních smluv („Staatsverträge"), Smlouvy a Smlouvy o financování [13].

45. Také není předmětem diskuse, že „Staatsvertrag" je veřejnoprávní akt podle německého právního řádu [14].

46. V důsledku toho právní vztah, který pojí vlastníka televizního nebo rozhlasového přijímače s vysílacími organizacemi, spadá pod právo veřejné a je chápán téměř jako daň, protože povinnost platit vyplývá z pouhého držení přijímače rozhlasových nebo televizních vln, což je autentická „zdanitelná skutečnost" typická pro jakékoli vymáhání daní, v němž se televizní divák mění na pasivní subjekt. Ostatně, málo záleží na tom, jak vnitrostátní právo poplatek označuje [15].

47. Jak fungování, tak existence vysílacích organizací jsou tedy spojeny s činností zákonodárce jako maximální výraz podrobení státu, pročež zmínka coby první alternativy většinového financování státu v analyzované normě není výrazem žádné náhody, ale logiky toho, že ekonomická podřízenost odráží jinými slovy tuto „přímou podřízenost určité organizace státu", na kterou poukázal Soudní dvůr [16]. Hodila by se tu známá věta německého právníka von Kirchmanna říkající, že právo nepatří do oblasti věd, poněvadž stačí „tři opravná slova zákonodárce", aby se „celé knihovny proměnily v odpadiště" [17], což také odráží sílu moci zákonodárné.

48. Z výše uvedeného vysvítá veřejnoprávní charakter prostředků vysílacích organizací vybíraných GEZ; tím spíše je třeba přiznat této inkasní centrále statut státního celku i přes její chybějící právní subjektivitu, navíc má pravomoc vybírat poplatek a vymáhat jej pomocí donucovacích prostředků [18], což jsou prerogativa vlastní výkonu funkcí spojených

13 — Body 11 a následující tohoto stanoviska.

14 — V doktríně této země, Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. vyd., opravené a doplněné, Ed. C.H. Beck, Mnichov, 1999, s. 352 a násl.

15 — Zatímco německá vláda upozorňuje, že termín ‚Gebühr' (poplatek) není vhodný pro označení platební povinnosti, část doktríny ji přiřazuje k daňovému právu jako „Abgabe" (právo nebo zatížení); Boesen, A., *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Editorial del Bundesanzeiger, 1. vyd., Kolín, 2000, s. 151, odst. 73.

16 — Výše uvedené rozsudky University of Cambridge, bod 20 a Komise v. Francie, bod 44.

17 — Von Kirchmann, J.-H., *La jurisprudencia no es ciencia*, přeloženo do španělštiny s úvodem od Antonia Truyola y Sierra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, s. 54.

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

se státní svrchovaností, která podtrhuje její veřejnoprávní charakter.

49. Ale tento charakter, ačkoliv je důležitou indicií pro závěr, že tu jde o ekonomickou podporu ze strany státu, to neprokazuje dostatečně, jak tvrdí vysílací organizace, a proto by bylo třeba zkoumat další zvláštnosti německého systému podpory státnímu vysílání.

2. Nepřímé financování

50. Vysílací organizace a německá vládá jsou zajedno v tom, že směrnice 92/50 se týká pouze plateb uskutečněných *přímo* na vrub státních rozpočtů [19], a ne převodů prostřednictvím finančních prostředků z jakékoli státní instance nebo jiného zadavatelského subjektu. Také tvrdí, že v dané věci poplatek z vysílání obíhá pouze mezi spotřebitelem a vysílacími organizacemi bez jakéhokoli zásahu ze strany státu, který se nepodílí na tomto toku aktiv.

51. Zásadně se s takovým výkladem rozcházím.

52. Zaprvé, německá vláda zdůrazňuje „přenosný" a zjednodušený význam financování, které by pouze zahrnovalo převod, šek, bankovní příkazy nebo fyzický převoz pytlů s penězi v pancéřovaném vozidle z pokladny až do sídla podporovaného subjektu.

53. Kromě toho, že není zásadní rozdíl mezi tím, když stát vybírá poplatek a potom jej předává finančním celkům, a tím, když jim udělí pravomoc jej vybírat [20], je třeba nezapomínat na to, že sám stát vytváří konstrukci ukládání poplatku, neboť určuje platební povinnost a stanovuje její výši prostřednic-

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*, č. 9/2003, s. 1090.

tvím nezávislé komise, KEF, ale schválení a eventuální změnu nechává na spolkových zemích, které mají poslední slovo [21].

3. Financování bez protiplnění

54. Zadruhé, čl. 1 písm. b) druhý odstavec třetí odrážka první alternativa směrnice 92/50 se neomezuje na způsoby přímého financování, neboť jediná modulace slovesa financovat vychází z příslovce „převážně" („überwiegend" v němčině; „majoritairement" ve francouzštině; a „for the most part" v angličtině), aniž by zde byla jakákoli zmínka o formě, zprostředkovaně nebo nezprostředkovaně, jíž se provádí finanční vklad subvencovaným celkům.

56. Výše uvedený rozsudek University of Cambridge definoval veřejné financování, k němuž připojil zásadní rozdíl podle toho, zda subvencovaný subjekt zůstává povinen poskytnout určité protiplnění; pouze tehdy, když chybí taková kompenzace, je splněna podmínka veřejného financování [24].

55. Konečně, v judikatuře existuje určitá implicitní podpora možnosti, že dochází k nepřímé ekonomické podpoře ze strany státu, ježto Soudní dvůr uznal ohledně druhé alternativy třetí odrážky uvedené normy zprostředkovanou kontrolu státu [22], která by se mohla rozšířit i na první alternativu, především je-li brána v úvahu rovnocennost všech třech alternativ [23], jak správně připomněla německá vláda.

57. Na pozadí výše uvedeného a na podporu jejich teze, že spotřebitel platí vysílacím organizacím bez prostředníků, tyto organizace a německá vláda obhajují, že za tuto úhradu uživatel obdrží jako „určité protiplnění" oprávnění přijímat obraz a vlny německého veřejnoprávního televizního a rozhlasového vysílání; s oporou v tomto tvrzení negují veřejnoprávní charakter sporného financování [25].

21 — Frenz, W., výše uvedené dílo, s. 272. Vysílací organizace ve svém stanovisku zmiňují řízení o protiústavnosti, které je vedeno před Bundesverfassungsgericht (německý spolkový ústavní soud) proti tomu, že spolkové země provedly snížení v návrhu na tarifní zvýšení poplatku.

22 — Rozsudek ze dne 17. prosince 1998, Connemara Machine Turf (C-306/97, Recueil, s. I-8761), bod 34.

23 — Výše uvedený rozsudek Komise v. Francie, bod 49.

24 — Bod 21 rozsudku.

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

58. K odmítnutí tohoto tvrzení by stačilo srovnání, že, s ohledem na jejich normativní základ, prostředky získané z televizních poplatků nejsou soukromé. Ale mohou namítnout, že pokud by právní úprava částek placených spotřebitelem určovala veřejnoprávní charakter vybraných prostředků, honoráře architektů, advokátů a lékařů by se považovaly za veřejné a nepřímé výdaje ve smyslu směrnice o veřejných zakázkách. Ale při použití tohoto úsudku, pokud by se přezkum alternativy veřejného financování opíral pouze o soukromý původ peněz, ani poplatek patentovým a známkoprávním úřadům, ani katastrálním úřadům, ani úřadům průmyslového vlastnictví, citujeme-li jen několik institucí, jimž žadatel přímo hradí službu, kterou mu poskytuje veřejný úřad, zkrátka žádný poplatek, by si nezasluhovaly označení za veřejné prostředky dle směrnice 92/50.

59. Dokonce ani pokud by se namítlo, že také veřejný majetek slouží programům vysílaným státními rozhlasovými a televizními kanály, nezískala by ona teze na důvěryhodnosti. (Veřejné) prostředky poskytované vysílacím organizacím nezavádějí ani neposilují podobnou závislost jako normální obchodní vztahy, neboť představují doplňkové opatření [26], na němž je založeno fungování zmíněných subjektů, aniž by stát očekával nebo získával protihodnotu ve formě konkrétního plnění.

60. Zkrátka, nejenže odmítám teorii, podle které placení poplatku zatěžuje uživatele jako protiplnění za přístup k veřejnému programu, ale také myšlenku, že stát si nahrazuje svoji hospodářskou podporu prostřednictvím veřejné vysílací služby jako protihodnoty.

4. Činnost nepodléhající hospodářské soutěži

61. Ačkoli neupřesňují, co se přesně rozumí pod pojmem „veřejnoprávní subjekt zřízený za zvláštním účelem pro uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu“ [27], rakouská vláda a Dozorčí orgán ESVO se nemýlí, když provádí analýzu soutěžního postavení

26 — Podle výše uvedeného rozsudku University of Cambridge, bod 25.

27 — Rozsudek ze dne 10. listopadu 1998, BFI Holding (C-360/96, Recueil, s. I-6821), body 48 až 50.

vysílacích organizací v kontextu této předběžné otázky.

62. Podle konstrukce vybírání poplatku za rozhlasové a televizní vysílání, upravené ve zvláštním zákoně a s uvedenými veřejnoprávními prerogativy (vybírání a možnost exekučního vymáhání), není možné platně tvrdit, že finanční prostředky určené k uspokojení potřeby veřejného zájmu týkající se veřejného vysílacího programu, který nepopiratelně poskytují vysílací organizace, nejsou generovány nezávisle na podmínkách trhu. Peněžní prostředky, které získávají prostřednictvím poplatku, nepocházejí tedy z výkonu činnosti při boji se svými soutěžiteli, nýbrž jsou hrazeny společností [28], aniž by byl brán zřetel na to, jak skutečně spotřebitel využívá nabídku audiovizuálních programů.

63. Tato poručnická forma jednání na trhu zbavuje vysílací organizace nejistoty ohledně jejich příjmů, neboť požívají státní záruky ztvárněné v rozpočtech připravených ze strany KEF. Proto i když bychom dali zapravdu tezi, která hájí soukromý původ prostředků, způsob, jakým si tyto subjekty zajišťují spolehlivost toku finančních prostředků, se neliší od způsobu, jakým jsou finanční prostředky dávány k dispozici přímo státem.

64. Na otázku, kterou jsem položil při jednání, zda se tato záruka financování vysílacích organizací, ke které se německý stát zavázal v ústavněprávní rovině, rozšiřuje na smluvně sjednané dluhy [29], německá vláda odpověděla kategorickým odmítnutím této možnosti. Nicméně jak na to poukázala Komise, tato otázka dokonce ani nevzniká, protože KEF pravidelně prověřuje finanční požadavky vysílacích organizací, které bez problémů hradí; a tak je osvobozuje i od potřeby uchýlit se k soukromému úvěrování v kritické situaci insolvence, čímž tedy posiluje veřejnoprávní aspekt podpory.

5. Další prvky posuzování

65. Ze všeho výše uvedeného vyplývá veřejnoprávní charakter ekonomických pro-

28 — Seidel, I., „Öffentliches Auftragswesen", *in* Dauses, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, Editorial C.H. Beck, Munich, 2006, s. 27, odst. 82; Boesen, A, citované dílo, s. 152.

29 — Až dosud byl požadavek veřejného mechanismu kompenzace dluhů uváděn pouze v oblasti přezkumu první odrážky čl. 1 písm. b) druhého odstavce směrnic práva Společenství o veřejných zakázkách, ohledně uspokojení veřejného zájmu; rozsudek ze dne 10. května 2001, Agorà a Excelsior (C-223/99 a C-260/99, Recueil, s. I-3605), bod 40.

středků, které podporují fungování vysílacích organizací. Nicméně ještě je možno připojit několik úvah.

66. Tak zaprvé, opakující se judikatura tohoto Soudního dvora vyžaduje, aby institut „zadavatelského subjektu" vlastní právu Společenství byl vykládán funkčním [30] a rozšiřujícím [31] způsobem, a to se zřetelem k účelu, jímž je odvrátit nebezpečí, že bude dána přednost vnitrostátním uchazečům nebo zájemcům při jakémkoli zadávání veřejných zakázek zadavatelskými subjekty, jako je možnost, že se organizace financovaná nebo kontrolovaná státem bude řídit důvody odlišnými od jejího ekonomického charakteru [32].

67. V tomto kontextu v odpovědi na otázku, kterou jsem jim položil při jednání, vysílací organizace poukazovaly na to, že žádný z jedenácti podniků, na které se GEZ obrátilo s výzvou k předložení závazné nabídky, neměl sídlo v jiném členském státě. Tento údaj sám o sobě ukazuje, že obavy zákonodárce Společenství nebyly bezdůvodné.

68. Zadruhé, vysílací organizace, které jsou téhož názoru jako část německé doktríny [33], zdůrazňují ústavní mandát nestrannosti, který je chrání před jakýmkoli zásahem veřejné moci do jejich správy.

69. Aniž by bylo nutné komentovat znamenitost čl. 5 odst. 1 německého Základního zákona, který dosáhl zavedení kvalitní veřejné služby rozhlasového a televizního vysílání, neexistuje žádná neslučitelnost mezi tímto mandátem a diskutovanou povinností těchto organizací řídit se postupy zadávání veřejných zakázek stanovenými směrnicemi práva Společenství.

70. Ve vyjádřeních k tomuto řízení o předběžné otázce nebyl předložen žádný důkaz toho, že by podřízení vysílacích organizací požadavkům Směrnic mohlo ohrozit jejich neutralitu. Kromě toho svo-

30 — Výše uvedené rozsudky ze dne 10. listopadu 1998, BFI Holding (C-360/96, Recueil, s. I-6821), bod 62; ze dne 17. prosince 1998, Komise v. Irsko (C-353/96, Recueil, s. I-8565), bod 36; ze dne 12. prosince 2002, Universale-Bau, (C-470/99, Recueil, s. I-11617), bod 53; ze dne 27. února 2003, Adolf Truley (C-373/00, Recueil, s. I-1931), bod 41; a ze dne 16. října 2003, Komise v. Španělsko (C-283/00, s. I-11697), bod 73.

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

32 — Výše uvedené rozsudky University of Cambridge, bod 17; Universale-Bau, bod 52; a Adolf Truley, bod 42.

33 — Dreher, M., výše uvedené dílo, s. 303; Hailbronner, K., citované dílo, s. 22, č. 123.

boda projevu při vysílání a jeho nestrannost nepředstavovala nikdy kritéria pro zkoumání povahy zadavatelského subjektu veřejnoprávních vysílacích organizací [34].

71. Konečně, není diskutována absolutní převaha financování vysílacích organizací prostřednictvím poplatku ve vztahu k dalším zdrojům příjmů, především z reklamy, a proto v souvislosti s podanými vysvětleními lze dojít k závěru, že forma, v níž televizní subjekty hradí své výdaje, naplňuje předpoklad převážného financování státem obsažený v čl. 1 písm. b) druhém odstavci třetí odrážce první alternativě Směrnice 92/50.

6. Odpověď na první a druhou předběžnou otázku

72. Ve světle předcházejících úvah vyzývám Soudní dvůr, aby na první a druhou otázku Oberlandesgericht Düsseldorf odpověděl takto:

„Nepřímé financování organizací platbou poplatků těmi, kdo vlastní přijímače vysílání,

34 — Seidel, I., výše uvedené dílo, s. 27, č. 82.

představuje financování ve smyslu sporného ustanovení, jehož analýza neumožňuje žádat další dodatečná kritéria, jako je například přímý vliv státu při zadávání veřejných zakázek organizací, kterou financuje."

C – *Ke třetí předběžné otázce*

73. Touto otázkou si přeje předkládající orgán zjistit, zda čl. 1 písm. a) bod iv) směrnice 92/50 zahrnuje do oblasti své působnosti služby podpůrného a pomocného charakteru, které nejsou závislé na programu.

74. Již jsem se zmínil o potřebě na tuto otázku odpovědět, pokud se postavení „zadavatelského subjektu" vysílacím organizacím přizná. Požadavkem výkladu tohoto ustanovení má Oberlandesgericht v úmyslu upřesnit její oblast věcné působnosti, aby vyřešil, zda jsou vyjmuty úklidové služby prováděné v prostorách těchto subjektů.

75. Znění normy je tak jasné, že by se stačilo odvolat na přísloví *in claris non fit interpretatio*. Právní norma osvobozuje od povinnosti podrobit se postupům při zadávání zakázek na smlouvy úzce se týkající obsahu rozhlasových a televizních programů (koupě, vývoje, výroby, společné výroby a smlouvy ohledně poskytování vysílacího času).

76. Vzhledem k tomu, že jde o výjimku z obecného pravidla, vyžaduje restriktivní výklad, a proto jakákoli jiná pomocná činnost (těch výslovně vyjmenovaných v čl. 1 písm. a) bodě iv) směrnice 92/50) musí být vtělena do obchodněprávní smlouvy uzavřené po veřejném zadávacím řízení.

77. Tento závěr se zdá být schvalován i vývojem úpravy práva Společenství, jak vyplývá ze srovnání příslušných částí odůvodnění směrnic 92/50 a 2004/18. Tak dvacátý pátý bod odůvodnění Směrnice 2004/18 upřesnil stručný jedenáctý bod odůvodnění směrnice 92/50, když vyjmul „jiné přípravné služby jako ty, které se týkají scénářů nebo uměleckých představení nezbytných pro výrobu programu". Naproti tomu nezahrnuje „dodávku technického zařízení nezbytného" pro výrobu těchto programů.

78. Z toho vyplývá, že když speciální činnosti nenacházejí útočiště ve výjimce, ani úklidové služby budov vysílacích organizací ho nemohou najít.

79. Zkrátka, jak gramatický, tak autentický výklad vedou k použití argumentu *a contrario* při vymezení materiální působnosti směrnice 92/50, pokud jde o smlouvy uzavřené německými vysílacími organizacemi.

80. Dovolím si poslední poznámku, neboť v kontextu této normy je třeba hledat dodržování ústavněprávní záruky nestrannosti německých subjektů televizního vysílání spíše než ve způsobu jejich financování [35]; proto zákonodárce Společenství zavedl výjimku pro programy, aby byly vzaty v úvahu sociální a kulturní důvody, jak je zmíněno v již uvedeném dvacátém pátém bodu odůvodnění Směrnice 2004/18.

35 — Také Boesen, A., citované dílo, s. 152, č. 75.

VI – Závěry

81. S ohledem na výše uvedené úvahy navrhuji Soudnímu dvoru, aby na předběžné otázky Oberlandesgericht Düsseldorf odpověděl následovně:

„1) Požadavek ‚financování státem' obsažený v čl. 1 písm. b) druhém odstavci třetí odrážce první alternativy směrnice 92/50/EHS Rady ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby je třeba vykládat v tom smyslu, že zahrnuje situace, kdy se financování státem realizuje nepřímým způsobem ve prospěch určitých organizací prostřednictvím platby poplatků těmi, kdo vlastní přijímače vysílání, aniž by mohlo záviset na jiných podmínkách, jako je například přímý vliv státu na zadávání veřejných zakázek organizací, kterou financuje.

2) Článek 1 písm. a) bod iv) směrnice 92/50 vylučuje z oblasti své působnosti pouze služby, které uvádí, a zahrnuje všechny ostatní, které mají charakter pomocný a podpůrný a nejsou závislé na programu."