ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ Г-Н DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

представено на 6 септември 2007 година [1]

I — Въведение

1. Да се разглежда радио- и телевизионното разпръскване като обикновено средство за информация би означавало то да бъде сведено до неговия най-характерен аспект, като се пренебрегне културното и социално значение, което е придобило, откакто съществува. В западните общества връзката между тези системи за комуникация и достигнатото материално благополучие изглежда съживява римската максима panem et circenses, с която латинският поет Ювенал [2] се подиграва на удобното бездействие на римския народ и на липсата му на интерес към политическите дела [3]. В наши дни този афоризъм би могъл да се преведе като думата „хляб“ се замени с „удобство“, а думата „зрелища“ — с „телевизия“.

2. Вече никой не оспорва огромната притегателна сила на образите, които са в състояние да проникнат в най-тайните ъгълчета на частния живот. Ето защо, за да се избегне сбъдването на предсказания, като това на George Orwell в романа му „1984“ [4], че аудиовизуалната техника ще се превърне в средство в служба на пропагандата, правителствата се стремят да изработят правила, които да гарантират известна степен на обективност и независимост, поне в областта на общественото радио- и телевизионно разпръскване.

3. Трите въпроса, които Oberlandesgericht Düsseldorf (Апелативен съд Дюселдорф) (Германия) поставя на Съда, се вписват в контекста на борбата за осигуряване на обществена услуга на подходящо и отговарящо на изискванията на правовата

1 — Език на оригиналния текст: испански.

2 — Децимус Юниус Ювенал (роден вероятно между 55 г. и 60 г. в Aquinum, Кампаня и със сигурност починал след 127 г.), автор на Satires. Единствените биографични данни за него са отделни изповеди, съдържащи се в творбите му. Поради критиките към властта в края на живота си е принуден да живее в изгнание, вероятно защото в една от поетическите си композиции намеква за Tito Elio Alcibiade, майордом на император Адриан (Juvénal. Sátiras. Consejo Superior de Investigaciones Científicas; превод, встъпително изследване и бележки от B. Segura Ramos, Мадрид, 1996. с. XIV).

3 — „[…] [с]ъщият този народ […] след както няма повече гласове за продаване, престава да се интересува от каквото и да било — тези, които някога разполагаха с командването, с фасциите, с легионите и в крайна сметка с всичко, вече нямат амбиции, нито изпитват нещо повече от страстно желание за две неща: хляб и зрелища […]“ [неофициален превод] (Satires X, стихове 74—81).

4 — Обикновено този роман, написан през 1948 г., след травмата от Втората световна война, се определя не като критика на тоталитаризма, а като предупреждение за хитростта, с която режим от този вид може да се установи, като използва средствата за комуникация като инструменти за манипулиране (G. Orwell, *1984*, Ed. Destino S.A., Madrid, 1997).

държава радио- и телевизионно разпръскване, и по-специално на изискванията за неутралитет и спазване на плурализма на политическите избори. Както е видно от акта за препращане, в Германия тази гаранция се изразява до голяма степен във възлагане на обществените радио- и телевизионни оператори на задължението да събират и да управляват собствените си средства, произхождащи от задължението за заплащане на определена такса, породено от самия факт, че дадено лице разполага с радио или с телевизор.

4. Този модел на финансиране, който следва от безспорната задача на обществената услуга, поставя въпроса дали тези радио- и телевизионни оператори трябва да се разглеждат като „възлагащи органи“ по смисъла на общностните директиви в областта на обществените поръчки или напротив, те не попадат в тази категория и са освободени от задължението да провеждат процедури за възлагане на обществени поръчки.

II — Правна уредба

A — *Общностна правна уредба*

5. В самото начало, що се отнася до действието спрямо лицата и обхвата, препращащата юрисдикция се позовава съответно на член 1, параграф 9 и на член 16, буква б) от Директива 2004/18/ЕО [5], която кодифицира режимите за възлагане на обществени поръчки за публичноправните договори на общностно равнище, с мотива че тъй като срокът за транспониране на тази директива във вътрешното право е изтекъл, без да бъде осъществено нейното подходящо привеждане в действие, съдебната практика на Bundesgerichtshof (германски върховен съд) го е накарала да тълкува националните норми в светлината на всеки неотдавна приет общностен законодателен акт, дори той да не се прилага по отношение на спорната процедура за възлагане на обществена поръчка.

6. Дори да се възприемат мотивите на Oberlandesgericht Düsseldorf, има две причини, поради които следва да се основем на текста на член 1, букви а) и б) от Директива 92/50/ЕИО [6]: първо, това е основната разпоредба, която е ръководила германския законодател при привеждането на вътрешноправния ред в съответствие с правния ред на Общността, поради което националната правна уредба препраща към този член, и второ съвпадането със съответните норми на преработения текст на Директива 2004/18 е абсолютно.

5 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, услуги и доставки (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, 10.7.2008 г., стр. 282—408).

6 — Директива на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги (ОВ L 209, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50).

7. За да отграничи приложното поле ratione personae на Директива 92/50, член 1, буква б), от дял I от нея, озаглавен „Общи разпоредби“, гласи:

„„Възлагащи органи“ са държавата, регионалните или местните органи, публичноправните организации или асоциации от един или няколко такива органи или от една или няколко публичноправни организации.

„Публичноправна организация“ е всяка организация:

— създадена със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес, без да има промишлен или търговски характер,

и

— има правосубектност

и е

— финансирана в по-голямата част от държавата, регионалните или местните органи или други публичноправни организации или е обект на управленски контрол от последните, или има административен, управителен или надзорен орган, повече от половината членове на който са назначени от държавата, регионалните или местните органи или от други публичноправни организации.

— […]“ [неофициален превод]

8. По нататък тази разпоредба уточнява, че „[с]писъците на публичноправните организации и категориите публичноправни организации, които удовлетворяват [тези] критерии […] са включени в приложение I към Директива 71/305/ЕИО [7]. Тези списъци са възможно най-изчерпателни и могат да бъдат коригирани по реда предвиден в член 30б от тази директива […]“. [неофициален превод]

9. Самият член 1, буква а) от Директива 92/50 изброява правните действия ratione materiae, които са подчинени на тази директива с изричното изключение:

„[…]

7 — Директива на Съвета от 26 юли 1971 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги (ОВ L 185, стр. 5).

iv) обществените поръчки, имащи за цел придобиване, създаване, продуциране или копродуциране на програмен материал от радио- и телевизионни оператори и предоставянето на програмно време;

[…]“. [неофициален превод]

Б — *Националното право*

1. Правната уредба относно обществените поръчки

10. Процедурите за възлагане на обществени поръчки от германската публична администрация се съдържат в Закон срещу ограничаването на конкуренцията (**Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen**[8], наричан по-нататък „GWB“), а националната версия на член 1, буква б) от Директива 92/50 относно възлагащите органи са намира в § 98, алинея 2 от GWB:

„§ 98 — Възлагащи органи

Възлагащи органи по смисъла на настоящия дял са:

1. регионалните или местните органи и тяхното имущество;

2. други юридически лица, регулирани от публичното или частното право, създадени със специфичната цел да задоволяват нужди от обществен интерес, без да имат промишлен или търговски характер, при положение че посочените в точка 1 или 3 структури или ги финансират в по-голямата част самостоятелно или съвместно чрез участие или по друг начин, или контролират управлението им, или назначават повече от половината от членовете на един от техните управителни или надзорни органи. Това важи и в случаите, когато структурата, която самостоятелно или съвместно ги финансира в по-голямата част или назначава повече от половината от членовете на един от техните управителни или надзорни органи, спада към първото изречение;

3. асоциациите, чиито членове са посочени в точка1 или 2;

[…]“.

8 — От 1 януари 1999 г. е в сила редакцията след шестото изменение със закон № 703-4/1 от 26 август 1998 г. (BGBl. I, стр. 358).

2. Правната уредба относно таксата за обществено радио- и телевизионно разпръскване

11. Съгласно акта за препращане в Германия финансирането на обществените радио- и телевизионниператори е уредено в двата държавни договора (Staatsverträge), сключени между федералните власти (Bund) и провинциите (Länder). Характерните особености на таксата за радио- и телевизионно разпръскване са описани основно в Държавния договор за регламентиране на таксата за радио- и телевизионното разпръскване (Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens от 31 август 1991 г., изменен през 1996 г. (GVBl. NRW 1996, стр. 431, наричан по-нататък „Държавен договор за таксата“).

12. § 2 от Държавния договор за таксата гласи:

„(1) Таксата за радио- и телевизионното разпръскване се формира от основната такса и от таксата за телевизия. Размерът ѝ се определя с Държавния договор за финансиране на радио- и телевизионното разпръскване (Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag) от 26 ноември 1996 г. (GVBl. NRW 1996, стр. 484, наричан по-нататък „Държавен договор за финансирането“).

[…]“.

13. § 4 от Държавния договор за таксата гласи:

„(1) Задължението за плащане на таксата за радио- и телевизионно разпръскване възниква от първия ден на месеца, в който лицето има на разположение приемник.

[…]“.

14. От своя страна, § 7 от този договор урежда разпределянето на приходите, получени от таксата:

„(1) Приходите, получени от основната такса, се предоставят на радио- и телевизионния оператор на провинцията, а част, определена в [Държавния договор за финансирането] — на Deutschlandradio, както и на медийния регулатор на провинцията, на чиято територия приемникът е на разположение да бъде използван.

(2) Приходите, получени от таксата за телевизия, се предоставят на радио- и телевизионния оператор на провинцията, а част, определена от [Държавния договор за финансирането] — на медийния регулатор на провинцията, на чиято територия телевизионният приемник е на разположение да бъде използван, както

и на Zweites Deutsches Fernsehen (втори германски обществен канал, наричан по-нататък „ZDF“). […]

[…]“.

15. Препращащата юрисдикция обяснява, че втори държавен договор — Държавният договор за финансирането, урежда конкретния размер на таксите, определян със съгласието на парламентите на провинциите.

16. Прегледът и изчисляването на бюджета на радио- и телевизионните оператори са поверени съгласно § 2—6 от Държавния договор за финансирането на Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (комисия, натоварена с определянето на финансовите нужди на радио- и телевизионните оператори, наричана по-нататък „KEF“), която е независима и най-малко на всеки две години изготвя доклад, въз основа на който парламентите и правителствата на провинциите приемат решения относно таксата (разпоредби на § 3, алинея 5 във връзка с § 7, алинея 2 от Държавния договор за финансирането).

17. Съгласно правилник от 18 ноември 1993 г. относно процедурата за плащане на таксата на Westdeutscher Rundfunk Köln, приет на основание § 4, алинея 7 от Държавния договор за таксата, със съгласието на правителството на съответната провинция радио- и телевизионните оператори от различните провинции поверяват на Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der Bundesrepublik Deutschland (агенция за събирането на таксата за германските обществени радио- и телевизионни оператори, наричана по-нататък „GEZ“) задължението за събиране на таксата от гражданите чрез акт на публичната власт.

III — Фактите в спора по главното производство и преюдициалните въпроси

18. Жалбоподатели пред Oberlandesgericht Düsseldorf са родиооператорите на провинциите, които са членове на Arbeitsgemeinschaft der Rundfunkanstalten Deutschlands (сдружение на Германските регионални обществени радио- и телевизионни оператори, наричано по-нататък „ARD“), общественият телевизионен оператор ZDF, създаден с Държавния договор от 6 юни 1961 г., както и Deutschlandradio (наричани по-нататък „радио- и телевизионни оператори“).

19. През 2002 г. тези оператори създават GEZ, публичноправна административна структура, натоварена със събирането и фактурирането на таксата, дължима на различните радио- и телевизионни оператори на провинциите. Тъй като няма

правосубектност, GEZ действа от името и за сметка на различните радио- и телевизионни оператори.

20. През август 2005 г., след проучване на пазара GEZ кани писмено единадесет предприятия да представят задължителни оферти за предоставяне на услуги за почистване на помещенията ѝ и на стола на Westdeutscher Rundfunk (един от радио- и телевизионните оператори, членуващ в ARD) в Кьолн, за времето от 1 март 2006 г. до 31 декември 2008 г., като договорът може да бъде мълчаливо продължаван за периоди от една година. Стойността на договора се оценява на повече от 400 000 eur . Не е проведена никаква общностна процедура за възлагане на обществена поръчка в съответствие с националната правна уредба и с Директива 92/50.

21. Дружеството GEWA — Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH (наричано по-нататък „GEWA“), ответник пред Oberlandesgericht Düsseldorf, и г-н Warnecke, встъпила страна, отговарят на поканата за представяне на оферти на GEZ. GEWA предлага най-ниската цена. С решение от 9 ноември 2005 г. управителният съвет на GEZ решава да започне преговори с четирима оференти, между които са ответникът и встъпилата страна в главното производство. Той решава също да изследва в подробности икономическата жизнеспособност на предложенията въз основа на метода на Kepner—Tregoe, който определя някои стойности за критериите за специфичен технически анализ, за търговски анализ и за оценка на риска. Според този анализ офертата на ответника е на трето място, а тази на встъпилата страна — на първо място.

22. GEZ уведомява GEWA по телефона, че поръчката не му е възложена. С писмо от 14 ноември 2001 г. последното възразява на GEZ, че в качеството си на възлагащ орган е нарушила правилата за обществените поръчки, като не е организирала процедура на общностно равнище за възлагане на договора за почистване. GEZ отхвърля възражението.

23. Тогава GEWA подава жалба срещу GEZ до Vergabekammer (отделението за обществени поръчки) на Bezirksregierung Köln (местен административен орган в Кьолн). С жалбата се иска GEZ да бъде задължена да проведе за услугите за почистване официалната процедура за възлагане на обществена поръчка, предвидена в четвъртата част от GWB, и при условията на евентуалност да бъде направена нова оценка на предложенията в съответствие с правната преценка на Vergabekammer.

24. То се позовава на факта, че в качеството си на радио- и телевизионен оператор GEZ е възлагащ орган по смисъла на § 98, алинея 2 от GWB, тъй

като радио- и телевизионните оператори са финансирани в по-голямата част от таксите, плащани от гражданите, и базовата доставка на радио и телевизионни услуги, която има очевиден характер на обществена услуга, представлява нужда от обществен интерес, без да има промишлен или търговски характер.

25. То поддържа също, че член 1, буква а), подточка iv) от Директива 92/50 изключва само обществените поръчки, имащи за цел придобиване, създаване, продуциране или копродуциране на програмен материал от радио- и телевизионни оператори и предоставянето на програмно време, които очевидно се различават от предмета на престацията, предмет на спора в главното производство.

26. С решение от 13 февруари 2006 г. Vergabekammer уважава жалбата на GEWA и задължава GEZ и радио- и телевизионните оператори, в случай че продължават да искат да възложат поръчка за услуги за почистване, да се съобразят с правилата за обществените поръчки, с принципите на равно третиране и на прозрачност и да проведат европейска процедура за възлагане на обществена поръчка.

27. Радио- и телевизионните оператори на провинциите оспорват това решение пред административните юрисдикции, като искат неговата отмяна, с мотива че подадената от GEWA жалба срещу GEZ е недопустима и във всички случаи е неоснователна. Те считат, че като обществени радио- и телевизионни оператори не са възлагащи органи по смисъла на § 98, алинея 2 от GWB, тъй като общественото радио- и телевизионно разпръскване се финансира в голямата си част от таксата, плащана от потребителите.

28. Те добавят, че няма контрол от страна на държавата по смисъла на § 98, алинея 2 от GWB, тъй като се осъществява само субсидиарен и ограничен правен контрол. Освен това членовете на управителните съвети на радио- и телевизионните оператори представляват различни социални групи. Липсата на мнозинство в управителните органи изключва всякакво влияние от страна на държавата по отношение на възлагането на обществени поръчки.

29. От своя страна GEWA иска решението на Vergabekammer да бъде оставено в сила.

30. Тъй като решаването на спора по главното производство зависи от тълкуването на член 1 от Директива 92/50, Vergabesenat del Oberlandesgericht (отделение на апелативния съд в Düsseldorf за възлагането на обществени поръчки) решава да спре производството по делото и съгласно член 234, параграф 1 ЕО да постави на

Съда на Европейските общности следните преюдициални въпроси:

„1) Условието относно „финансиране от държавата“, поставено в член 1 [буква б), втора алинея, трето тире, първа хипотеза от Директива 92/50] трябва ли да се тълкува в смисъл, че непрякото финансиране на оператори чрез задължителни такси, дължими от лицата, които разполагат с радиоприемници, представлява финансиране по смисъла на това условие, като се има предвид конституционното задължение на държавата да гарантира независимостта на финансирането и съществуването на тези оператори?

2) В случай на утвърдителен отговор на първия въпрос член 1 [буква б), втора алинея, трето тире, първа хипотеза от Директива 92/50] трябва ли да се тълкува в смисъл, че условието относно „финансиране от държавата“ предполага пряка намеса на държавата при възлагането на поръчки от оператора, който тя финансира?

3) В случай на отрицателен отговор на втория въпрос член 1 [буква б), втора алинея, трето тире, първа хипотеза от Директива 92/50] трябва ли да се тълкува в светлината на член [1, буква а), подточка iv) от тази директива] в смисъл, че само услугите, посочени в споменатия член [1, буква а), подточка iv)], са изключени от приложното поле на тази директива и другите услуги, които не са специално подчинени на този режим, а имат субсидиарно значение и са свързани с тях, попадат в приложното поле на [същата] директива (тълкуване a contrario)?“

IV — Производството пред Съда

31. Преюдициалното запитване е депозирано в секретариата на Съда на 7 август 2006 г.

32. Радио- и телевизионните оператори, GEWA, германското, полското и австрийското правителство, както и Надзорният орган на Европейската асоциация за свободна търговия (наричана по-нататък „EACT“) и Комисията на Европейските общности представят писмени становища.

33. Адвокатите на радио- и телевизионните оператори и на GEWA, както и представителите на германското правителство,

на Надзорния орган на ЕАСТ и на Комисията, се явяват в съдебното заседание, проведено на 14 юни 2007 г., за да бъдат изслушани техните устни становища.

V — Анализ на преюдициалните въпроси

A — *Предварителни бележки*

34. Независимо че препращащата юрисдикция поставя три въпроса, изглежда уместно първите два от тях да бъдат разгледани едновременно [9], тъй като и двата се отнасят до действието на член 1, буква б), втора алинея, трето тире, първа хипотеза от Директива 92/50 [10] по отношение на лицата.

35. Германските обществени радио- и телевизионни оператори смятат, че те не са финансирани с публични средства и се позовават на твърдяна аналогия между правната уредба относно обществените поръчки, предмет на спора по главното производство, и членове 87 ЕО и 88 ЕО относно държавните помощи, които изискват те да бъдат предоставяни „чрез държавни ресурси“.

36. Все пак, както с основание отбелязва Комисията, не смятам, че различното естество на двете правни уредби и на целта, която преследват, позволяват толкова смело сравнение, тъй като ако по отношение на държавните помощи Договорът за ЕО цели да избегне всякакво неоправдано нарушаване на конкуренцията на пазара, което би било предизвикано от използването на публични средства, то в областта на възлагането на обществени поръчки въпросът за определянето на една структура като възлагащ орган се разглежда именно за да се определи дали тя е подчинена на процедурите за възлагане на обществени поръчки.

37. Ето защо може да се отбележи липсата на „конекситет“ между тези две области на правото и следователно тяхното аналогично сравняване не е уместно.

38. Накрая, независимо че третият въпрос е без значение за квалифицирането на радио- и телевизионните оператори като възлагащи органи, както самите те сочат в писмените си становища, от неговия анализ има известна полза, ако на първия въпрос бъде даден положителен, а на втория отрицателен отговор, тъй като като иска тълкуване на член 1, буква а), подточка iv) от Директива 92/50, Oberlandesgericht Düsseldorf цели да определи материалното приложно поле на тази директива — нещо, което е логично, дори последното да изглежда очевидно.

9 — Австрийското правителство споделя това становище, както и полското правителство, което все пак ги разглежда поотделно.

10 — Този избор е обяснен в точки 5 и 6 от настоящото заключение.

Б — *По първия и втория въпрос*

39. Спорът в главното производство се отнася до германския модел на финансиране на обществените радио- и телевизионни оператори. Следователно става въпрос за това да се изследват основните характеристики на системата, за да се определи дали средствата на тези оператори са „държавни“ по смисъла на Директива 92/50 и на практиката на Съда.

1. Задължение за плащане, регламентирано от публичноправните норми

40. Радио- и телевизионните оператори поддържат, че плащането на таксата зависи от свободния избор на потребителя, който може да го избегне, като се откаже да разполага с какъвто и да е приемник. Германското правителство е на същото мнение и смята, че съществува пряко задължение между тези организации и потребителя, което не е свързано с бюджета на държавата, тъй като GEZ събира въпросната такса, но не внася събраните средства в държавната хазна. Ето защо радио- и телевизионните оператори, както и германското правителство отхвърлят каквото и да е финансиране „от държавата“ в конкретния случай.

41. Описаните в член 1, буква б), втора алинея, трето тире от Директива 92/50 хипотези обаче са създадени като презумпция, поставена в зависимост от финансиране, което в по-голямата си част е публично. След като тази предпоставка е налице, зависимостта се предполага и следователно не е необходимо да се изискват други условия за прилагане, като например обстоятелството, че финансирането поражда пряко влияние на държавата върху възлагането на обществените поръчки. Прегледът на това условие спада към втората хипотеза, свързана с контрола, тъй като позволява да се оцени неговият интензитет [11].

42. Това разсъждение се подкрепя и от направеното в Решение по дело University of Cambridge [12] разграничение между сумите, внесени със или без насрещна престация, тъй като то има за единствена цел да служи за критерий на препращащата юрисдикция, за да се прецени дали условието на презумпцията, т.е. финансиране, което в по-голямата си част е публично, е изпълнено.

43. Липсата на относимост на втория въпрос, така както е формулиран от Oberlandesgericht Düsseldorf, и възможността той да бъде разглеждан едновременно с първия въпрос произтичат от двете предходни точки.

11 — Решение от 1 февруари 2001 г. по дело Комисия/Франция (C-237/99, Recueil, стр. I-939, точка 48 и сл.).

12 — Решение от 3 октомври 2000 г. (C-380/98, Recueil, стр. I-8035, точки 22—25).

44. Ако се върнем към същността на спора по главното производство, в рамките на настоящия спор не се оспорва, че таксата е била въведена посредством публичноправни споразумения — Държавния договор за таксата и Държавния договор за финансирането [13].

45. Не се спори също, че в германския правен ред държавният договор е публичноправен акт [14].

46. Поради това правоотношението между радио- и телевизионните оператори и лицето, което разполага с телевизор или с радиоапарат, спада към публичното право и почти има формата на данък, тъй като задължението за плащане е резултат от самия факт, че лицето притежава приемник на радио- или телевизионни вълни, който представлява истински „правопораждащ факт за таксата“, характерен за всяко облагане с такса, в рамките на което телевизионният зрител се превръща в пасивен обект. Впрочем името, дадено на тази такса в националното право, е без значение [15].

47. По този начин както функционирането, така и съществуването на радио- и телевизионните оператори е обвързано с действията на законодателя, което е показателно за подчиняването им на държавата и поради това споменаването на финансиране, което в по-голямата си част е от държавата, като първа хипотеза в анализираните разпоредби от Директива 92/50 не е случайно, а отговаря на логика, според която икономическото подчиняване отразява чрез антономазия посочената от Съда „тясна зависимост на дадена структура от държавата“ [16]. Известната мисъл на германския юрист von Kirchmann, който твърди, че правото не принадлежи на областта на науката, тъй като са достатъчни „три коригиращи думи на законодателя“, за да „бъдат изхвърлени на боклука цели библиотеки“ [17], подхожда особено за настоящия случай и подчертава силата на законодателната власт.

48. С оглед на изложеното по-горе се очертава общественият характер на събираните от GEZ средства на радио- и телевизионните оператори. Освен това някои признават на тази агенция за събиране на вземания качеството на държавна структура, независимо от липсата на правосубектност, както сочат нейните правомощия за определянето и за задължителното събиране [18] на таксата, които са прерогативи, присъщи на упражняването

13 — Точка 11 и сл. от настоящото заключение.

14 — Вж. в доктрината на тази страна Maurer, H., *Allgemeines Verwaltungsrecht,* 12-то преработено и допълнено издание, C.H. Beck, Munich, 1999, с. 352 и сл.

15 — Докато германското правителство отбелязва, че думата „Gebühr“ (данък или такса) не е подходящ, за да обозначи задължение за плащане, част от доктрината го свързва с данъчното право като „Abgabe“ (задължение или тежест) (Boesen, A., *Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB*, Издателство Bundesanzeiger, 1-во издание, Кьолн, 2000, № 73, с. 151).

16 — Решение по дело University of Cambridge (точка 20) и Решение по дело Комисия/Франция (точка 44), посочени по-горе.

17 — Von Kirchmann, J.-H., La jurisprudencia no es ciencia, превод на кастилски и предговор от Antonio Truyol y Sierra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, с. 54.

18 — Frenz, W., „Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten als Beihilfeempfänger und öffentlich Auftraggeber“, WRP — *Wettbewerb in Recht und Praxis*, 3/2007, с. 269.

на функции, свързани с националния суверенитет, и засилват нейния публичен характер.

49. Това естество обаче, независимо че представлява важна улика за икономическа подкрепа от държавата, не я доказва по убедителен начин, както твърдят радио- и телевизионните оператори, и следователно е уместно да се изследват други особености на германската система за подпомагане на държавното радио- и телевизионно разпръскване.

2. Непряко финансиране

50. Радио- и телевизионните оператори и германското правителство са на едно становище относно факта, че Директива 92/50 се отнася само за плащанията, осъществени *пряко* от държавния бюджет [19], а не за непреките прехвърляния на финансови средства, осъществени от някаква публичноправна организация или друг възлагащ орган. Те споменават също факта, че в случая плащането на таксата се осъществява само между потребителя и радио- и телевизионните оператори, без никаква намеса на държавата, която не участва в тази размяна на средства.

51. Имам сериозни основания да не се съглася с това тълкуване.

52. На първо място, германското правителство поставя ударението на „прехвърлително“ и опростенческо схващане за финансирането, което включвало само прехвърлянето, чека, банковия превод или материалния пренос на чували с пари в блиндиран автомобил между държавната хазна и седалището на подпомагания оператор.

53. Независимо от факта, че няма съществена разлика между положение, при което държавата получава таксата, за да я внесе на финансираните оператори, и положение, при което тя им предоставя правото да я събират [20], не трябва да се забравя, че самата държава създава инфраструктурата, за да наложи тази такса, тъй като тя определя задължението за плащането ѝ и посредством независима комисия KEF определя размера ѝ, който

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

20 — Opitz, M., „**Vergaberechtliche Staatsgebundenheit des** öffentlichen Rundfunks?“, *NVwZ — Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 9/2003, с. 1090.

зависи от ратифицирането и евентуално може да бъде изменен от провинциите, които имат последната дума по въпроса [21].

54. На второ място, член 1, буква б), втора алинея, трето тире, първа хипотеза от Директива 92/50 не се ограничава до способите на пряко финансиране, тъй като единственият нюанс на глагола „финансирам“ е резултат от използването на израза „в по-голямата част“ („überwiegend“ на немски, „mayoritariamente“ на кастилски, „majoritairement“ на френски и „for the most part“ на английски), без каквото и да е споменаване на формата, пряка или косвена, на осъществяването на финансовия принос за подпомаганите оператори.

55. Накрая, съществува известна мълчалива подкрепа от съдебната практика на възможността за съществуване на непряко икономическото подпомагане от държавата, тъй като Съдът е признал, що се отнася до втората хипотеза, изложена в третото тире от разглежданата разпоредба, възможността за непряк контрол от страна на държавата [22], който би могъл да се разпростре и върху първата хипотеза именно ако се държи сметка за равностойността на трите хипотези [23], както с основание напомня германското правителство.

21 — Frenz, W., цит. съч., стр. 272. В становищата си радио- и телевизионните оператори съобщават за наличието на висяща пред Bundesverfassungsgericht (Конституционен съд) жалба за противоконституционност с искане да не се допуска поисканото от провинциите намаляване на таксата по предложението за увеличаване на нейния размер.

22 — Решение от 17 декември 1998 г. по дело Connemara Machine Turf (C-306/97, Recueil, стр. I-8761, точка 34).

23 — Решение по дело Комисия/Франция, посочено по-горе (точка 49).

3. Финансиране без насрещна престация

56. В Решение по дело University of Cambridge, посочено по-горе, Съдът дава определение на финансирането с публични средства, като добавя едно основно разграничение според това дали получаващата помощта структура има задължение за специфична насрещна престация, тъй като само при липсата на такава компенсация условието за публично финансиране е изпълнено [24].

57. В контекста на това решение и въз основа на становището им, според което потребителят плаща направо на радиооператорите, тези оператори и германското правителство поддържат, че ползвателят получава „специфична насрещна престация“ срещу направеното плащане, а именно правото да приема образите и вълните на германските обществени телевизии и радиа. Радио- и телевизионните оператори и германското правителство се основават на този факт, за да отхвърлят публичния характер на спорното финансиране [25].

24 — Точка 21.

25 — Hailbronner, K., „Öffentliches Auftragswesen“,Grabitz, E./ Hilf, M., *Das Recht der Europäischen Union*, C.H. Beck, Мюнхен, 2006, B 4, № 121, с. 22.

58. За да бъде оборена тази аргументация, е достатъчно да се посочи, че с оглед на правния си произход получените от таксата за радио- и телевизионно разпръскване средства нямат частноправен характер. Радио- и телевизионните оператори обаче биха могли да възразят, че ако установяването със закон на плащаните от потребителите суми определя събраните средства като публични, тогава хонорарите на архитектите, на адвокатите и на лекарите също щяха да бъдат публични и непреки плащания по смисъла на общностните директиви относно обществените поръчки. Ако обаче се приложи силогизмът на радио- и телевизионните оператори и на германското правителство и ако въпросът за публичното финансиране се свързва само с частния произход на средствата, нито средствата на патентните ведомства, нито тези на кадастрите или на имотните регистри, като това са само някои от структурите, на които заинтересованите лица плащат директно услугата, която им предоставя публичната власт и следователно това плащане не е данък, биха могли да се смятат за публични средства по смисъла на Директива 92/50.

59. Дори ако се поддържа, че публичните средства се плащат в замяна на програмите, излъчвани по държавните радио- и телевизионни канали, посочената аргументация остава също толкова неотносима. Плащаните на радио- и телевизионните оператори (публични) средства не създават и не засилват зависимост, подобна на тази в нормалните търговски отношения, тъй като те представляват средство за подпомагане [26], на което се основава функционирането на тези структури, без държавата да очаква, нито да получава нещо в замяна под формата на конкретна престация.

60. Накратко, отхвърлям не само теорията, според която плащането на таксата се дължи от потребителя като насрещна престация за достъпа до обществените програми, но също и идеята, според която обществената услуга за радио- и телевизионно разпръскване представлява насрещната престация, чрез която се заплаща икономическата подкрепа на държавата.

4. Дейност без конкуренция

61. Независимо че не е уместно да се уточнява какво значение се придава на понятието публичноправна организация, създадена със специфична цел за задоволяване на нужди от обществен интерес, без да има промишлен или търговски характер [27], австрийското правителство и Надзорния орган на ЕАСТ с основание включват изследването на конкурентното

26 — Решение по дело University of Cambridge, посочено по-горе (точка 25).

27 — Решение от 10 ноември 1998 г. по дело BFI Holding (C-360/96, Recueil, стр. I-6821, точки 48—50).

положение на радио- и телевизионните оператори в контекста на това преюдициално запитване.

62. С оглед на конфигурацията на събирането на таксата за радио- и телевизионно разпръскване, която е предвидена в специален закон с посочените по-горе прерогативи на публична власт (събиране и евентуално принудително изпълнение), не може с основание да се поддържа, че финансовите средства, предназначени за задоволяване на нуждата от обществен интерес от публично създаване на програми, която радио- и телевизионните оператори безспорно задоволяват, не се формират независимо от пазарните условия. Финансовите средства, с които тези оператори са снабдени благодарение на посочената такса, следователно не произхождат от упражняването на конкурентна дейност, а се поемат от общността [28], без връзка с ефективното използване от страна на потребителя на предлаганите от тях аудиовизуални програми.

63. Този начин на подпомагано участие на пазара освобождава радио- и телевизионните оператори от несигурността, свързана с техните приходи, тъй като те се ползват от гаранцията на държавата под формата на бюджети, съставени от KEF. Поради това, дори да се възприеме становището, което защитава частния произход на средствата, начинът по който тези структури осигуряват наличието на приток на парични средства, не се различава от начина на финансиране, при който капиталът се поставя пряко на тяхно разположение от страна на държавата.

64. На въпроса, който поставих в хода на съдебното заседание, за да се установи дали тази гаранция за финансирането на радио- и телевизионните оператори, която германската държава по конституция е длъжна да осигурява, се разпростира по отношение на поетите задължения [29], германското правителство даде категоричен отрицателен отговор. Както отбелязва Комисията обаче, този въпрос дори не се поставя, тъй като KEF изследва редовно финансовите нужди на радио- и телевизионните оператори и ги задоволява щедро. По този начин не им се налага и да прибягват до частно кредитиране в критичното положение на неплатежоспособността, което всъщност засилва публичния характер на подпомагането.

5. Други обстоятелства за преценката

65. Публичният характер на икономическите средства, които гарантират

28 — Seidel, I., „Öffentliches Auftragswesen“, Dauses, M., *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, C.H. Beck, Мюнхен, 2006, № 82, с. 27; Boesen, A, цит. съч., с. 152.

29 — Досега изискването за публичен механизъм за компенсация на дълговете е споменато само при разглеждане на член 1, буква б), втора алинея, първо тире от директивите на Общността относно обществените поръчки, който се отнася до защитата на обществения интерес (Решение от 10 май 2001 г. по дело Agorà и Excelsior C-223/99 и C-260/99, Recueil, стр. I-3605, точка 40).

дейността на радио- и телевизионните оператори, произтича от изложените по-горе обстоятелства. Следва все пак да се добавят още няколко забележки.

66. Така, на първо място, постоянната съдебна практика на Съда изисква самостоятелното общностно понятие за възлагащ орган да бъде тълкувано функционално [30] и разширително [31], като се държи сметка за целта да се избегне опасността от даване на предпочитание на националните оференти или кандидати при всяко възлагане на обществена поръчка, осъществено от възлагащите органи, и възможността финансирана или контролирана от държавата структура да се остави да бъде ръководена от съображения, които не са икономически [32].

67. В този контекст, в отговор на въпроса, който им поставих в хода на съдебното заседание, радио- и телевизионните оператори посочиха, че нито едно от единадесетте предприятия, към които GEZ се е обърнала, за да представят задължителни оферти, не се е намирало в друга държава-членка. Сама по себе си тази информация е показателна за факта, че опасенията на общностния законодател не са били лишени от основание.

68. На второ място, радио- и телевизионните оператори, които по този въпрос са подкрепени от част от германската доктрина [33], подчертават конституционното задължение за безпристрастност, което ги предпазва от всякаква намеса на публичните власти в тяхното управление.

69. Без да е необходимо да се изследват добродетелите на § 5, алинея 1 от основния германски закон, който е позволил създаването на качествена обществена услуга за радио- и телевизионно разпръскване, не съществува несъвместимост между това конституционно задължение и спорното задължение на тези структури да спазват и да следват процедурите за възлагане на обществени поръчки, въведени с общностните директиви.

70. В депозираните в рамките на настоящото преюдициално производство становища не се посочва какъвто и да е довод, доказващ, че подчиняването на радио- и телевизионните оператори на правилата на споменатите директиви би могло да

30 — Решение от по дело BFI Holding, посочено по-горе (точка 62), Решение от 17 декември 1998 г. по дело Комисия/Ирландия (C-353/96, Recueil, стр. I-8565, точка 36), Решение от 12 декември 2002 г. по дело Universale-Bau и др. (C-470/99, Recueil, стр. I-11617, точка 53), Решение от 27 февруари 2003 г. по дело Adolf Truley (C-373/00, Recueil, стр. I-1931, точка 41) и Решение от 16 октомври 2003 г. по дело Комисия/Испания (C-283/00, стр I-11697, точка 73).

31 — Wollenschläger, F, „Der Begriff des 'öffentlichen Auftraggebers' im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes", *EWS (Europäisches Wirtschafts- und Steuerecht)*, № 8/2005, с. 345.

32 — Решение по дело University of Cambridge (точка 17), Решение по дело Universale-Bau и др. (точка 52) и Решение по дело Adolf Truley (точка 42), посочени по-горе.

33 — Dreher, M., цит. съч., с. 303, както и Hailbronner, K., цит. съч., № 123, с. 22.

застраши техния неутралитет. Освен това свободата на печата, от която се ползва радио- и телевизионно разпръскване, и неговата безпристрастност никога не са били критерии за преценяване на качеството на възлагащ орган на публичноправните организации [34].

71. На трето място, абсолютното преобладаване във финансирането на обществените радио- и телевизионни оператори на таксата над другите източници на доходи, по-специално рекламата, е безспорно. Ето защо с оглед на изложените по-горе съображения стигам до извода, че начинът, по който радио- и телевизионните оператори финансират разходите си, отговаря на изискването за финансиране в по-голямата част от държавата по смисъла на член 1, буква б), втора алинея, трето тире, първа хитопеза от Директива 92/50.

6. Отговор на първия и на втория въпрос

72. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на първия и на втория въпрос, поставени от Oberlandesgericht Düsseldorf, по следния начин: „непрякото финансиране на оператори чрез плащането на такси от лицата, които разполагат с радиоприемници, представлява финансиране по смисъла на спорната разпоредба, чийто анализ не позволява да се изискват други допълнителни критерии като прякото влияние на държавата върху възлагането на обществени поръчки от оператора, който тя финансира."

B — *По третия въпрос*

73. С този въпрос препращащата юрисдикция иска да установи дали член 1, буква а), подточка iv) от Директива 92/50 включва в приложното си поле услуги, които имат субсидиарен и помощен характер и които не са специфични за програмите за радио- и телевизионно разпръскване.

74. Вече обърнах внимание на ползата от отговора на този въпрос, ако качеството на „възлагащ орган" бъде признато на радио- и телевизионните оператори. Като иска тълкуването на тази разпоредба, Oberlandesgericht Düsseldorf се опитва да уточни нейното материално приложно поле, за да реши дали от него са изключени услугите по почистване на помещенията на тези оператори.

34 — Seidel, I., цит. съч., № 82, с. 27.

75. Текстът на тази разпоредба е толкова ясен, че би било достатъчно да се използва поговорката „in claris non fit interpretatio“. Той освобождава от задължението за подчиняване на процедурите за възлагане на обществени поръчки договорите, тясно свързани със съдържанието на радио- и телевизионните програми (придобиването, създаването, продуцирането и копродуцирането на програмен материал и договорите, които се отнасят до предоставянето на програмно време).

Обратно, то не изключва „доставката на необходимото техническо оборудване“ за изготвянето на тези програми.

78. Поради това, ако специализираното оборудване не е обхванато от изключението, услугите за почистване на сградите на радио- и телевизионните оператори също не могат да бъдат обхванати от изключението.

76. Тъй като става въпрос за изключение от общото правило, посочената разпоредба трябва да се тълкува стеснително и следователно всяка дейност, различна от тези, които са изрично посочени в нея, трябва да получи формален израз в рамките на правна процедура, след проведена процедура за възлагане на обществена поръчка.

79. И така както граматическото, така и автентичното тълкуване са в подкрепа на използването на аргумента a contrario при определянето на материалното приложно поле на Директива 92/50 по отношение на договорите, сключени с германските радио- и телевизионни оператори.

77. Общностното законодателно развитие изглежда потвърждава това заключение, както се установява от сравнението на съображенията от Директива 92/50 и от Директива 2004/18. Така съображение 25 от Директива 2004/18 нюансира краткото единадесето съображение от Директива 92/50, като изключва „други подготвителни услуги, като свързаните със сценарии или художествени изпълнения, необходими за създаването на програмата“.

80. Ще си позволя да направя една последна бележка, тъй като спазването на конституционната гаранция за безпристрастност на германските радио- и телевизионни оператори[35] се съдържа по-скоро в контекста на посочената разпоредба, отколкото в рамките на техния начин на финансиране; ето защо общностният законодател е предвидил изключението относно програмите, за да бъдат взети предвид аспектите с културно-социална значимост, както посочва съображение 25 от Директива 2004/18.

35 — Вж. в този смисъл Boesen, A., цит. съч., № 75, стр. 152.

VI — Заключение

81. С оглед на изложените съображения предлагам на Съда да отговори на поставените от Oberlandesgericht Düsseldorf приюдициални въпроси, както следва:

„1) Условието за „финансиране от държавата“, поставено в член 1, буква б), втора алинея, трото тире, първа хипотеза от Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги трябва да се тълкува в смисъл, че се отнася до непрякото финансиране на някои оператори чрез плащане на такси от лицата, които разполагат с радиоприемници, без да е необходимо спазването на други критерии като прякото влияние на държавата върху възлагането на обществените поръчки от оператора, който тя финансира.

2) Член 1, буква а), подточка iv) от Директива 92/50 изключва от приложното поле на тази директива само посочените в него услуги, а не другите услуги, които имат субсидиарен и помощен характер и които не са специфични за програмите за радио- и телевизионно разпръскване.“