NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA
DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
prednesené 6. septembra 2007 [1]

I — Úvod

1. Považovať televízne vysielanie za informačný prostriedok by znamenalo obmedziť ho na jeho najcharakteristickejší aspekt a prehliadnuť jeho ostatné, tiež dôležité aspekty s ohľadom na jeho sociálnokultúrny význam, ktorý nadobudlo v priebehu svojej histórie. Zdá sa, že spájanie týchto informačných systémov s rastúcim materiálnym blahobytom oživuje v západných kultúrach rímsku zásadu „*panem et circenses*“, ktorou latinský básnik Juvenalis [2] bojoval proti pohodlnému zaháľaniu rímskeho ľudu a jeho nezáujmu o politické záležitosti. [3] Tento aforizmus by sa mohol preniesť do nášho moderného sveta nahradením chleba komfortom a hier rímskej arény televíziou.

2. Nikto už nespochybňuje nesmiernu príťažlivosť obrazov, schopných preniknúť až do najtajnejších zákutí súkromného života; preto aby sa zabránilo tomu, že predpovede ako napríklad tie, ktoré George Orwell uviedol vo svojom románe z roku 1984 [4], zmenia audiovizuálnu techniku na nástroj propagandy, vlády sa usilujú stanoviť opatrenia, ktoré zabezpečia určitý stupeň objektivity a nezávislosti, prinajmenšom vo verejnoprávnom vysielaní.

3. Tri otázky, ktoré Oberlandesgericht (odvolací súd) Düsseldorf položil Súdnemu dvoru, sa zaraďujú do tohto kontextu, a síce do kontextu boja o účinnú verejnú službu vysielania v súlade s požiadavkami právneho

1 — Jazyk prednesu: španielčina.

2 — Decimus Junius Juvenalis (narodil sa pravdepodobne medzi rokmi 55 a 60 v Aquinum a zomrel určite po roku 127), autor diela „Satiry“, o ktorom nie sú ďalšie biografické údaje okrem sporadických, ktoré vyplývajú z jeho diela. Pre kritiku úradov musel odísť na konci svojho života do exilu, možno preto, že v jednej jeho básnickej zbierke robil narážky na Tita Aelia Alcibiada, majordóma cisára Hadriána; JUVENALIS: *Sátiras*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas; preklad, úvodná štúdia a poznámky od B. Segura Ramos, Madrid, 1996, s. XIV.

3 — „… Tento ľud,…/už od chvíle, keď sa nepredávajú hlasy, stráca akýkoľvek záujem; kedysi/udeľoval všetko, moc/zväzky, légie; teraz sa nezaujíma o nič/túži iba po dvoch veciach: chlebe a hrách./…“. Satira X, verše 74 až 81.

4 — Zvyčajne sa tento román, napísaný v roku 1948 pod traumou druhej svetovej vojny, nepovažuje za rozpravu proti totalitarizmu, ale skôr za výstrahu pred lesťou, s ktorou sa tento režim môže nastoliť pri využití manipulácie s oznamovacími prostriedkami. ORWELL, G.: *1984*, Destino S. A., Madrid 1997.

štátu, predovšetkým s jeho neutralitou, pri rešpektovaní plurality politických názorov. V Nemecku, ako to vyplýva z návrhu na začatie prejudiciálneho konania, sa táto garancia uskutočňuje z veľkej miery tým, že orgánom verejného vysielania sa zverí úloha získať a spravovať svoje fondy, ktoré pochádzajú z povinných platieb určitého poplatku z dôvodu vlastníctva rozhlasového alebo televízneho prijímača.

4. Na základe tohto spôsobu financovania odvodeného z nespornej povinnosti verejnej služby vzniká dilema, či sa títo prevádzkovatelia vysielania majú považovať za „verejnoprávnych obstarávateľov" v zmysle smernice Spoločenstva z oblasti verejného obstarávania, alebo či naopak nepatria do tejto kategórie a sú oslobodení od dodržania postupov verejného obstarávania.

II — Právny rámec

A — *Právna úprava Spoločenstva*

5. Na úvod sa vnútroštátny súd odvoláva na článok 1 ods. 9, pokiaľ ide o rozsah osobnej pôsobnosti, ako aj na článok 16 písm. b), pokiaľ ide o rozsah vecnej pôsobnosti smernice 2004/18/ES [5], ktorá kodifikovala postupy verejného obstarávania na úrovni Spoločenstva; tento súd dodáva, že po uplynutí lehoty určenej na zosúladenie vnútroštátneho práva so smernicou bez toho, aby došlo k príslušnému prebratiu, je na základe judikatúry Bundesgerichtshof (spolkový kasačný súd) povinný vykladať vnútroštátne ustanovenia s ohľadom na akýkoľvek nedávno prijatý legislatívny akt Spoločenstva, aj keď sa neuplatňuje na sporný postup verejného obstarávania.

6. Hoci súhlasím s odôvodnením, ktoré podal Oberlandesgericht, je potrebné oprieť sa o pôvodnú verziu článku 1 písm. a) a b) smernice 92/50/EHS [6] z dvoch dôvodov: po prvé, pretože predstavuje základnú zásadu, ktorá priviedla nemeckého zákonodarcu k prispôsobeniu jeho vnútroštátneho právneho poriadku právnemu poriadku Spoločenstva a vnútroštátna právna úprava sa v konečnom dôsledku opiera o tento článok, a po druhé pre absolútnu zhodnosť paralelných ustanovení prepracovaného znenia smernice 2004/18.

5 — Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132).

6 — Smernica Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb (Ú. v. ES L 209, s. 1; Mim. vyd. 06/001, s. 322).

7. Na vymedzenie rozsahu jej osobnej pôsobnosti článok 1 písm. b) smernice 92/50, ktorý sa nachádza v hlave I venovanej všeobecným zásadám, považuje za obstarávateľov:

„…

štátne, regionálne alebo miestne orgány, verejnoprávne inštitúcie, združenia tvorené jedným alebo viacerými takýmito orgánmi alebo verejnoprávnymi inštitúciami.

Verejnoprávnymi inštitúciami sú akékoľvek inštitúcie:

— ktoré boli založené na osobitné účely, plniace potreby všeobecného záujmu a nemajú priemyselný alebo komerčný charakter,

— majú právnu subjektivitu a

— sú financované najmä štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi alebo inými verejnoprávnymi inštitúciami, alebo sú podriadené riadiacemu dozoru týchto orgánov, alebo ktoré majú v správnom, riadiacom alebo dozornom orgáne viac ako polovicu členov menovaných štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi alebo verejnoprávnymi inštitúciami“.

8. Toto ustanovenie napokon upresňuje, že „zoznam týchto inštitúcií alebo kategórie takýchto verejnoprávnych inštitúcií, ktoré spĺňajú kritériá…, sú uvedené v prílohe I k smernici 71/305/EHS[7]. Tieto zoznamy budú čo najúplnejšie a môžu byť preskúmané v súlade s postupom stanoveným v článku 30b uvedenej smernice;…“.

9. Článok 1 písm. a) tejto smernice vymenúva právne vzťahy, ktoré sú *ratione materiae* obsiahnuté v smernici, s výslovnou výnimkou:

„…

7 — Smernica Rady z 26. júla 1971 o koordinácii postupov verejného obstarávania prác [*neoficiálny preklad*] (Ú. v. ES L 185, s. 5).

iv) zmlúv o kúpe, vývoji, produkcii alebo koprodukcii programového materiálu prevádzkovateľmi vysielania, alebo zmlúv na vysielací čas;

…“

B — *Vnútroštátna právna úprava*

1. Právna úprava v oblasti verejného obstarávania

10. Postupy verejného obstarávania nemeckých verejných obstarávateľov sú stanovené v zákone proti obmedzovaniu hospodárskej súťaže (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [8]; ďalej len „GWB“); článok 1 písm. b) smernice, ktorý sa týka verejnoprávnych obstarávateľov, bol do vnútroštátnej právnej úpravy prebratý § 98 ods. 2 GWB:

„§ 98 - Verejnoprávni obstarávatelia

Verejnoprávnymi obstarávateľmi v zmysle tejto časti sú:

1. územná samospráva, ako aj jej osobitný majetok, ktorý podlieha zvláštnemu režimu;

2. iné právnické osoby verejného a súkromného práva, zriadené s osobitným cieľom uspokojovať potreby vo všeobecnom záujme, ktoré nemajú obchodný alebo priemyselný charakter, pokiaľ subjekty uvedené v bode 1 alebo 3 ich samostatne alebo spoločne prevažne financujú svojou spoluúčasťou alebo iným spôsobom, alebo vykonávaním kontroly nad vedením alebo volením nadpolovičnej väčšiny členov orgánov, ktoré sú poverené obchodným vedením alebo kontrolou. To platí v prípade, pokiaľ subjekt, ktorý samostatne alebo spoločne s inými prevažne zabezpečuje financovanie alebo volí väčšinu členov orgánov, ktoré sú poverené obchodným vedením alebo kontrolou, patrí do bodu 1;

3. spolky, ktorých členovia patria do bodov 1 a 2;

…“

8 — Tento zákon je účinný od 1. januára 1999 v znení, ktoré vyplýva z jeho šiestej zmeny vykonanej prostredníctvom zákona 703-4/1 z 26. augusta 1998 (BGBl. I, s. 358).

2. Právna úprava týkajúca sa koncesionárskych poplatkov za verejné vysielanie

11. Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že financovanie verejnoprávnych prevádzkovateľov vysielania je v Nemecku upravené v dvoch štátnych zmluvách medzi Spolkom a spolkovými krajinami. Koncesionársky poplatok je upravený predovšetkým v Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens (štátna zmluva o úprave koncesionárskych poplatkov za rozhlas a televíziu, ďalej len „štátna zmluva“) z 31. augusta 1991, ktorá bola zmenená a doplnená v roku 1996.

12. § 2 štátnej zmluvy stanovuje:

„1. Koncesionársky poplatok sa skladá zo základného poplatku a poplatku za televíziu. Jeho výšku stanoví štátna zmluva o financovaní vysielania.

…“

13. § 4 štátnej zmluvy stanovuje:

„1. Povinnosť platiť koncesionársky poplatok vzniká v prvý deň mesiaca, v ktorom je rozhlasový alebo televízny prijímač uvedený do prevádzky.

2. …“

14. § 7 štátnej zmluvy upravuje rozdelenie príjmov získaných z koncesionárskych poplatkov:

„1. Príjem zo základného poplatku prináleží krajinskému rozhlasu a televízii a v rozsahu stanovenom v štátnej zmluve o financovaní vysielania tiež Deutschlandradio a Landesmedienanstalt, v ktorých oblasti je rozhlasový alebo televízny prijímač uvedený do prevádzky.

2. Príjem z poplatku za televíziu prináleží krajinskému rozhlasu a televízii a v rozsahu stanovenom v štátnej zmluve o financovaní vysielania Landesmedienanstalt, v ktorého oblasti je rozhlasový alebo televízny prijímač uvedený do prevádzky, ako aj Zweites Deut-

sches Fernsehen (druhý verejnoprávny televízny kanál; ďalej len „ZDF“). …

…“

15. Vnútroštátny súd upresňuje, že druhá štátna zmluva, Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag (štátna zmluva o financovaní vysielania; ďalej len „štátna zmluva o financovaní“) z 26. novembra 1996 stanovuje konkrétnu výšku koncesionárskeho poplatku, ktorá je určená so súhlasom parlamentov spolkových krajín.

16. Kontrolou a výpočtom finančných potrieb prevádzkovateľov vysielania je v zmysle § 2 až 6 štátnej zmluvy o financovaní poverená Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (komisia pre kontrolu a výpočet finančných potrieb verejnoprávnych prevádzkovateľov vysielania; ďalej len „KEF“), nezávislá organizácia, ktorá vypracúva minimálne raz za dva roky správu, ktorá je pre parlamenty a vlády spolkových krajín podkladom pre rozhodnutie o koncesionárskych poplatkoch (§ 3 ods. 5 v spojení s § 7 ods. 2 štátnej zmluvy o financovaní).

17. Nariadením z 18. septembra 1993 o postupe pri výbere koncesionárskych poplatkov za vysielanie Westdeutscher Rundfunk Köln, vydaným v súlade s § 4 ods. 7 štátnej zmluvy so súhlasom krajinskej vlády, prevádzkovatelia vysielania príslušných spolkových krajín vyberajú koncesionárske poplatky od občanov aktom verejnej moci prostredníctvom Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (centrály pre výber koncesionárskych poplatkov nemeckých verejnoprávnych prevádzkovateľov vysielania; ďalej len „GEZ“).

III — Skutkový základ sporu a prejudiciálne otázky

18. Žalobcami pred Oberlandesgericht Düsseldorf sú prevádzkovatelia vysielania spolkových krajín, ktorí sú členmi Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands (združenie nemeckých regionálnych verejných prevádzkovateľov vysielania; ďalej len „ARD“) a verejnoprávnej televíznej organizácie ZDF zriadenej na základe štátnej zmluvy zo 6. júna 1961, ako aj Deutschlandradio (ďalej len spoločne „prevádzkovatelia vysielania“).

19 Títo prevádzkovatelia vysielania založili v roku 2002 GEZ ako správny subjekt verejného práva, ktorého úlohou bolo vyberanie a vyúčtovanie koncesionárskych poplatkov pre jednotlivých prevádzkovateľov vysielania spolkových krajín. GEZ nemá vlastnú

právnu subjektivitu a koná v mene a na účet príslušných prevádzkovateľov vysielania.

20. V auguste 2005 po predchádzajúcom prieskume trhu GEZ písomne vyzval jedenásť podnikov, aby predložili záväzné ponuky na výkon upratovacích služieb v budovách GEZ, ako aj v jedálni vo Westdeutscher Rundfunk (jeden z prevádzkovateľov vysielania patriacich do ARD) v Kolíne nad Rýnom na obdobie od 1. marca 2006 do 31. decembra 2008 s možným konkludentným predĺžením o ďalší rok. Výška nákladov bola odhadnutá na viac než 400 000 eur. Verejné obstarávanie na celoeurópskej úrovni v zmysle vnútroštátnych predpisov a príslušnej smernice sa neuskutočnilo.

21. Spoločnosť Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH (ďalej len „GEWA“), ktorá je žalovanou stranou v konaní pred Oberlandesgericht Düsseldorf, a pán Warnecke, vedľajší účastník konania, odpovedali na výzvu GEZ predložením svojich ponúk. Uvedená spoločnosť predložila ponuku s najnižšou cenou. Rozhodnutím z 9. novembra 2005 správna rada GEZ odsúhlasila začatie rokovaní so štyrmi uchádzačmi, medzi ktorých patrili žalobca a vedľajší účastník konania. Správna rada GEZ okrem toho rozhodla podrobiť ponuky detailnejšej hospodárskej analýze s využitím Kepner-Tregoeovej metódy, ktorá stanovuje určité hodnoty pre osobitné kritériá technického a obchodného hodnotenia a pre posúdenie rizika. Na základe tohto hodnotenia sa ponuka žalovanej umiestnila na treťom mieste a ponuka vedľajšieho účastníka konania na prvom mieste.

22. GEZ oznámil telefonicky spoločnosti GEWA, že jej nebola zadaná verejná zákazka. Táto spoločnosť v sťažnosti zo 14. novembra 2001 uviedla, že GEZ ako verejný obstarávateľ porušil právnu úpravu týkajúcu sa verejného obstarávania tým, že nevyhlásil verejné obstarávanie na úrovni Spoločenstva na uzavretie zmluvy o výkone upratovacích prác. GEZ zamietol túto sťažnosť.

23. GEWA preto podala na Vergabekammer del Bezirksregierung (komora pre verejné obstarávanie pri okresnej vláde) v Kolíne návrh na preskúmanie konania voči GEZ. V tomto návrhu žiadala zaviazať GEZ na zadanie verejnej zákazky na výkon upratovacích prác cestou formálneho postupu verejného obstarávania podľa štvrtej časti GWB a subsidiárne o uskutočnenie nového hodnotenia s ohľadom na právny názor Vergabekammer.

24. GEWA zastávala názor, že GEZ ako prevádzkovateľ vysielania bol v zmysle ustanovenia § 98 ods. 2 GWB verejným obstarávateľom, keďže prevádzkovatelia vysielania

sú financovaní prevažne koncesionárskymi poplatkami občanov a keďže poskytovanie služieb vysielania, ktoré má evidentný verejnoprávny charakter, plní potreby všeobecného záujmu a nemá priemyselný alebo komerčný charakter.

25. Uvádza tiež, že článok 1 písm. a) bod iv) smernice 92/50 vylučuje iba zmluvy, ktorých predmetom je kúpa, vývoj, produkcia a koprodukcia programového materiálu prevádzkovateľmi vysielania a zmluvy na vysielací čas, ktoré sa jasne odlišujú od predmetu spornej zákazky vo veci samej.

26. Rozhodnutím z 13. februára 2006 Vergabekammer vyhovela žalobe spoločnosti GEWA a nariadila GEZ a prevádzkovateľom vysielania, aby sa v prípade, že by chceli zotrvať na svojej ponuke, riadili právnou úpravou o verejnom obstarávaní, zásadami rovnosti zaobchádzania a transparentnosti, ako aj aby vyhlásili verejné obstarávanie na celoeurópskej úrovni.

27. Krajinskí prevádzkovatelia vysielania podali proti tomuto rozhodnutiu odvolanie na správny súd, v ktorom žiadali jeho zrušenie, tvrdiac, že návrh spoločnosti GEWA voči GEZ je neprípustný a v každom prípade nedôvodný. Domnievajú sa, že ako verejní prevádzkovatelia vysielania nie sú verejnými obstarávateľmi v zmysle § 98 ods. 2 GWB, pretože vysielanie sa financuje prevažne z koncesionárskych poplatkov užívateľov.

28. Dodávajú, že neexistuje ani kontrola zo strany štátu v zmysle § 98 ods. 2 GWB, lebo sa uskutočňuje iba subsidiárny a obmedzený právny dohľad. Okrem toho členovia správnej rady prevádzkovateľov vysielania zastupujú rôzne spoločensky významné skupiny. Chýbajúca väčšina v riadiacom orgáne vylučuje akýkoľvek vplyv štátu na zadávanie verejných zákaziek.

29. Spoločnosť GEWA naopak obhajuje rozhodnutie Vergabekammer.

30. Keďže sa Vergabesenat Oberlandesgericht (sekcia príslušná pre zadávanie verejných zákaziek) domnieva, že rozhodnutie sporu závisí od výkladu článku 1 smernice (92/50), rozhodol o prerušení konania a položil Súdnemu dvoru Európskych spolo-

čenstiev podľa článku 234 ods. 1 ES tieto prejudiciálne otázky:

„1. Má sa podmienka ‚financovanie štátom' [stanovená v článku 1 písm. b) druhom pododseku tretej zarážke prvom predpoklade smernice 92/50] vykladať v tom zmysle, že na základe ústavnoprávnej povinnosti štátu zabezpečiť nezávislé financovanie a existenciu určitých organizácií je nepriame financovanie organizácií vo forme povinnosti platiť poplatky, ktorú stanovuje štát pre subjekty vlastniace rozhlasové a televízne prijímače, financovaním v zmysle tejto podmienky?

2. V prípade kladnej odpovede na položenú otázku, má sa [článok 1 písm. b) druhý pododsek tretia zarážka prvý predpoklad smernice 92/50] vykladať v tom zmysle, že podmienka ‚financovanie štátom' vyžaduje priamy vplyv štátu na zadávanie zákaziek prostredníctvom organizácií financovaných štátom?

3. V prípade zápornej odpovede na druhú prejudiciálnu otázku, má sa [článok 1 písm. b) druhý pododsek tretia zarážka prvý predpoklad smernice 92/50] v spojení s článkom 1 písm. a) bod iv) vykladať v tom zmysle, že len služby uvedené v tomto druhom ustanovení nepatria do pôsobnosti smernice a ostatné služby, ktoré nesúvisia s tvorbou programu, ale majú pomocný a podporný charakter, patria do pôsobnosti tejto smernice (*argumentum e contrario*)?"

IV — Konanie pred Súdnym dvorom

31. Návrh na začatie prejudicálneho konania bol doručený do kancelárie Súdneho dvora 7. augusta 2006.

32. Písomné pripomienky predložili GEWA, prevádzkovatelia vysielania, nemecká, poľská a rakúska vláda, ako aj Dozorný orgán Európskeho združenia voľného obchodu (ďalej len „EZVO") a Komisia Európskych spoločenstiev.

33. Na pojednávaní zo 14. júna 2007 vystúpili právni zástupcovia prevádzkovateľov vysielania, spoločnosti GEWA, ako aj

splnomocnení zástupcovia nemeckej vlády, Dozorného orgány EZVO a Komisie Európskych spoločenstiev.

V — Analýza prejudiciálnych otázok

A — *Úvodné pripomienky*

34. Hoci vnútroštátny súd položil tri prejudiciálne otázky, je vhodné preskúmať prvé dve otázky [9] spoločne, keďže obidve sa týkajú osobnej pôsobnosti a článku 1 písm. b) druhého pododseku tretej zarážky prvého predpokladu smernice 92/50. [10]

35. Nemeckí prevádzkovatelia vysielania sa domnievajú, že nie sú financovaní z verejných prostriedkov, a z toho vyvodzujú analógiu medzi právnou úpravou v oblasti verejného obstarávania, ktorá je predmetom tohto sporu, a článkami 87 ES a 88 ES týkajúcimi sa štátnej pomoci, ktoré požadujú financovanie „zo štátnych prostriedkov".

36. Ako však správne uvádza Komisia, nemyslím si, že by odlišná povaha týchto dvoch úprav a cieľ, ktorý sledujú, umožnili tak odvážnu konfrontáciu, keďže zatiaľ čo sa Zmluva v oblasti štátnej pomoci snaží zabrániť každej neodôvodnenej deformácii podmienok hospodárskej súťaže na určitom trhu, ktorá by vznikla použitím verejných financií, v oblasti verejného obstarávania sa skúma, či určitý subjekt patrí do koncepcie verejného obstarávateľa na účely určenia, či podlieha postupom verejného obstarávania.

37. Na základe toho treba konštatovať, že medzi týmito dvoma právnymi oblasťami chýba „súvislosť", a preto nie je možné vykonať analogické porovnanie.

38. Napokon analýza tretej prejudiciálnej otázky má z dôvodu jej irelevantnosti na účely kvalifikácie nemeckých prevádzkovateľov vysielania ako verejných obstarávateľov, ako to oni samotní tvrdia vo svojich písomných pripomienkach, určitý význam v prípade kladnej odpovede na prvú otázku a zápornej odpovede na druhú otázku, keďže požiadavkou o výklad článku 1 písm. a) bodu iv) smernice 92/50 sa Oberlandesgericht snaží určiť rozsah vecnej pôsobnosti, čo sa zdá logické, hoci je to zrejmé.

9 — Rakúska vláda zastáva ten istý názor, rovnako ako poľská vláda, ktorá ich však skúma oddelene.

10 — V bodoch 5 a 6 týchto návrhov je uvedené vysvetlenie tejto voľby.

B — *O prvej a druhej prejudiciálnej otázke*

39. Spor sa týka nemeckého systému financovania prevádzkovateľov vysielania. Ide preto o preskúmanie základných charakteristík systému, aby sa mohlo určiť, či sú príjmy týchto subjektov „štátne“ v zmysle smernice 92/50 a judikatúry Súdneho dvora.

1. Poplatková povinnosť stanovená právnymi predpismi verejného práva

40. Prevádzkovatelia vysielania tvrdia, že zaplatenie koncesionárskych poplatkov je ponechané na slobodné rozhodnutie užívateľa, ktorý sa môže vyhnúť koncesionárskemu poplatku tým, že sa vzdá televízneho a rozhlasového prijímača. Nemecká vláda súhlasí s týmto názorom a domnieva sa, že existuje priama povinnosť medzi prevádzkovateľmi a spotrebiteľmi, ktorá sa neodráža v štátnom rozpočte, keďže GEZ vyberá koncesionársky poplatok, ale vybranú sumu neodvádza do štátnej pokladne. Obe preto v predmetnej veci popierajú financovanie „štátom“.

41. Alternatívy uvedené v článku 1 písm. b) druhom pododseku tretej zarážke smernice 92/50 sú však koncipované ako prezumpcia existencie prevažne verejného financovania. Pokiaľ je splnený tento predpoklad, závislosť sa predpokladá a nie je potrebné vyžadovať ďalšie podmienky na jeho uplatnenie, ako napríklad aby financovanie malo za následok priamy vplyv štátu pri verejnom obstarávaní. Preskúmanie tejto podmienky vyplýva z druhého predpokladu týkajúceho sa kontroly, pretože umožňuje posúdiť jej intenzitu. [11]

42. Táto úvaha je okrem toho podporená rozlíšením, ktoré bolo urobené v rozsudku University of Cambridge medzi vyplatenými sumami a poskytnutím alebo neposkytnutím služieb [12], keďže vnútroštátny súd chcel týmto sporom iba zistiť kritérium na posúdenie toho, či bola podmienka prezumpcie, to znamená financovanie prevažne štátom, splnená.

43. Z predchádzajúcich dvoch bodov vyplýva irelevantnosť druhej prejudiciálnej otázky, tak ako ju formuloval Oberlandesgericht, a vhodnosť preskúmať ju spolu s prvou prejudiciálnou otázkou.

11 — Rozsudok z 1. februára 2001, Komisia/Francúzsko, C-237/99, Zb. s. I-939, body 48 a nasl.

12 — Rozsudok z 3. októbra 2000, University of Cambridge, C-380/98, Zb. s. I-8035, body 22 až 25.

44. Ak sa vrátime k podstate sporu, nie je tu sporná skutočnosť, že koncesionársky poplatok bol zavedený na základe zmlúv verejného práva („Staatsverträge“), to znamená štátnou zmluvou a štátnou zmluvou o financovaní. [13]

45. Sporné nie je ani to, že „Staatsverträge“ je aktom verejného práva podľa nemeckého právneho poriadku. [14]

46. Na základe toho právny vzťah, ktorý spája majiteľa televízneho alebo rozhlasového prijímača s prevádzkovateľmi vysielania, patrí do verejného práva a takmer nadobúda formu dane, keďže platobná povinnosť vzniká na základe vlastníctva prijímača zachytávajúceho rádiové alebo televízne vlny, čo predstavuje skutočné „plnenie podliehajúce dani“ typické pre každé vyberanie dane, v ktorom sa televízny divák mení na osobu podliehajúcu zdaneniu. Napokon nie je dôležité, ako je táto daň označená podľa vnútroštátneho práva. [15]

47. Na základe toho sú ako fungovanie, tak aj existencia prevádzkovateľov vysielania spojené s aktom zákonodarcu, najvyšším vyjadrením podriadenosti voči štátu, na základe čoho financovanie prevažne štátom ako prvý predpoklad stanovený v skúmanom ustanovení nie je náhodný, ale zodpovedá logike, podľa ktorej ekonomická podriadenosť odráža túto „úzku závislosť určitej organizácie od štátu“, o ktorej sa zmienil Súdny dvor. [16] Tu nachádza vhodné uplatnenie slávna veta nemeckého právnika von Kirchmanna, podľa ktorého právo nie je veda, keďže stačia „tri opravné slová zákonodarcu“, aby „sa celé knižnice stali zdrapom papiera“ [17], čo zdôrazňuje silu zákonodarnej moci.

48. Na základe vyššie uvedeného sa profiluje verejný charakter prostriedkov prevádzkovateľov vysielania vyberaných zo strany GEZ; *ad abundantiam,* niektorí priznávajú tomuto vyberaciemu orgánu postavenie štátneho subjektu napriek tomu, že nemá právnu subjektivitu, odvolávajúc sa na jeho právomoci vymerať a vymáhať zaplatenie koncesionárskeho poplatku [18], ktoré sú

13 — Body 11 a nasl. týchto návrhov.

14 — V súvislosti s nemeckou doktrínou pozri MAURER, H.: *Allgemeines Verwaltungsrecht,* dvanáste doplnené vydanie, BECK, C. H., Mníchov, 1999, s. 352 a nasl.

15 — Zatiaľ čo nemecká vláda uvádza, že slovo „Gebühr“ (daň alebo poplatok) nie je náležité pre označenie platobnej povinnosti, časť doktríny ju zaraďuje do daňového práva ako „Abgabe“ (právo alebo povinnosť); BOESEN, A.: *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB,* Bundesanzeiger, prvé vydanie, Kolín, 2000, s. 151, č. 73.

16 — Pozri rozsudky University of Cambridge, už citovaný, bod 20, a Komisia/Francúzsko, už citovaný, bod 44.

17 — von KIRCHMANN, J.-H.: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft.*

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

právomocami typickými pre výkon funkcií spojených s vnútroštátnou zvrchovanosťou a ktoré posilňujú jeho verejný charakter.

49. Ako uvádzajú prevádzkovatelia vysielania, tento aspekt, hoci je dôležitým náznakom pre potvrdenie ekonomickej podpory zo strany štátu, ju však úplne nedokazuje. Z tohto dôvodu je nevyhnutné preskúmať ostatné osobitosti nemeckého systému podpory štátneho vysielania.

2. Nepriame financovanie

50. Prevádzkovatelia vysielania a nemecká vláda sa zhodujú v tvrdení, že smernica 92/50 sa vzťahuje iba na platby uskutočnené *priamo* v prospech štátneho rozpočtu [19] a nie na nepriame transfery finančných zdrojov niektorej verejnej inštitúcii alebo inému verejnému obstarávateľovi. Tvrdia tiež, že v prejednávanej veci zisk z koncesionárskeho poplatku prechádza len od užívateľov v prospech prevádzkovateľov vysielania, bez akéhokoľvek zásahu štátu, ktorý sa nezúčastňuje na tomto toku finančných prostriedkov.

51. Zásadne nesúhlasím s týmto výkladom.

52. Po prvé nemecká vláda kladie dôraz na „prechodné“ a zjednodušené poňatie financovania, ktoré by zahŕňalo iba transfer, šek, platbu bankovým prevodom alebo materiálny presun peňazí v pancierovom vozidle od subvencovaného subjektu do štátnej pokladne.

53. Okrem toho, že nie je podstatný rozdiel medzi skutočnosťou, keď štát vyberá koncesionársky poplatok, aby ho vyplatil financovaným organizáciám, a keď im naopak prizná právomoc vyberania poplatkov [20], nemožno zabudnúť, že práve štát vytvára štruktúru pre stanovenie tejto povinnosti, keďže stanovuje platobnú povinnosť a určuje jej výšku prostredníctvom nezávislej komisie KEF,

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*, n. 9/2003, s. 1090.

podriaďujúc ju schváleniu a prípadnej zmene zo strany krajín, ktoré majú v tejto otázke posledné slovo. [21]

3. Financovanie bez protihodnoty

54. Po druhé článok 1 písm. b) druhý pododsek tretia zarážka prvý predpoklad smernice 92/50 sa neobmedzuje na spôsoby priameho financovania, keďže so slovesom financovať sa spája len „prevažne“ („überwiegend“ v nemčine; „majoritairement“ vo francúzštine a „for the most part“ v angličtine) bez akejkoľvek zmienky o forme, priamej alebo nepriamej, poskytnutia financií subvencovaným subjektom.

56. Už citovaný rozsudok University of Cambridge dodal pri definovaní verejného financovania jeden základný rozdiel podľa toho, či subjekt, ktorý získa pomoc, je, alebo nie je povinný poskytnúť určitú protihodnotu, pretože iba vtedy, ak táto protihodnota poskytnutá nie je, je podmienka verejného financovania splnená. [24]

55. Nakoniec možnosť, že môže ísť o nepriamu finančnú pomoc zo strany štátu, má určitú implicitnú podporu v judikatúre, keďže Súdny dvor uznal v súvislosti s druhým predpokladom tretej zarážky tohto ustanovenia nepriamu kontrolu štátu [22], ktorá by sa mohla rozšíriť aj na prvý predpoklad vezmúc do úvahy predovšetkým rovnocennosť troch predpokladov [23], ako správne pripomenula nemecká vláda.

57. V zmysle vyššie uvedeného a s odvolaním sa na tézu, podľa ktorej spotrebiteľ platí bez sprostredkovateľov priamo prevádzkovateľom vysielania, títo prevádzkovatelia a nemecká vláda tvrdia, že užívateľ získa ako „osobitnú protihodnotu“ právo prijímať obraz a vlny verejnej nemeckej televízie a rádia a opierajú sa o túto tézu pri popieraní verejného charakteru sporného financovania. [25]

21 — FRENZ, W.: citované dielo, s 272. Prevádzkovatelia vysielania uvádzajú vo svojich pripomienkach ústavnú sťažnosť podanú na Bundesverfassungsgericht (nemecký ústavný súd) proti zníženiu sumy zo strany spolkových krajín v návrhu na tarifné zvýšenie koncesionárskeho poplatku.

22 — Rozsudok zo 17. decembra 1998, Connemara Machine Turf, C-306/97, Zb. s. I-8761, bod 34.

23 — Pozri rozsudok Komisia/Francúzsko, už citovaný, bod 49.

24 — Bod 21 rozsudku.

25 — HAILBRONNER, K.: Öffentliches Auftragswesen, in: GRABITZ, E./HILF, M.: *Das Recht der Europäischen Union,* vyd. BECK, C. H., Mníchov, 2006, B 4, s. 22, č. 121.

58. Na odmietnutie tejto argumentácie postačí uviesť, že ak sa vezme do úvahy ich zákonný pôvod, príjmy z koncesionárskeho poplatku za televíziu nie sú súkromnými zdrojmi. Na to, by sa však dalo odpovedať, že ak by platilo, že právna úprava koncesionárskych poplatkov pre užívateľov určuje verejnú povahu vybraných prostriedkov, potom by honoráre architektov, advokátov a lekárov boli považované za verejné a nepriame platby v zmysle smernice o verejnom obstarávaní. Ale ak by sa použil tento názor, a pokiaľ by sa preskúmanie otázky verejného financovania opieralo len o súkromný pôvod financií, potom by ani platby úradom na ochranu známok a patentov, katastrom ani registrom nehnuteľností — len na uvedenie niektorých subjektov, ktorým záujemca platí priamo za službu, ktorú poskytuje verejný orgán — jednoducho žiadne poplatky by nemohli byť kvalifikované ako verejný zdroj financií v zmysle smernice 92/50.

59. Tomuto tvrdeniu by sa nedal priradiť väčší význam, ani keby sa uviedlo, že verejné prostriedky sú poskytované výmenou za programy vysielané na štátnych rádiových a televíznych kanáloch. Prostriedky (verejné) vyplatené prevádzkovateľom vysielania nezakladajú ani neposilňujú závislosť podobnú tej, ktorá existuje v bežných obchodných vzťahoch, pretože predstavujú doplňujúce opatrenie [26], na ktorom stojí fungovanie týchto organizácií bez toho, aby štát očakával alebo získal protihodnotu vo forme konkrétneho plnenia.

60. Jednoducho odmietam nielen teóriu, podľa ktorej koncesionársky poplatok zaťažuje užívateľa ako protiplnenie za prístup k verejnému vysielaniu, ale aj názor, že služba verejného vysielania predstavuje protihodnotu ekonomickej podpory štátu.

4. Činnosť nepodliehajúca hospodárskej súťaži

61. Aj keď nie je potrebné upresniť, čo sa rozumie pod „verejnoprávnou inštitúciou založenou na osobitné účely, plniace potreby všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo komerčný charakter“ [27], rakúska vláda a dozorný orgán EZVO konajú správne, keď do kontextu predmetnej prejudiciálnej

26 — V zmysle rozsudku University of Cambridge, už citovaný, bod 25.

27 — Rozsudok z 10. novembra 1998, BFI Holding, C-360/96, Zb. s. I-6821, body 48 až 50.

otázky zaraďujú preskúmanie konkurenčného postavenia prevádzkovateľov vysielania.

62. Na základe štruktúry vymáhania koncesionárskeho poplatku, ktorá je stanovená osobitným zákonom, a s vyššie uvedenými právomocami verejného práva (vyberanie a možnosť núteného výkonu) nie je možné oprávnene tvrdiť, že finančné zdroje určené na uspokojenie potrieb všeobecného záujmu týkajúcich sa tvorby verejného vysielacieho programu, ktoré prevádzkovatelia vysielania nepopierateľne poskytujú, nevznikajú nezávisle na trhových podmienkach. Finančné prostriedky, ktoré tieto subjekty získavajú prostredníctvom poplatkovej povinnosti, teda nepochádzajú z výkonu činnosti v rámci konkurenčného prostredia, ale pochádzajú od spoločnosti [28] nezávisle na skutočnom využívaní ponuky televíznych programov spotrebiteľom.

63. Táto chránená forma podnikania zbavuje prevádzkovateľov vysielania neistoty v súvislosti s ich príjmami, keďže využívajú štátnu záruku realizovanú prostredníctvom rozpočtov vypracovaných zo strany KEF. Aj keby sa preto súhlasilo s tézou, ktorá presadzuje súkromný pôvod prostriedkov, spôsob, ktorým si tieto subjekty zabezpečujú istý príliv finančných prostriedkov, sa nelíši od spôsobu, keď je kapitál daný k dispozícii priamo od štátu.

64. Na otázku položenú na pojednávaní, či sa táto záruka financovania prevádzkovateľov vysielania, ktorú je nemecký štát povinný poskytovať v zmysle ústavy, rozširuje na zmluvné záväzky [29], nemecká vláda odpovedala kategorickým popretím tejto možnosti. Ako však uviedla Komisia, táto otázka sa ani nekladie, keďže KEF pravidelne overuje finančné potreby prevádzkovateľov vysielania a kryje ich v plnej miere; na základe toho ich chráni aj pred potrebou súkromného úveru v kritickom prípade insolventnosti, zvýrazňujúc tým verejný aspekt podpory.

5. Ďalšie prvky posudzovania

65. Z vyššie uvedeného treba vyvodiť verejný charakter finančných prostriedkov, ktoré

28 — SEIDEL, I.: Öffentliches Auftragswesen, in: DAUSES, M.: *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts,* vyd. C.H. Beck, Mníchov, 2006, s. 27, č. 82; Boesen, A, citované dielo, s. 152.

29 — Doposiaľ bola požiadavka verejného mechanizmu kompenzácie dlhov uvádzaná len v rámci skúmania prvej zarážky článku 1 písm. b) druhého pododseku smerníc Spoločenstva o verejnom obstarávaní, ktorý sa týka uspokojenia všeobecného záujmu; pozri rozsudok z 10. mája 2001, Agorà a Excelsior, C-223/99 a C-260/99, Zb. s. I-3605, bod 40.

zabezpečujú činnosť prevádzkovateľov vysielania. Napriek tomu je potrebné dodať ešte niektoré úvahy.

66. Po prvé ustálená judikatúra Súdneho dvora vyžaduje, aby bol koncepcii autonómneho „verejného obstarávateľa“ na úrovni Spoločenstva daný funkčný [30] a široký [31] výklad, vezmúc do úvahy cieľ zabrániť riziku uprednostňovania vnútroštátnych uchádzačov alebo záujemcov v akejkoľvek verejnej súťaži vyhlásenej verejnými obstarávateľmi, ako aj možnosti, aby bol subjekt financovaný alebo kontrolovaný štátom vedený dôvodmi, ktoré nesúvisia s jeho ekonomickým charakterom. [32]

67. Prevádzkovatelia vysielania s ohľadom na tento kontext pri odpovedi na otázku, ktorá im bola položená na pojednávaní, uviedli, že žiaden z jedenástich podnikov, ktoré GEZ vyzvala na predloženie záväzných ponúk, nemal sídlo v inom členskom štáte. Tento údaj sám osebe potvrdzuje skutočnosť, že obavy zákonodarcu Spoločenstva neboli neopodstatnené.

68. Po druhé prevádzkovatelia vysielania podporení časťou nemeckej doktríny [33] kladú dôraz na ústavný mandát nestrannosti, ktorý ich chráni pred akýmkoľvek pôsobením verejnej moci na ich správu.

69. Bez toho, aby bolo potrebné vysvetliť význam článku 5 ods. 1 nemeckého základného zákona, na základe ktorého sa zaviedla kvalitná verejná služba rozhlasového a televízneho vysielania, neexistuje nezlučiteľnosť medzi týmto mandátom a spornou povinnosťou týchto subjektov dodržiavať a postupovať podľa postupov verejného obstarávania uvedených v smerniciach Spoločenstva.

70. V pripomienkach týkajúcich sa tohto prejudiciálneho konania nebolo uvedené žiadne odôvodnenie schopné preukázať, že podliehanie prevádzkovateľov vysielania postupom stanoveným v smernici by mohlo ohroziť ich neutralitu. Okrem toho sloboda

30 — Pozri rozsudok BFI Holding, už citovaný, bod 62; rozsudky zo 17. decembra 1998, Komisia/Írsko, C-353/96, Zb. s. I-8565, bod 36; z 12. decembra 2002, Universale-Bau, C-470/99, Zb. s. I-11617, bod 53; z 27. februára 2003, Adolf Truley, C-373/00, Zb. s. I-1931, bod 41, a zo 16. októbra 2003, Komisia/Španielsko, C-283/00, Zb. s. I-11697, bod 73.

31 — WOLLESCHLÄNGER, F.: Der Begriff des‚öffentliches Auftraggebers' im Lichte der neuesten Rechtspreschung des Europäischen Gerichtshofes, *EWS (Europäisches Wirtschafts-und Steuerrecht),* č. 8/2005, s. 345.

32 — Pozri rozsudky University of Cambridge, už citovaný, bod 17; Universale-Bau, už citovaný, bod 52, a Adolf Truley, už citovaný, bod 42.

33 — M. DREHER, M.: citované dielo, s. 303; HAILBRONNER, K.: citované dielo, s. 22, č. 123.

prejavu v rozhlasovom a televíznom vysielaní a jeho nestrannosť nikdy nepredstavovali kritériá na zhodnotenie toho, či sú subjekty verejného práva verejnými obstarávateľmi. [34]

71. Napokon je nepopierateľná absolútna prevaha financovania prevádzkovateľov vysielania prostredníctvom koncesionárskych poplatkov v porovnaní s ostatnými zdrojmi príjmov, predovšetkým z reklamy, a preto s ohľadom na tieto upresnenia možno dôjsť k záveru, že forma, v ktorej prevádzkovatelia televízneho vysielania financujú svoje výdavky, spĺňa predpoklad financovania prevažne štátom v zmysle článku 1 písm. b) druhého pododseku tretej zarážky prvého predpokladu smernice 92/50.

platia majitelia televíznych a rádiových prijímačov, predstavuje financovanie v zmysle sporného ustanovenia, ktorého analýza neumožňuje požadovať ďalšie doplňujúce kritériá, ako napríklad priamy vplyv štátu pri zadávaní verejných zákazok zo strany subjektov, ktoré sú ním financované.

C — *O tretej prejudiciálnej otázke*

73. Touto prejudiciálnou otázkou chce vnútroštátny súd zistiť, či do pôsobnosti článku 1 písm. a) bodu iv) smernice 92/50 patria služby pomocného a podporného charakteru, ktoré nesúvisia s tvorbou programu.

6. Odpoveď na prvú a druhú prejudiciálnu otázku

72. S ohľadom na vyššie uvedené navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prvú a druhú prejudiciálnu otázku, ktoré mu položil Oberlandesgericht Düsseldorf, takto: nepriame financovanie subjektov prostredníctvom platenia koncesionárskych poplatkov, ktoré

74. Ako som už uviedol, odpoveď na túto otázku má význam, ak bude prevádzkovateľom vysielania priznané postavenie „verejného obstarávateľa“. Oberlandesgericht sa pri požiadavke výkladu tohto ustanovenia snaží zistiť rozsah jeho vecnej pôsobnosti, aby mohol odpovedať na otázku, či sú z neho vylúčené upratovacie služby budov týchto prevádzkovateľov.

34 — SEIDEL, I.: citované dielo, s. 27, č. 82.

75. Znenie ustanovenia je tak jasné, že postačí odkázať na úslovie „*in claris non fit interpretatio*“. Ustanovenie oslobodzuje od povinnosti dodržať postup verejného obstarávania pri zmluvách, ktoré sa úzko týkajú obsahu rozhlasových a televíznych programov (kúpa, vývoj, produkcia, koprodukcia a zmluvy na vysielací čas).

76. Keďže ide o výnimku zo všeobecného pravidla, musí byť vykladaná reštriktívne, a preto každá ďalšia činnosť, ktorá je vedľajšia vo vzťahu k činnostiam výslovne uvedeným, musí byť formalizovaná právnym úkonom po predchádzajúcom verejnom obstarávaní.

77. Zdá sa, že tento výklad je potvrdený vývojom právnej úpravy Spoločenstva, ako to vyplýva z porovnania príslušných odôvodnení smerníc 92/50 a 2004/18. Dvadsiate piate odôvodnenie smernice 2004/18 doplnilo stručné jedenáste odôvodnenie smernice 92/50 dodaním „ďalších prípravných služieb, napríklad služieb týkajúcich sa scenárov alebo umeleckých výkonov potrebných na výrobu programu“. Naopak, nevzťahuje sa na „dodávku technického vybavenia“ potrebného pre výrobu týchto programov.

78. Z toho vyplýva, že ak sa táto výnimka nevzťahuje na osobitné činnosti, o to viac sa nevzťahuje na upratovacie služby budov prevádzkovateľov vysielania.

79. Na záver, doslovný aj autentický výklad smerujú k použitiu argumentu *a contrario* pri definícii rozsahu vecnej pôsobnosti smernice 92/50 v súvislosti so zmluvami uzavretými s nemeckými prevádzkovateľmi vysielania.

80. Dovolím si ešte poslednú úvahu, keďže dodržiavanie ústavnej záruky nestrannosti nemeckých prevádzkovateľov televízneho vysielania vyplýva zo znenia tohto ustanovenia a nie zo spôsobu ich financovania [35]; zákonodarca Spoločenstva stanovil výnimku týkajúcu sa programov na účely zohľadnenia kultúrneho a spoločenského významu, ako možno vidieť vo vyššie uvedenom dvadsiatom piatom odôvodnení smernice 2004/18.

35 — Tiež BOESEN, A.: citované dielo, s. 152, č. 75.

VI — Návrh

81. Na základe vyššie uvedeného navrhujem, aby Súdny dvor odpovedal na prejudiciálne otázky položené zo strany Oberlandesgericht Düsseldorf takto:

1. Požiadavka „financovania štátom“ stanovená v článku 1 písm. b) druhom pododseku tretej zarážke prvom predpoklade smernice Rady 92/50/EHS z 18. júna 1992 o koordinácii postupov verejného obstarávania služieb sa má vykladať v tom zmysle, že do tohto pojmu patrí financovanie uskutočnené nepriamo v prospech týchto subjektov prostredníctvom koncesionárskych poplatkov, ktoré musia platiť majitelia rozhlasových a televíznych prijímačov bez toho, aby boli splnené ďalšie požiadavky, ako napríklad priamy vplyv štátu pri zadávaní verejných zákaziek organizáciou, ktorú štát financuje.

2. Článok 1 písm. a) bod iv) smernice 92/50 vylučuje z pôsobnosti tejto smernice len služby, ktoré sú v ňom uvedené, a ponecháva v nej všetky ostatné služby, ktoré majú podporný a pomocný charakter a nesúvisia s tvorbou programu.