

СЪДНА ЕВРОПЕЙСКИТЕ ОБЩИНОСТИ
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS
SODNÝ DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTVÍ
DE EUROPEISKE FELLESKABERS DOMSTOL
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN
EUROOPA ÜHENDUSTE KOHUS
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΩΝ ΕΥΡΩΠΑΪΚΩΝ ΚΟΙΝΟΤΗΤΩΝ
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES
COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES
CUIRT BHEITHIUNAIS NA gCÓMHPHOBAL EORPACH
CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE
EIROPAS KOPIENU TIESA



LUXEMBOURG

EUROPOS BENDRIJŲ TEISINGUMO TEISMAS
AZ EURÓPAI KÖZSÉGELÉK BÍRÓSÁGA
IL-QORTI TAL-GUSTIZZJA TAL-KOMUNITAJIET EWROPEJ
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI WSPÓLNOTY EUROPEJSKICH
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS
CURTEA DE JUSTIȚIE A COMUNITĂȚILOR EUROPENE
SŮDNY DVŮR EVROPSKÝCH SPOLEČENSTEV
SODIŠČE EVROPSKIH SKUPNOSTI
EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN
EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS DOMSTOL

DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 13 december 2007 *

”Direktiv 92/50/EEG och 2004/18 EG – Offentlig upphandling av tjänster – Offentliga radio- och televisionsorgan – Upphandlande myndigheter – Organ som lyder under offentlig rätt – Villkor att organets verksamhet ’till större delen finansieras av staten’”

I mål C-337/06,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Oberlandesgericht Düsseldorf (Förbundsrepubliken Tyskland) genom beslut av den 21 juli 2006, som inkom till domstolen den 7 augusti 2006, i målet

Bayerischer Rundfunk,

Deutschlandradio,

Hessischer Rundfunk,

Mitteldeutscher Rundfunk,

Norddeutscher Rundfunk,

Radio Bremen,

Rundfunk Berlin-Brandenburg,

Saarländischer Rundfunk,

Südwestrundfunk,

Westdeutscher Rundfunk,

Zweites Deutsches Fernsehen

* Rättegångsspråk: tyska.

mot

GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH,

ytterligare deltagare i rättegången:

Heinz W. Warnecke, med enskild firma Großbauten Spezial Reinigung,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna G. Arestis, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (referent) och J. Malenovský,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

justitiesekreterare: handläggaren B. Fülöp,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 14 juni 2007,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Bayerischer Rundfunk, Deutschlandradio, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk, Zweites Deutsches Fernsehen, genom B. Mitrenga och K.-P. Mailänder, Rechtsanwälte, samt genom C.-E. Eberle och J. Betz, Justiziare, och genom N. Hütt, Referentin im Justizariat,
- GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH, genom C. Antweiler och K. P. Dreesen, Rechtsanwälte,
- Tysklands regering, genom M. Lumma, i egenskap av ombud,
- Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,
- Polens regering, genom E. Ośniecka-Tamecka, i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom X. Lewis och B. Schima, båda i egenskap av ombud,
- EFTA-myndigheten, genom B. Alterskjær och L. Young, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 6 september 2007 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

I - 2

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen första villkoret och punkt a iv i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).
- 2 Begäran har framställts i ett mål som rör huruvida de tyska offentliga radio- och televisionsorganen (Landesrundfunkanstalten, nedan även kallade programföretagen) utgör upphandlande myndigheter enligt gemenskapens regler om offentlig upphandling.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrättsliga bestämmelser

- 3 Enligt artikel 7.1 i direktiv 92/50 skall direktivet tillämpas på offentliga kontrakt avseende tjänster vilkas uppskattade värde, exklusive mervärdesskatt, uppgår till minst 200 000 ecu.
- 4 Artikel 1 b i direktiv 92/50 innehåller följande definitioner:

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

Med organ som lyder under offentlig rätt avses varje organ som

- tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov och inte är av industriell eller kommersiell karaktär,
- är en juridisk person, och
- till större delen finansieras av staten eller regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt, eller vars förvaltning granskas av sådana organ eller i vars förvaltnings-, styrelse- eller tillsynsorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt.

Förteckningar över organ, eller kategorier därav, som lyder under offentlig rätt och som uppfyller villkoren i andra stycket i denna punkt återfinns i bilaga 1 till direktiv 71/305/EEG. Dessa förteckningar skall vara så uttömmande som möjligt och kan revideras enligt det förfarande som fastställs i artikel 30b i det direktivet.”

- 5 Denna definition återges nästan ordagrant i artikel 1.9 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena

vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114). Enligt skäl 1 i direktiv 2004/18 innebär detsamma att de olika direktiven med olika tillämpningsområden avseende offentlig upphandling på de tre områden som anges ovan omarbetas till en enda text. Enligt artikel 80 i direktivet skall det införlivas med nationell rätt i medlemsstaterna senast den 31 januari 2006.

6 De tyska offentliga radio- och televisionsorganen nämns varken i den bilaga som det hänvisas till i artikel 1 b sista stycket i ovannämnda direktiv 92/50 eller i bilaga III till direktiv 2004/18, som har ett liknande innehåll.

7 Enligt artikel 1 a iv i direktiv 92/50 omfattas följande områden inte av direktivets tillämpningsområde:

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

8 Denna bestämmelse återges i identisk ordalydelse i artikel 16 b i direktiv 2004/18.

9 I elfte skälet i direktiv 92/50 förklaras varför bestämmelsen har införts, enligt följande:

”Anskaffandet av vissa audiovisuella tjänster inom radio- och TV-området styrs av överväganden som inte lämpligen låter sig förenas med tillämpningen av upphandlingsregler.”

10 Denna förklaring utvecklas i skäl 25 i direktiv 2004/18, som har följande lydelse:

”Vid offentlig upphandling av vissa audiovisuella tjänster inom radio- och TV-området bör hänsyn kunna tas till kulturella och sociala överväganden som gör att upphandlingsreglerna inte bör tillämpas. Av dessa skäl måste det göras undantag för offentliga tjänstekontrakt som avser anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial som är färdigt för användning samt andra förberedande tjänster, t.ex. sådana tjänster som har samband med manuskript eller artistuppträdanden vilka behövs för att genomföra programmet samt de kontrakt som gäller sändningstid. Detta undantag bör dock inte tillämpas på tillhandahållandet av den tekniska utrustning som behövs för produktion, samproduktion och sändning av sådana program. ...”

Den nationella lagstiftningen

11 Artikel 1 b i ovannämnda direktiv 92/50 har införlivats med nationell rätt genom 98 § punkt 2 i lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung). Denna bestämmelses innehåll är i stort sett detsamma som gemenskapsreglernas innehåll. Det enda undantaget rör definitionen av begreppet ”organ som lyder under offentlig rätt”. I den tyska lagen

tillkommer i detta sammanhang, förutom villkoret att organets verksamhet till större delen skall finansieras av staten, att denna finansiering skall ske ”genom andelar eller på annat sätt”.

- 12 Artikel 5 första stycket andra meningen i den tyska grundlagen har följande lydelse:

”Pressfriheten och informationsfriheten skall garanteras för radio, TV och film.”

- 13 Denna bestämmelse har i fast rättspraxis från de högsta tyska domstolarna, bland annat Bundesverfassungsgericht och Bundesverwaltungsgericht, tolkats som ett absolut förbud mot att staten lägger sig i och påverkar hur programföretagen styrs och agerar och som ett strikt krav på neutralitet vad gäller deras programverksamhet. Denna bestämmelse i grundlagen har en ytterst viktig plats i det tyska statsbygget och syftar till att undanröja risken för att radio och TV blir ett politiskt propagandainstrument. Bestämmelsen utgör en grundlagsstadgad garanti för yttrandefriheten och rätten till ett vitt informationsutbud samt för att offentliga programbolag skall kunna bestå, finansieras och utvecklas.

- 14 Programföretagen är organ som lyder under offentlig rätt. De är juridiska personer och de har ett public service-uppdrag. De är oberoende från staten, självförvaltande och deras verksamhet är organiserad på ett sådant sätt att staten inte kan utöva inflytande över densamma. Enligt de högsta tyska domstolarnas rättspraxis ingår de inte bland de statliga organen.

- 15 Dessa organ finansieras genom olika avtal (Staatsverträge) mellan förbundsstaten och delstaterna.

- 16 I avtalet om radio och TV (Rundfunkstaatsvertrag) föreskrivs följande i 12 § punkt 1:

”Radio och TV-avgiften skall göra det möjligt för de offentliga radio- och televisionsorganen att uppfylla sina uppgifter enligt lag och grundlag. Avgiften skall särskilt garantera att public service-verksamheten består och utvecklas.”

- 17 Enligt 13 § i detta avtal skall programföretagens behov i första hand, det vill säga till mer än hälften, finansieras genom avgifter från medborgarna och i andra hand av reklamintäkter och andra inkomster. I enlighet med Bundesverfassungsgerichts rättspraxis skall avgiften anpassas till public service-uppdraget. Enligt grundlagen skall programföretagen garanteras ekonomiska medel för att utföra sitt uppdrag och radio- och TV-avgiften har denna funktion. Den är utformad på ett sådant sätt att programverksamhetens skyddas mot statlig inblandning.

- 18 De närmare bestämmelserna om uppbörd av avgiften regleras i ett avtal (Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens) av den 31 augusti 1991, i dess ändrade lydelse av den 11 september 1996 (GVBl. NRW 1996, s. 431, nedan kallat licensavtalet). Enligt detta avtal är alla som innehar en

radio- eller TV-mottagare skyldiga att betala avgiften. Huruvida mottagaren verkligen används saknar betydelse för betalningsskyldigheten. Formellt sett räknas programföretagen i respektive delstat som fordringsägare.

- 19 Avgiftens storlek och hur denna skall beräknas, med hänsyn till programföretagens ekonomiska behov, regleras i avtalet om finansiering av radio- och TV-verksamhet (Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag) av den 26 november 1996 (GVBl. NRW 1996, s. 484). Avgiftens storlek godkänns formellt av delstaternas parlament och regeringar.
- 20 Programföretagen har genom förvaltningsöverenskommelse skapat en centraliserad uppbördsorganisation (Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten, nedan kallad GEZ). GEZ är ett förvaltningsorgan som lyder under offentlig rätt och GEZ handhar bland annat uppbörd och fakturering av avgiften. GEZ är inte en juridisk person och saknar partsbehörighet men agerar i de olika regionala programföretagens namn och för deras räkning. Vad avser uppbörd av avgiften bland medborgarna använder den sig av avgiftsbeslut (Gebührenbescheid), vilket innebär myndighetsutövning. Om avgiften inte betalas, föreskrivs i det 7 § punkt 6 i det ovannämnda licensavtalet att "[b]eslut om uppbörd av radio- och TV-avgiften är direkt verkställbara. Det regionala programföretaget som är fordringsägare kan begära omedelbar verkställighet hos den myndighet som är behörig med hänsyn till var den betalningsskyldige bor eller huvudsakligen vistas ...".
- 21 Prövning och utredning av de av programföretagens anmälda finansiella behoven har anförtrotts en oberoende kommitté (Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten, nedan kallad KEF). Kommittén består av sexton oberoende sakkunniga. Programföretagen inkommer med upplysningar om sina förväntade behov och kommissionen undersöker dessa uppgifter och diskuterar behoven med företrädare för programföretagen. Minst vartannat år lämnar kommittén en rapport som bildar grund för delstatsparlamentens och delstatsregeringarnas beslut om radio- och TV-avgiften. Detta förfarande, som nu KEF ansvarar för, infördes till följd av en dom från Bundesverfassungsgericht av den 22 februari 1994. I denna dom fann domstolen att det tidigare förfarandet, där delstaternas regeringschefer fattade beslut om radio- och TV-avgiftens storlek utan bistånd från en oberoende kommission, inte gav programföretagen det oberoende som grundlagen eftersträvar.
- 22 Intäkterna från radio- och TV-avgiften går bland annat till programföretagen och tillsynsmyndigheterna för media i respektive delstat.

Twisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

- 23 I augusti 2005 uppmanade GEZ skriftligen elva städbolag att inkomma med bindande anbud för lokalvården i dess byggnader i Köln. Inget formellt upphandlingsförfarande i överensstämmelse med gemenskapsreglerna gjordes.

Avtalet skulle löpa från och med den 1 mars 2006 till och med den 31 december 2008 och, om det inte sades upp, förlängas med ett år i taget. GEZ uppskattade de årliga utgifterna till sammanlagt mer än 400 000 euro.

- 24 Bolaget GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH, som är ett av de städbolag som kontaktades i upphandlingsförfarandet, underrättades i november 2005 av GEZ att kontraktet hade tilldelats en annan anbudsgivare. GEWA ansåg att GEZ, i egenskap av upphandlande myndighet, borde ha genomfört upphandlingen av städkontraktet enligt gemenskapsreglerna och väckte därför talan vid avdelningen för mål rörande offentlig upphandling vid Bezirksregierung Köln. Denna domstol biföll talan och angav som skäl att upphandlingen rörde tjänster som ligger utanför själva radio- och TV-verksamheten, varför den omfattas av gemenskapsrättens bestämmelser om offentlig upphandling.
- 25 Programföretagen överklagade detta avgörande till avdelningen för mål rörande offentlig upphandling vid Oberlandesgericht Düsseldorf. De gjorde gällande att de inte är upphandlande myndigheter, eftersom radio- och TV-verksamhet i allmänhetens tjänst till större delen finansieras genom radio- och TV-avgiften, vilken betalas av publiken, och staten inte finansierar eller kontrollerar deras verksamhet.
- 26 Den hänskjutande domstolen konstaterar att de villkor i artikel 1 andra stycket första och andra strecksatserna i direktiv 92/50 samt artikel 1.9 andra stycket a och b i direktiv 2004/18 som är avgörande för definitionen av begreppet ”organ som lyder under offentlig rätt” i förevarande fall är uppfyllda, eftersom programföretagen har tillkommit för att tillgodose allmännyttiga behov, de inte är av industriell eller kommersiell karaktär och de är juridiska personer. Nämnda domstol anmärker vidare att av de tre villkor som anges i artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen i direktiv 92/50 och artikel 1.9 andra stycket c i direktiv 2004/18 är de sista två villkoren inte uppfyllda, eftersom staten inte utövar kontroll över programföretagens förvaltning och inte har något inflytande över vilka personer som tas in till deras ledningsorgan. Det villkor som återstår att pröva är huruvida programföretagens verksamhet till större delen finansieras av staten eller andra upphandlande myndigheter, så att programföretagen kan anses som ”organ som lyder under offentlig rätt” och således som ”upphandlande myndigheter”.
- 27 Den hänskjutande domstolen har härvid anmärkt att enligt en riktning i rättspraxis och doktrin i Tyskland innebär villkoret att organets verksamhet ”till större delen finansieras av staten” ett krav på en direkt koppling mellan staten och finansieringen. Enligt detta synsätt är det enda avgörande huruvida medlen kommer från staten, det vill säga om de kommer från statsbudgeten, och ingen hänsyn tas till att den publik som betalar radio- och TV-avgiften gör det på grund av tvingande lagstiftning eller att uppbörden av avgiften underlättas av att staten har delegerat maktbefogenheter på detta område. Enligt detta första synsätt skall

den statliga finansieringen också göra det möjligt för staten eller statliga myndigheter att utöva konkret inflytande över hur det organ som den finansierar sköter sin upphandling.

- 28 Enligt en annan riktning i rättspraxis och doktrin, som den hänskjutande domstolen ansluter sig till, är den lagstadgade skyldigheten för enskilda att betala radio- och TV-avgift tillräcklig för att villkoret att verksamheten ”till större delen finansieras av staten” skall vara uppfyllt vad avser de programföretag som är i fråga i målet vid den hänskjutande domstolen. Gemenskapsreglerna om offentlig upphandling är således tillämpliga på dessa organ, eftersom deras verksamhet finansieras genom en obligatorisk radio- och TV-avgift. De verkar således inte på marknadens villkor. Statens grundlagsstadgade skyldighet att inte lägga sig i dessa organs förvaltning och programverksamhet kräver dessutom, enligt samma synsätt, inte att gemenskapsreglerna inte tillämpas på den del av organens upphandling som inte rör deras huvudsakliga uppgifter.
- 29 Mot denna bakgrund har Oberlandesgericht Düsseldorf beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:
- ”1) Skall begreppet ”som finansieras av staten” i artikel 1.9 andra stycket c första villkoret i direktiv 2004/18/EG tolkas så, att en indirekt finansiering av ett organ genom statligt föreskrivna avgifter för innehavare av TV-mottagare, utgör en finansiering i denna mening, om den bygger på en grundlagsstadgad garanti för organets oberoende finansiering och existens?
- 2) Om den första tolkningsfrågan skall besvaras jakande, skall då artikel 1.9 andra stycket c första villkoret i direktiv 2004/18/EG tolkas så, att begreppet ”som finansieras av staten” innebär ett krav på att staten kan utöva direkt inflytande över det finansierade organets upphandlingar?
- 3) Om den andra tolkningsfrågan skall besvaras nekande, skall då artikel 1.9 andra stycket c första villkoret, jämförd med artikel 16 b i [samma direktiv], tolkas så, att endast de i artikel 16 b nämnda tjänsterna har undantagits från direktivets tillämpningsområde och att andra tjänster som inte är programspecifika utan har karaktären av stöd och underhåll omfattas av direktivets tillämpningsområde (argument e contrario)?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande anmärkningar

- 30 Den hänskjutande domstolens frågor rör relevanta bestämmelser i direktiv 2004/18. Eftersom direktiv 92/50 av tidsmässiga skäl (*ratione temporis*) är tillämpligt i målet i den nationella domstolen, kommer domstolens prövning och svar på tolkningsfrågorna emellertid att röra motsvarande bestämmelser i direktiv 92/50, varvid direktiv 2004/18 endast kommer att beaktas för en fullständigare

belysning av frågorna. I vilket fall som helst överensstämmer innehållet i bestämmelserna i sistnämnda direktiv, och i de principer som ligger till grund för detsamma, med innehållet i bestämmelserna i tidigare direktiv och principerna bakom desamma. Direktiv 2004/18 innebär att existerande bestämmelser har omarbetas till en enda text. Det finns således inget i det nya direktivet som kan läggas till grund för ett nytt synsätt.

- 31 Domstolen erinrar dessutom om att även om de tyska reglerna om programföretagens finansiering i princip innebär ett förbud mot att staten utövar någon form av politiskt inflytande över dessa organ, innebär denna omständighet inte att det per definition är omöjligt för staten att utöva ett sådant inflytande och att detta förhållande är helt avgörande för målets prövning. Domstolen skall nämligen, i sitt arbete för att underlätta en enhetlig tolkning och tillämpning av gemenskapsrätten och att EG-fördragets syften förverkligas, även beakta andra överväganden, som fri rörlighet och öppna marknader.

Den första tolkningsfrågan

- 32 Den nationella domstolen har ställt denna fråga för att få domstolens tolkning av begreppet ”till större delen finansieras av staten” eller av ett annat offentligt organ i artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen första villkoret i direktiv 92/50. Detta för att få ett svar på frågan huruvida detta villkor är uppfyllt om ett offentligt radio- och televisionsorgans verksamhet, såsom i målet vid den nationella domstolen, till större delen finansieras genom en avgift som föreskrivs, beräknas och upp bärs enligt regler av det slag som är i fråga i den nationella domstolen.
- 33 Domstolen anmärker inledningsvis att vad gäller villkoret ”till större delen” är det ostridigt att det av domstolens rättspraxis följer att detta villkor är uppfyllt i förevarande fall, eftersom de berörda programföretagens intäkter till över hälften kommer från den radio- och TV-avgift som är i fråga i målet vid den nationella domstolen (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge, REG 2000, s. I-8035, punkt 30).
- 34 Domstolen anmärker vidare att artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen första villkoret i direktiv 92/50 enligt sin ordalydelse inte preciserar hur den finansiering som denna talar om kan ske. Bestämmelsen innehåller bland annat inget krav på att de berörda organens verksamhet finansieras direkt av staten eller genom något annat offentligt organ för att villkoret på detta område skall vara uppfyllt. Domstolens prövning av hur finansieringen kan ske skall således inte begränsas till de aspekter som parterna i målet vid den nationella domstolen har tagit upp.
- 35 Domstolen kommer i sin tolkning av begreppet ”finansieras av staten” eller andra offentliga organ beakta syftet med gemenskapens direktiv om offentlig upphandling, såsom detta syfte har belysts i domstolens rättspraxis.
- 36 Enligt denna rättspraxis är syftet med direktiven om offentlig upphandling att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges

företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska (se domen i det ovannämnda målet University of Cambridge, punkt 17, och där omnämnd rättspraxis).

- 37 Domstolen har senare upprepat dessa syften och tillagt att mot bakgrund av dessa syften måste begreppet upphandlande myndighet, däri inbegripet begreppet organ som lyder under offentlig rätt, tolkas funktionellt (dom av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2001, s. I-939, punkterna 42 och 43, och där omnämnd rättspraxis).
- 38 Av denna rättspraxis framgår nämligen att samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således till att skydda intressena hos de näringsidkare i en medlemsstat som önskar erbjuda varor eller tjänster till upphandlande myndigheter i en annan medlemsstat (domaren i de ovannämnda målen University of Cambridge, punkt 16, och kommissionen mot Frankrike, punkt 41).
- 39 Vad närmare bestämt rör offentlig upphandling av tjänster har domstolen betonat detta huvudsyfte, nämligen att underlätta den fria rörligheten för tjänster och se till att konkurrensen i medlemsstaterna inte snedvrids utan blir så stark som möjligt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, REG 2005, s. I-1, punkterna 44 och 47).
- 40 Det är dessa syften och dessa kriterier som är avgörande för domstolens syn på hur offentliga radio- och televisionsorgan finansieras, exempelvis vad avser den finansiering som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, vilket innebär att även begreppet ”finansieras av staten” skall tolkas funktionellt.
- 41 Domstolen erinrar härvid inledningsvis om att radio- och TV-avgiften, som står för den största delen av programföretagens verksamhets intäkter, regleras i radio- och TV-avtalet, som är en statlig rättsakt. Avgiften är föreskriven i lag och har inte sin grund i ett avtal mellan programföretagen och konsumenterna. Alla som innehar en radio- eller TV-mottagare är skyldiga att betala avgiften och den utgör inte vederlag för tjänster som programföretagen tillhandahåller.
- 42 Domstolen anmärker vidare att inte heller radio- och TV-avgiftens storlek bestäms genom avtal mellan programföretagen och konsumenterna. Enligt avtalet om finansiering av radio- och TV-verksamhet skall detta belopp fastställas genom formellt beslut som fattas av delstaternas parlament och regeringar, med utgångspunkt från en rapport som upprättats av KEF om organens ekonomiska behov, såsom dessa själva har beskrivit dem. Delstaternas parlament och regeringar kan välja att inte följa KEF:s rekommendationer, utan att detta innebär att de åsidosätter principen om fri radio och TV, men ett sådant beslut kan endast

grundas på vissa godkända skäl, närmare bestämt att radio- och TV-avgiftens storlek blir sådan att konsumenterna får bära en för stor ekonomisk börda med hänsyn till rådande socioekonomiska läge och att detta kan inverka negativt på konsumenternas möjlighet att inhämta information (se Bundesverfassungsgerichts dom av den 11 september 2007, BvR 2270/05, BvR 809/06 och BvR 830/06).

- 43 Även om delstaternas parlament och regeringar utan ändringar skulle följa KEF:s rekommendationer är det ändå så, att staten har bestämt radio- och TV-avgiftens storlek, fast genom att delegera sina maktbefogenheter till en kommitté av sakkunniga.
- 44 Vad avser uppbörden av radio- och TV-avgiften framgår det av licensavtalet att GEZ ansvarar för uppbörden för de olika regionala programföretagens räkning och att GEZ härvid använder sig av avgiftsbeslut och alltså ägnar sig åt myndighetsutövning. Om avgiften inte betalas in i tid, är beslut om uppbörd av avgiften direkt verkställbara, varvid det berörda programföretaget, som fordringsägare, kan begära omedelbar verkställighet hos behörig myndighet. De organ som är i fråga har härvid myndighetsbefogenheter.
- 45 Resurser ställs således till dessa organs förfogande utan specifika krav på motprestationer, i den mening som avses i domstolens rättspraxis (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet University of Cambridge, punkterna 23–25). Till utbetalningarna knyts nämligen inga avtalsreglerade krav. Varken konsumenternas skyldighet att betala radio- och TV-avgiften eller dess storlek har sin grund i ett avtal mellan programföretagen och konsumenterna. Tvärtom är det så, att alla som innehar en radio- eller TV-mottagare är skyldiga att betala avgiften i fråga, oavsett huruvida de använder sig av de tjänster som dessa organ tillhandahåller. Konsumenterna är således skyldiga att betala radio- och TV-avgiften, även om de aldrig utnyttjar programföretagens tjänster.
- 46 Det skall understrykas att det saknas skäl att godta det argument som sökandena i målet vid den nationella domstolen har framfört om att omständigheten att avgiften regleras i lagstiftning inte är avgörande, eftersom alla läkare, advokater och arkitekter i Förbundsrepubliken Tyskland i så fall också skulle ”finansieras av staten” på grund av att denna fastställer vilka arvoden de får ta ut – saknar relevans. Det är nämligen så, att även om staten fastställer vilka arvoden som får tas ut, är det alltid upp till konsumenten att bestämma om denne vill ingå ett avtal med en utövare av dessa yrken och denne tillhandahålls alltid en verklig tjänst som denne har avtalat om. Staten ställer dessutom inga garantier för att de som utövar ovannämnda yrken skall erhålla intäkter i sin verksamhet.
- 47 Slutligen skall det erinras om att med hänsyn till att begreppet skall tolkas funktionellt kan denna tolkning, såsom Europeiska gemenskapernas kommission med rätta har anmärkt, inte vara avhängig av huruvida medlen passerar över statsbudgeten, staten först uppbär radio- och TV-avgiften och sedan

vidarebefordrar medlen till programföretagens förfogande, eller staten ger programföretagen befogenhet att uppbära radio- och TV-avgiften.

- 48 Domstolen finner därför att finansiering som sker på det sätt som har beskrivits i målet vid den nationella domstolen, det vill säga genom en avgift som föreskrivs i en statlig rättsakt, garanteras av staten och som bestäms och uppbärs enligt metoder som hör hemma under myndighetsutövning, uppfyller villkoret ”statlig finansiering” när det handlar om att tillämpa gemenskapens regler om offentlig upphandling.
- 49 Denna form av indirekt finansiering räcker för att villkoret om ”statlig finansiering” enligt gemenskapsbestämmelserna skall vara uppfyllt, och det föreligger inget ytterligare villkor att staten själv skall inrätta eller utse ett offentligt eller privat organ som har till uppgift att uppbära radio- och TV-avgiften.
- 50 Svaret på den första frågan blir således att artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen första villkoret i direktiv 92/50 skall tolkas så, att villkoret att verksamheten till större delen finansieras av staten är uppfyllt om den verksamhet som bedrivs av sådana offentliga radio- och televisionsorgan som är aktuella i målet vid den nationella domstolen till större delen finansieras genom en avgift för innehavare av radio- eller TV-mottagare, vilken föreskrivs, beräknas och uppbärs enligt regler av det slag som är i fråga i målet vid den nationella domstolen.

Den andra tolkningsfrågan

- 51 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet huruvida artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen första villkoret i direktiv 92/50 skall tolkas så, att villkoret ”finansieras av staten”, i fall ett offentligt radio- och televisionsorgan finansieras på det sätt som beskrivs i den första tolkningsfrågan, innebär ett krav på att staten eller annan offentlig myndighet direkt kan ingripa i ett sådant organs tilldelning av ett kontrakt av det slag som är i fråga i målet vid den nationella domstolen för att villkoret skall vara uppfyllt.
- 52 Domstolen anmärker, som en utgångspunkt för svaret på denna fråga, att ordalydelsen i den aktuella bestämmelsen inte ger något stöd för att villkoret ”finansieras av staten” innebär ett krav på att staten eller ett statligt organ kan ingripa direkt i en viss offentlig upphandling för att detta villkor skall vara uppfyllt.
- 53 Vad avser kriteriet att ett organ står i beroendeförhållande till staten, vilket är ett kriterium som domstolen har utvecklat vad gäller de tre villkoren i artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen i direktiv 92/50 (se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 januari 1998 i mål C-44/96, Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl., REG 1998, s. I-73, punkt 20), har den nationella domstolen hänvisat till det synsätt som kommit till uttryck i viss rättspraxis och doktrin i Tyskland att detta

villkor om beroende är uppfyllt om staten kan utöva ett konkret inflytande över de olika förfarandena för offentlig upphandling.

- 54 Domstolen anmärker härvid att frågan om de nu aktuella programföretagens beroendeförhållande till staten endast uppkommer vad avser upphandlingar som saknar samband med uppfyllandet av företagens grundlagsskyddade public service-uppdrag i inskränkt mening, det vill säga att utforma och producera program. Den upphandling som är i fråga i målet vid den nationella domstolen rör inte denna verksamhet.
- 55 Domstolen vill vidare understryka att i förevarande fall är, såsom framgår av resonemanget avseende den första frågan, programföretagen beroende av staten för sitt fortbestånd. Villkoret om beroende av staten är således uppfyllt vad avser dessa organ, varför det saknas anledning att pröva huruvida staten har möjlighet att utöva konkret inflytande över de berörda organens beslut i olika upphandlingar.
- 56 Om det visar sig att de aktuella programföretagen i en mer vidsträckt mening är beroende av staten finns det nämligen en risk att de, om de inte behöver följa gemenskapsreglerna om offentlig upphandling, låter andra hänsyn än ekonomiska hänsyn få inflytande över deras beslut, vilket bland annat kan leda till att de gynnar inhemska anbudsgivare eller anbudssökande. Organen kan ha en sådan inställning utan att bryta mot den tyska grundlagen som inte innehåller något sådant förbud. Den nationella domstolen har således helt rätt i sitt påpekande att kravet på att staten skall hålla sig neutral vad gäller de aktuella organens programverksamhet, som framgår av den tyska grundlagen och som Bundesverfassungsgericht har tolkat detta krav, inte innebär ett krav på att de aktuella organen måste hålla sig neutrala i frågor om offentlig upphandling. En sådan risk strider mot målen med gemenskapsrättens bestämmelser om offentlig upphandling enligt vad som beskrivits i punkterna 38 och 39 ovan.
- 57 Den nationella domstolen vill även, vad avser svaret på den andra tolkningsfrågan, få klarhet i vilken relevans som bör tillmätas domstolens ståndpunkt i punkt 21 i domen i det ovannämnda målet University of Cambridge, nämligen att även om ett visst organs finansiering kan avslöja att detta organ är nära knutet till en upphandlande myndighet, har detta kriterium inte en oinskränkt räckvidd. De utbetalningar som görs av en upphandlande myndighet får inte alla till följd att det skapas en särskild underordnad eller beroende ställning eller att en sådan ställning förstärks. Endast sådana bidrag som genom ett ekonomiskt stöd utan särskild motprestation finansierar eller stöder det berörda organets verksamhet kan anses som "offentlig finansiering".
- 58 Domstolen anmärker härvid, vad avser förhållandet mellan de aktuella programföretagen och konsumenterna, att det framgår av punkterna 23–25 i domen i det ovannämnda målet University of Cambridge att medel som staten betalar ut utan att erhålla någon motprestation enligt ett avtal kan räknas som

”statlig finansiering”. Såsom redan konstaterats i punkt 45 ovan har staten ingen avtalsreglerad rätt till en motprestation för de medel som denna beviljar de programföretag som här är i fråga. Varken konsumenternas skyldighet att betala radio- och TV-avgiften eller dess storlek har sin grund i ett avtal mellan programföretagen och konsumenterna. Tvärtom är det så, att alla som innehar en radio- eller TV-mottagare är skyldiga att betala avgiften, oavsett huruvida de använder sig av de tjänster som dessa företag tillhandahåller.

- 59 På samma sätt erhåller staten i förevarande fall inte någon avtalsreglerad motprestation, eftersom, såsom den nationella domstolen med rätta har understrukt, den finansiering som här är i fråga syftar till att göra det möjligt för programföretagen att uppfylla sitt public service-uppdrag, nämligen att erbjuda medborgarna radio och TV som bygger på mångfald och saklighet. I detta avseende skiljer sig de aktuella programföretagen inte från andra offentliga organ som erhåller statliga medel för att kunna utföra sitt uppdrag i allmänhetens tjänst.
- 60 Svaret på den andra frågan blir således att artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen första villkoret i direktiv 92/50 skall tolkas så, att villkoret ”finansieras av staten”, när sådana offentliga radio- och televisionsorgan som är i fråga i målet vid den nationella domstolen finansieras på det sätt som beskrivits ovan i samband med prövningen av den första tolkningsfrågan, inte innebär ett krav på att staten eller annan offentlig myndighet direkt kan ingripa i sådana organs tilldelning av ett kontrakt av det slag som är i fråga i målet vid den nationella domstolen för att villkoret skall vara uppfyllt.

Den tredje tolkningsfrågan

- 61 Den nationella domstolen har ställt den tredje tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida artikel 1 a iv i direktiv 92/50, jämförd med artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen i samma direktiv, skall tolkas så, att endast offentliga kontrakt som rör de tjänster som anges i den förra bestämmelsen faller utanför direktivets tillämpningsområde.
- 62 Enligt artikel 1 a iv i direktiv 92/50 är direktivet inte tillämpligt på offentliga kontrakt som avser tjänster som berör programföretagens kärnverksamhet, det vill säga att utforma och producera program, och detta av sociala och kulturella skäl – angivna i elfte skälet i direktiv 92/50 och, mer tydligt, i skäl 25 i direktiv 2004/18 – som gör det olämpligt att tillämpa direktivet på sådana kontrakt.
- 63 Denna bestämmelse har, som generaladvokaten har anmärkt i punkt 80 i sitt förslag till avgörande, sin grund i samma målsättning som uttrycks i den tyska grundlagen, nämligen att garantera att programföretagen kan uppfylla sitt public service-uppdrag på ett självständigt och opartiskt sätt.

- 64 Bestämmelsen i fråga utgör ett undantag från det främsta syftet med gemenskapsreglerna om offentlig upphandling, såsom det angetts i punkt 39 ovan, det vill säga fri rörlighet för tjänster och främjande av så fri konkurrens som

möjligt, och den bör därför tolkas restriktivt. Därför är det endast offentliga kontrakt som avser tjänster som anges i artikel 1 a iv i direktiv 92/50 som faller utanför tillämpningsområdet för detta direktiv. Däremot gäller gemenskapsreglerna fullt ut för offentlig upphandling av tjänster som saknar samband med verksamhet som ingår i uppfyllandet av programföretagens public service-uppdrag i inskränkt mening.

- 65 Detta synsätt bekräftas av ovannämnda skäl 25 i direktiv 2004/18, där tillhandahållandet av den tekniska utrustning som behövs för produktion, samproduktion och sändning av program i nästsista meningen anges som exempel på sådant som direktivet inte är tillämpligt på.
- 66 Domstolen vill emellertid precisera att dessa överväganden endast gör sig gällande när det i det konkreta fallet är fråga om en upphandling som genomförs av ett organ som anses som en ”upphandlande myndighet”, i den mening som avses i artikel 1 b i direktiv 92/50.
- 67 Svaret på den tredje tolkningsfrågan blir således att artikel 1 a iv i direktiv 92/50 skall tolkas så, att enligt denna bestämmelse faller endast offentliga kontrakt som rör de tjänster som anges i denna bestämmelse utanför direktivets tillämpningsområde.

Rättegångskostnader

- 68 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

- 1) **Artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen första villkoret i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster skall tolkas så, att villkoret att verksamheten till större delen finansieras av staten är uppfyllt om den verksamhet som bedrivs av sådana offentliga radio- och televisionsorgan som är aktuella i målet vid den nationella domstolen till större delen finansieras genom en avgift för innehavare av radio- eller TV-mottagare, vilken föreskrivs, beräknas och uppbärs enligt regler av det slag som är i fråga i målet vid den nationella domstolen.**
- 2) **Artikel 1 b andra stycket tredje strecksatsen första villkoret i direktiv 92/50 skall tolkas så, att villkoret ”finansieras av staten”, när sådana offentliga radio- och televisionsorgan som är i fråga i målet vid den nationella domstolen finansieras på det sätt som beskrivits ovan i**

samband med prövningen av den första tolkningsfrågan, inte innebär ett krav på att staten eller annan offentlig myndighet direkt kan ingripa i sådana organs tilldelning av ett kontrakt av det slag som är i fråga i målet vid den nationella domstolen för att villkoret skall vara uppfyllt.

- 3) Artikel 1 a iv i direktiv 92/50 skall tolkas så, att enligt denna bestämmelse faller endast offentliga kontrakt som rör de tjänster som anges i denna bestämmelse utanför direktivets tillämpningsområde.**

Underskrifter