

WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 13 grudnia 2007 r.(*)

Dyrektywy 92/50/EWG i 2004/18 WE – Zamówienia publiczne na usługi – Nadawcy publiczni – Instytucje zamawiające – Podmiot prawa publicznego – Przesłanka, zgodnie z którą działalność nadawcy jest „finansowana w przeważającej części przez państwo”

W sprawie C-337/06

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Oberlandesgericht Düsseldorf (Niemcy) postanowieniem z dnia 21 lipca 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 7 sierpnia 2006 r., w postępowaniu:

Bayerischer Rundfunk,

Deutschlandradio,

Hessischer Rundfunk,

Mitteldeutscher Rundfunk,

Norddeutscher Rundfunk,

Radio Bremen,

Rundfunk Berlin-Brandenburg,

Saarländischer Rundfunk,

Südwestrundfunk,

Westdeutscher Rundfunk,

Zweites Deutsches Fernsehen

przeciwko

GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH,

przy udziale:

Heinz W. Warnecke, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Großbauten Spezial Reinigung,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes izby, G. Arestis, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (sprawozdawca) i J. Malenovský, sędziowie,

rzecznik generalny: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

sekretarz: B. Fülöp, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 14 czerwca 2007 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

– w imieniu Bayerischer Rundfunk, Deutschlandradio, Hessischer Rundfunk, Mitteldeutscher Rundfunk, Norddeutscher Rundfunk, Radio Bremen, Rundfunk Berlin-Brandenburg, Saarländischer Rundfunk, Südwestrundfunk, Westdeutscher Rundfunk, Zweites Deutsches Fernsehen przez B. Mitrengę, K.-P. Mailändera, Rechtsanwälte, C.-E. Eberlego, J. Betza, Justiziere oraz N. Hütt, Referentin im Justizariat,

– w imieniu GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH przez C. Antweilera oraz K. P. Dreesena, Rechtsanwälte,

– w imieniu rządu niemieckiego przez M. Lummę, działającego w charakterze pełnomocnika,

– w imieniu rządu austriackiego przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,

– w imieniu rządu polskiego przez E. Ośniecką-Tamecką, działającą w charakterze pełnomocnika,

– w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez X. Lewisa oraz B. Schimę, działających w charakterze pełnomocników,

– w imieniu Urzędu Nadzoru EFTA przez B. Alterskjara oraz L. Young, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 6 września 2007 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1).

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu dotyczącego kwestii, czy publiczni nadawcy niemieccy (Landesrundfunkanstalten) są instytucjami zamawiającymi dla celów zastosowania przepisów wspólnotowych dotyczących udzielania zamówień publicznych.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3 Zgodnie z art. 7 ust. 1 dyrektywy 92/50, dyrektywę tę stosuje się do zamówień publicznych na usługi, których szacunkowa wartość, bez podatku VAT, jest nie mniejsza niż 200 000 ECU.

4 Artykuł 1 lit. b) dyrektywy 92/50 stanowi:

„»instytucje zamawiające« oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego.

»Podmiot prawa publicznego« oznacza każdy podmiot:

– ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, który nie ma charakteru przemysłowego lub handlowego,

oraz

– posiadający osobowość prawną,

oraz

– finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego, lub jeżeli jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych instytucji, lub jeżeli ponad połowę składu jego organu administracji, zarządu lub nadzoru stanowią osoby mianowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

Wykazy podmiotów prawa publicznego lub kategorii takich podmiotów spełniających kryteria określone w drugim akapicie niniejszej litery są określone w załączniku I do dyrektywy

71/305/EWG. Wykazy te są wyczerpujące na tyle, na ile to możliwe, i mogą być poddawane przeglądom zgodnie z procedurą określoną w art. 30b tej dyrektywy”.

5 Przepis ten został przejęty w prawie że identycznym brzmieniu przez art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, str. 114). Zgodnie z pierwszym motywem tej dyrektywy, dokonano w niej przeredagowania w jednym tekście różnych dyrektywy mających zastosowanie do procedur udzielania zamówień publicznych w trzech wskazanych dziedzinach i zgodnie z jej art. 80 powinna ona zostać przetransponowana do porządku prawnego państw członkowskich najpóźniej w dniu 31 stycznia 2006 r.

6 Publiczni nadawcy niemieccy nie są wskazani w ani w wymienionym powyżej załączniku, o którym mowa w art. 1 lit. b) akapit trzeci dyrektywy 92/50, ani w załączniku III dyrektywy 2004/18 o analogicznej treści.

7 Zgodnie z art. 1 lit. a) pkt iv) dyrektywy 92/50, z zakresu stosowania przepisów tej dyrektywy są wyłączone:

„zamówienia obejmujące nabycie, przygotowanie, produkcję lub koprodukcję materiałów programowych przez nadawców, jak również zamówienia dotyczące czasu transmisji”.

8 Przepis ten został przejęty przez art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/18 o takim samym brzmieniu.

9 Ratio legis wskazanego przepisu zostało wyjaśnione w motywie jedenastym dyrektywy 92/50 o następującym brzmieniu:

„udzielanie zamówień na niektóre usługi audiowizualne w dziedzinie nadawania podlega okolicznościom sprawiającym, iż stosowanie do nich reguł udzielania zamówień nie jest właściwe”.

10 Wskazane ratio legis zostało bliżej wyjaśnione w motywie dwudziestym piątym dyrektywy 2004/18, zgodnie z którym:

„udzielanie zamówień publicznych na pewne nadawcze usługi audiowizualne powinno umożliwiać uwzględnienie aspektów o znaczeniu kulturalnym lub społecznym, co sprawia, że zasady udzielania zamówień nie mają tutaj zastosowania. Z tych właśnie powodów należy uznać za wyjątek zamówienia publiczne na usługi w zakresie zakupu, opracowania, produkcji lub koprodukcji programów gotowych do użycia oraz innych usług przygotowawczych, takich jak usługi związane z pisaniem scenariuszy lub innymi rodzajami

twórczości artystycznej niezbędnymi w produkcji programów oraz zamówienia dotyczące czasu antenowego. Wyłączenie to nie powinno jednak mieć zastosowania wobec dostaw urządzeń technicznych niezbędnych do produkcji, koprodukcji oraz nadawania tych programów [...]”.

Uregulowania krajowe

11 Artykuł 1 lit. b) dyrektywy 92/50 został transponowany do prawa krajowego na mocy § 98 ust. 2 ustawy przeciwko ograniczeniom konkurencji (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Treść tego przepisu jest identyczna z treścią przepisu wspólnotowego, z wyjątkiem jednej różnicy występującej przy definicji „podmiotu prawa publicznego”, w zakresie dotyczącym przesłanki finansowania działalności tego podmiotu w przeważającej części przez instytucje publiczne. Różnica ta polega na dodaniu, że to finansowanie może być dokonywane „poprzez udziały lub w inny sposób”.

12 Artykuł 5 ust. 1 akapit drugi konstytucji niemieckiej ma następujące brzmienie:

„Zapewnia się wolność prasy i wolność przekazu informacji za pośrednictwem radia, telewizji i filmu”.

13 W utrwalonym orzecznictwie niemieckich sądów najwyższych, a mianowicie Bundesverfassungsgericht i Bundesverwaltungsgericht, przepis ten jest interpretowany jako całkowity zakaz jakiegokolwiek ingerencji i interwencji władz publicznych w administrowanie i funkcjonowanie nadawców publicznych i jako zobowiązanie do ścisłej neutralności w zakresie dotyczącym programów tych nadawców. Ten przepis konstytucyjny ma centralną pozycję w aktualnym ustroju państwowym Niemiec i jego celem jest zapewnienie, aby działalność nadawcza nie stała się instrumentem politycznym. Stanowi on konstytucyjną gwarancję prawa do swobodnego wyrażania poglądów i pluralizmu w rozpowszechnianiu informacji oraz istnienia, finansowania i rozwoju nadawców publicznych.

14 Wskazani nadawcy są instytucjami prawa publicznego nieposiadającymi osobowości prawnej, którym powierzono zadania leżące w interesie publicznym. Są oni niezależni od władz państwowych, sami kierują swą administracją i są zorganizowani w sposób, który wyklucza wpływ władz publicznych. Zgodnie z orzecznictwem niemieckich sądów najwyższych nadawcy ci nie stanowią części organizacji państwa.

15 Finansowanie wskazanych nadawców jest uregulowane w umowach państwowych (Staatsverträge), które są umowami zawartymi pomiędzy władzą federalną (Bund) i krajami związkowymi.

16 Umowa państwowa dotycząca działalności nadawczej (Rundfunkstaatsvertrag) stanowi w § 12 ust. 1:

„Wyposażenie nadawców publicznych w środki finansowe ma im umożliwić wykonywanie ich zadań konstytucyjnych i ustawowych; ma ono zapewnić w szczególności istnienie i rozwój publicznej działalności nadawczej”.

17 Zgodnie z § 13 wskazanej umowy państwowej, nadawcy publiczni są finansowani w pierwszej kolejności, w części przekraczającej połowę ich potrzeb, z opłat uiszczanych przez obywateli, a w pozostałej części z wpływów z reklam i z innego rodzaju wpływów. Zgodnie z orzecznictwem Bundesverfassungsgericht, finansowanie poprzez opłaty jest dostosowane do publicznego zadania polegającego na świadczeniu usługi publicznej działalności nadawczej i odpowiada konstytucyjnej gwarancji finansowania. Jest to sposób finansowania odpowiadający funkcji nadawców, umożliwiający ochronę ich autonomii w zakresie kształtowania programów przed ewentualną polityczną ingerencją ze strony państwa.

18 Szczegółowe przepisy dotyczące poboru opłat zostały uregulowane w umowie państwowej w sprawie zasad dotyczących opłaty abonamentowej (Staatsvertrag über die Regelung des Rundfunkgebührenwesens) z dnia 31 sierpnia 1991 r. w wersji zmienionej w dniu 11 września 1996 r. (GVBl. NRW 1996, str. 431, zwanej dalej „umową państwową w sprawie opłat”). Zgodnie z tą umową przesłanką powstania obowiązku uiszczenia opłaty jest posiadanie odbiornika. Okoliczność, że odbiornik ten nie jest w rzeczywistości używany, nie ma żadnego wpływu na obowiązek zapłaty. Wierzycielami opłaty są pod względem formalnym regionalni nadawcy mający siedzibę na obszarze danego kraju związkowego.

19 Uregulowania dotyczące wysokości opłaty obliczanej w zależności od ustalonych potrzeb finansowych nadawców publicznych zostały ustanowione w umowie państwowej w sprawie finansowania nadawców (Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrag) z dnia 26 listopada 1996 r. (GVBl. NRW 1996, str. 484). Wysokość opłat jest formalnie zatwierdzana przez parlamenty i rządy krajów związkowych.

20 Na podstawie porozumienia administracyjnego nadawcy publiczni utworzyli centralę poboru opłat, Gebühreneinzugszentrale der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten (zwaną dalej „GEZ”). GEZ stanowi jednostkę prawa publicznego mającą w szczególności za zadanie pobór i rozliczenie opłat. Jednostka ta nie ma osobowości prawnej ani zdolności do podejmowania czynności prawnych i działa w imieniu i na rachunek różnych nadawców regionalnych. Jednakże w zakresie poboru opłat od obywateli GEZ wydaje decyzje nakładające obowiązek zapłaty stanowiące akty administracji publicznej. W związku z tym w przypadku braku uiszczenia opłaty, zgodnie z § 7 ust. 6 umowy państwowej w sprawie opłat,

„decyzje dotyczące zaległych opłat abonamentowych są wykonywane w administracyjnym postępowaniu egzekucyjnym. Nadawcy regionalni uprawnieni do opłat mają prawo do kierowania wniosków o pomoc w egzekucji bezpośrednio do organu właściwego ze względu na miejsce pobytu lub miejsce stałego zamieszkania dłużnika opłaty [...]”.

21 Kontrola i ustalanie potrzeb finansowych zgłaszanych przez nadawców publicznych zostały powierzone niezależnej komisji, Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (zwanej dalej „KEF”). Komisja ta, w której skład wchodzi szesnastu niezależnych rzeczoznawców, otrzymuje i analizuje szacunki w zakresie potrzeb przedstawione przez nadawców publicznych i omawia je z ich przedstawicielami. Komisja ta co dwa lata przedstawia raport stanowiący podstawę dla formalnych decyzji w przedmiocie kwoty opłat wydawanych przez parlamenty i rządy krajów związkowych. Procedura ta, w której obecnie bierze udział KEF, została wprowadzona po wydaniu przez Bundesverfassungsgericht wyroku z dnia 22 lutego 1994 r., na mocy którego procedura wydawania decyzji w przedmiocie kwoty opłaty przez premierów krajów związkowych bez udziału niezależnej komisji nie gwarantowała niezależności zamierzonej w konstytucji.

22 Wpływy z opłat są rozdzielane w szczególności pomiędzy nadawców publicznych i instytucje medialne danych krajów związkowych.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

23 W sierpniu 2005 r. GEZ zwróciła się pisemnie do jedenastu przedsiębiorstw oferujących usługi porządkowe o złożenie wiążących ofert dotyczących świadczenia usług porządkowych w lokalach położonych w Kolonii. Nie przeprowadzono formalnego przetargu zgodnego z przepisami wspólnotowymi. Jako przewidywany czas trwania umowy wskazano okres od 1 marca 2006 r. do 31 grudnia 2008 r., przy czym w braku wypowiedzenia miała ona ulec przedłużeniu na jeden rok. GEZ określiła wysokość rocznych wydatków na ponad 400 000 EUR.

24 W listopadzie 2005 r. GEWA – Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH – jedno z przedsiębiorstw, z którymi skontaktowano się w ramach zaproszenia do składania ofert, zostało przez GEZ poinformowane o odmowie udzielenia zamówienia. Prezentując stanowisko, wedle którego GEZ powinna była, jako instytucja zamawiająca, przeprowadzić zgodny z przepisami wspólnotowymi przetarg na usługi porządkowe, wskazane przedsiębiorstwo wniosło odwołanie do izby zamówień publicznych przy Bezirksregierung Köln. Sąd ten uwzględnił skargę, orzekając, że sporna usługa nie mieści się w ramach rzeczywistej działalności nadawczej i jest w związku z tym objęta wspólnotowym prawem w dziedzinie zamówień publicznych.

25 Nadawcy publiczni odwołali się od tego orzeczenia do izby zamówień publicznych Oberlandesgericht Düsseldorf, podnosząc, że nie są oni instytucjami zamawiającymi, ponieważ publiczna działalność nadawcza jest finansowana w przeważającej części z opłat uiszczanych przez widzów i brak jest jakiegokolwiek finansowania lub kontroli ze strony państwa.

26 Sąd krajowy stwierdza, że przesłanki związane z definicją „podmiotu prawa publicznego”, zawarte w art. 1 lit. b) akapit drugi tiret pierwsze i drugie dyrektywy 92/50 oraz w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. a) i b) dyrektywy 2004/18, zostały w niniejszej sprawie spełnione, bowiem nadawcy publiczni zostali utworzeni w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, który nie ma charakteru przemysłowego lub handlowego, oraz mają oni osobowość prawną. W pozostałym zakresie sąd ten wskazuje odnośnie do trzech alternatywnych przesłanek zawartych odpowiednio w art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie dyrektywy 92/50 i w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18, że dwie ostatnie z tych przesłanek nie zostały spełnione, ponieważ państwo nie wykonuje nadzoru nad administracją tych podmiotów i nie ma również jakiegokolwiek wpływu na mianowanie ich organów zarządu. Należy wobec tego zbadać, czy działalność nadawców, o których mowa, jest finansowana w przeważającej części przez państwo lub przez inne instytucje zamawiające, co wiązałoby się z tym, że mogliby oni zostać uznani za „podmioty prawa publicznego”, a zatem za „instytucje zamawiające”.

27 Sąd krajowy wskazuje w tym kontekście, że w aktualnym niemieckim orzecznictwie i doktrynie przesłanka „finansowania w przeważającej części przez państwo” wymaga wystąpienia bezpośredniego związku przyczynowego pomiędzy finansowaniem a państwem. Stanowisko to przyjmuje jako wyłączne kryterium państwowe źródło lub pochodzenie środków, a więc okoliczność, że pochodzą one z budżetu państwa, i nie uwzględnia faktu, że nałożenie opłaty na konsumentów zostało oparte na akcie prawnym, ani faktu, że pobór tej opłaty jest dokonywany przy wykorzystaniu delegacji uprawnień władzy publicznej. Zgodnie z tym stanowiskiem, bezpośrednie finansowanie przez państwo musi ponadto umożliwiać państwu lub innym organom administracji publicznej wywieranie konkretnego wpływu na różne procedury udzielania zamówień publicznych przeprowadzane przez podmiot finansowany.

28 Zgodnie z innym stanowiskiem orzecznictwa i doktryny, które podziela sąd krajowy, istnienie ustawowej podstawy, na mocy której osoby prywatne są zobowiązane do uiszczenia opłaty, jest wystarczające do przyjęcia, że spełniona została przesłanka „finansowania przez państwo” działalności nadawców, o których mowa. Wspólnotowe przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych miałyby wobec tego zastosowanie do

nadawców finansowanych z opłat obowiązkowych, którzy nie są w związku z tym poddani prawom rynku. Ponadto, wedle tego stanowiska, konstytucyjny obowiązek neutralności państwa względem kształtowania programu tych nadawców nie wymaga, aby ich zamówienia niezwiązane z ich główną misją były wyłączone z zakresu stosowania przepisów wspólnotowych.

29 Mając na uwadze powyższe, Oberlandesgericht Düsseldorf postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy przesłankę »finansowania przez państwo« zawartą w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) wariant pierwszy dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że z uwagi na spoczywający na państwie konstytucyjny obowiązek zapewnienia niezależności finansowania i istnienia nadawców pośrednie finansowanie nadawców z opłat nałożonych przez państwo na osoby posiadające odbiorniki stanowi finansowanie, o którym mowa w powołanym przepisie?

2) W razie udzielenia odpowiedzi twierdzącej na pytanie pierwsze, czy art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) wariant pierwszy dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że przesłanka »finansowania przez państwo« wymaga wystąpienia bezpośredniego wpływu państwa przy udzielaniu zamówień przez podmioty finansowane ze środków państwowych?

3) W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na drugie pytanie, czy art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) w związku z art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/18/WE należy interpretować w ten sposób, że jedynie usługi wymienione w art. 16 lit. b) nie są objęte zakresem tej dyrektywy, a inne usługi, które nie są ściśle związane z tworzeniem programów, lecz mają charakter pomocniczy, są objęte zakresem tej dyrektywy (argument a contrario)?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

30 Pytania przedstawione przez sąd krajowy dotyczą przepisów dyrektywy 2004/18. Mając jednak na uwadze, że okoliczności faktyczne sprawy przed sądem krajowym są objęte *ratione temporis* dyrektywą 92/50, Trybunał rozpatrzy sprawę i udzieli odpowiedzi na podstawie odpowiednich przepisów dyrektywy 92/50, uwzględniając pewne wyjaśnienia zawarte w dyrektywie 2004/18. W każdym razie przepisy dyrektywy 2004/18 oraz zasady leżące u ich podstaw są pod względem treści identyczne z przepisami i zasadami poprzednich dyrektyw. Dyrektywa 2004/18 stanowi preredagowanie już wcześniej istniejących przepisów. W związku z tym brak jest powodów, które mogłyby uzasadniać odmienne stanowiska pod rządami nowej dyrektywy.

31 Należy wskazać, że jakkolwiek niemiecki system finansowania nadawców publicznych wyklucza co do zasady wywieranie na nadawców jakiegokolwiek wpływu politycznego ze strony organów państwowych, to okoliczność ta nie wystarcza, aby niniejszą sprawę rozpatrywać wyłącznie z takiego punktu widzenia, że z definicji brak jest możliwości wywierania takiego wpływu przez państwo. Dla celów jednolitej wykładni i stosowania prawa wspólnotowego oraz realizacji celów traktatu WE należy bowiem mieć również na uwadze inne aspekty, takie jak swoboda przepływu i otwarcie rynku.

W przedmiocie pytania pierwszego

32 W pytaniu tym zwrócono się do Trybunału z wnioskiem o dokonanie wykładni pojęcia „finansowania w przeważającej części przez państwo” lub przez inne jednostki publiczne, zawartego w art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy 92/50 celem uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy przesłanka ta jest spełniona, gdy działalność nadawców publicznych, takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, jest finansowana w przeważającej części z opłat nałożonych, obliczanych i pobieranych według zasad takich jak omawiane w postępowaniu przed sądem krajowym.

33 Należy na wstępie wskazać, w zakresie dotyczącym przesłanki „w przeważającej części”, iż bezsporne jest, że w świetle orzecznictwa Trybunału przesłanka ta została spełniona, ponieważ wpływy wskazanych nadawców publicznych pochodzą w części przekraczającej połowę z opłaty stanowiącej przedmiot sprawy przed sądem krajowym (zob. podobnie wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. str. I-8035, pkt 30).

34 Należy ponadto wskazać, że brzmienie art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzeci wariant pierwszy dyrektywy 92/50 w ogóle nie precyzuje, w jaki sposób ma się odbywać finansowanie, o którym mowa w tym przepisie. W szczególności dla spełnienia zawartej w tym przepisie przesłanki nie jest wymagane, aby działalność nadawców była finansowana bezpośrednio przez państwo lub przez inną jednostkę publiczną. Analiza sposobów finansowania nie powinna się w związku z tym ograniczać do sposobów wskazanych przez niektóre strony, których dotyczy niniejsze postępowanie.

35 Aby dokonać wykładni pojęcia „finansowania przez państwo” lub przez inną jednostkę publiczną, należy odwołać się do celu dyrektyw wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych, w kształcie ustalonym w orzecznictwie Trybunału.

36 Zgodnie z tym orzecznictwem, celem dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych jest uniknięcie ryzyka preferencyjnego traktowania krajowych oferentów lub kandydatów przy udzielaniu zamówień publicznych przez instytucje zamawiające i jednocześnie wykluczenie sytuacji, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego mogłyby się kierować kryteriami pozagospodarczymi (ww. wyrok w sprawie University of Cambridge, pkt 17 oraz cytowane orzecznictwo).

37 Trybunał ponownie wskazał te cele, dodając, że w ich świetle pojęcie „instytucji zamawiającej” włącznie z pojęciem „podmiotu prawa publicznego” powinny być interpretowane w sposób funkcjonalny (wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. str. I-939, pkt. 42 i 43 oraz cytowane tam orzecznictwo).

38 Trybunał orzekł bowiem, że przeprowadzenie na szczeblu wspólnotowym koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych ma na celu zniesienie przeszkód w swobodnym przepływie usług i towarów i w związku z tym ochronę interesów podmiotów gospodarczych mających siedzibę w danym państwie członkowskim, którzy zamierzają przedstawić ofertę w zakresie swych towarów lub usług instytucjom zamawiającym mającym siedzibę w innym państwie członkowskim (ww. wyroki w sprawie University of Cambridge, pkt 16 oraz w sprawie Komisja przeciwko Francji, pkt 41).

39 W bardziej szczegółowym kontekście zamówień publicznych na usługi Trybunał podkreślił ten sam cel podstawowy, a mianowicie swobodny przepływ usług oraz otwarcie na niezakłóconą i jak najszerzą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich (zob. podobnie wyrok z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Rec. str. I-1, pkt 44 i 47).

40 W świetle tych właśnie celów i wedle tych kryteriów należy dokonywać oceny sposobu finansowania nadawców publicznych, jak ci, o których mowa w postępowaniu przed sądem krajowym, w związku z czym pojęcie „finansowania przez państwo” również powinno być interpretowane w sposób funkcjonalny.

41 W tym kontekście należy wskazać w pierwszej kolejności, że podstawa omawianej opłaty zapewniającej w przeważającej części finansowanie działalności nadawców została ustanowiona w umowie państwowej dotyczącej działalności nadawczej, a więc w akcie prawa publicznego. Została ona przewidziana oraz nałożona z mocy prawa i nie wynika ze stosunku umownego zawartego pomiędzy nadawcami i konsumentami. Obowiązek uiszczenia tej opłaty powstaje w związku z samym faktem posiadania odbiornika i nie

stanowi świadczenia wzajemnego względem rzeczywistego korzystania z usług świadczonych przez wskazanych nadawców.

42 Należy następnie wskazać, że również określenie kwoty opłaty nie wynika ze stosunku umownego pomiędzy nadawcami, o których mowa w postępowaniu przed sądem krajowym, a konsumentami. Zgodnie z umową państwową w sprawie finansowania nadawców, kwota ta została określona w formalnej decyzji przyjętej przez parlamenty i rządy krajów związkowych na podstawie raportu sporządzonego przez KEF w związku z oświadczeniem o potrzebach finansowych złożonym przez samych nadawców. Parlamenty i rządy krajów związkowych mogą, nie naruszając zasady wolności nadawców, nie zastosować się do zaleceń KEF, jednak wyłącznie w razie wystąpienia ściśle określonych powodów, a mianowicie gdy kwota opłaty stanowi dla konsumentów niewspółmierny ciężar finansowy ze względu na ogólną sytuację gospodarczą i społeczną i może zagrozić ich dostępowi do informacji (zob. wyrok w sprawie Bundesverfassungsgericht z dnia 11 września 2007 r., BvR 2270/05, BvR 809/06 i BvR 830/06).

43 Nawet gdyby parlamenty i rządy krajów związkowych musiały stosować się do zaleceń KEF bez możliwości wprowadzania jakichkolwiek zmian, również wówczas mechanizm określania opłat byłby ustanawiany przez państwo, które w tym przypadku przekazałoby uprawnienia władzy publicznej komisji ekspertów.

44 Co się tyczy sposobu pokrycia opłaty, z umowy państwowej w sprawie opłat wynika, że jej pobór jest dokonywany przez GEZ, która działa na rachunek nadawców publicznych mocą decyzji nakładającej obowiązek zapłaty, a więc w drodze władztwa publicznego. W związku z tym w przypadku zwłoki w zapłacie decyzje dotyczące zaległych opłat stają się przedmiotem administracyjnego postępowania egzekucyjnego, a dany nadawca publiczny może jako wierzyciel skierować wniosek o pomoc w egzekucji bezpośrednio do właściwego organu. Z tego względu nadawcy, o których mowa, korzystają w tym zakresie z uprawnień władzy publicznej.

45 Środki uzyskiwane przez nadawców we wskazany sposób są przekazywane bez konkretnego świadczenia wzajemnego w rozumieniu orzecznictwa Trybunału (zob. podobnie ww. wyrok University of Cambridge, pkt 23–25). Żadne umowne świadczenie wzajemne nie jest bowiem związane z tym przekazywaniem środków, ponieważ ani zobowiązanie do uiszczenia opłaty, ani kwota tej opłaty nie wynikają z umowy pomiędzy nadawcami publicznymi i konsumentami. Konsumenti są bowiem zobowiązani do uiszczania opłaty jedynie w związku z posiadaniem odbiornika, niezależnie od korzystania z usługi oferowanej przez tych nadawców. W związku z tym konsumenci są objęci obowiązkiem zapłaty, nawet jeśli nigdy nie korzystali z tych usług.

46 Należy podkreślić, że bezprzedmiotowy jest argument skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym, zgodnie z którym okoliczność, że opłata została ustanowiona w akcie prawnym, nie jest decydująca, gdyż w przeciwnym razie wszyscy lekarze, adwokaci i architekci prowadzący działalność w Republice Federalnej Niemiec byłiby „finansowani przez państwo”, ponieważ wysokość ich honorariów jest określana przez państwo. Nawet jeśli te honoraria są uregulowane przez państwo, konsument wstępuje w stosunki zobowiązaniowe z członkami tych zawodów zawsze ze swej wolnej woli i uzyskuje rzeczywiste świadczenie. Ponadto finansowanie działalności osób wykonujących wskazane wolne zawody nie jest zapewnione czy gwarantowane przez państwo.

47 Należy ponadto wskazać, jak słusznie podniosła Komisja Wspólnot Europejskich, że w świetle wskazanej interpretacji funkcjonalnej nie należy odmiennie oceniać sytuacji, w której środki finansowe są przekazywane poprzez budżet państwa, które najpierw pobiera opłatę, a następnie udostępnia pochodzące z niej środki nadawcom publicznym w sytuacji, w której państwo nadaje tym nadawcom prawo do pobierania opłat bezpośrednio.

48 Należy w związku z tym stwierdzić, że finansowanie takie, jakie ma miejsce w sprawie przed sądem krajowym, wynikające z aktu prawa publicznego, gwarantowane przez państwo i zapewniane poprzez mechanizm nakładania i poboru istniejący w ramach uprawnień władzy publicznej, spełnia przesłankę „finansowania przez państwo” w kontekście zastosowania przepisów wspólnotowych z dziedziny udzielania zamówień publicznych.

49 Ten sposób finansowania pośredniego wystarcza do spełnienia przesłanki „finansowania przez państwo” przewidzianej w przepisach wspólnotowych i nie jest ponadto konieczne, aby samo państwo ustanowiło lub wskazało publiczną lub prywatną instytucję właściwą do poboru opłat.

50 Na pierwsze pytanie należy w związku z tym odpowiedzieć, że art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy 92/50 powinien być interpretowany w ten sposób, że finansowanie w przeważającej części przez państwo ma miejsce wówczas, gdy nadawcy publiczni, tacy jak w postępowaniu przed sądem krajowym, są finansowani w przeważającej części z opłat ponoszonych przez posiadaczy odbiorników, nałożonych, obliczanych i pobieranych według zasad takich jak omawiane w postępowaniu przed sądem krajowym.

W przedmiocie pytania drugiego

51 W pytaniu drugim sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy 92/50 powinien być interpretowany w ten sposób, że w przypadku finansowania nadawców publicznych w sposób wskazany w ramach pierwszego pytania prejudycjalnego przesłanka „finansowania przez państwo” wymaga bezpośredniej

ingerencji państwa lub innych władz publicznych przy udzielaniu przez nadawcę zamówienia publicznego takiego jak w postępowaniu przed sądem krajowym.

52 W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy po pierwsze wskazać, że na podstawie brzmienia omawianego przepisu bezpośrednia ingerencja państwa lub innego podmiotu publicznego przy udzielaniu zamówienia publicznego nie jest wymagana do spełnienia przesłanki „finansowania przez państwo”.

53 Co się tyczy po drugie kryterium zależności podmiotu od władz publicznych, rozwiniętego w orzecznictwie Trybunału w zakresie dotyczącym trzech wariantów zawartych w art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie dyrektywy 92/50 (zob. podobnie wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i in., Rec. str. I-73, pkt 20), sąd krajowy wskazuje na wyżej wymienione stanowisko, przyjęte przez część doktryny i orzecznictwa w Niemczech, zgodnie z którym zależność ta oznacza, że władza publiczna może wywierać konkretny wpływ na różne procedury udzielania zamówień publicznych.

54 Należy w pierwszej kolejności wskazać, że pytanie o zależność nadawców od władzy publicznej w sprawie przed sądem krajowym dotyczy jedynie tych zamówień publicznych, które nie są związane z wykonywaniem właściwej misji publicznej tych nadawców zagwarantowanej w niemieckiej konstytucji, a mianowicie kształtowaniem i realizacją programów. Zamówienie, o którym mowa w sprawie przed sądem krajowym, nie dotyczy tej właściwej funkcji nadawców.

55 Należy następnie podkreślić, że w niniejszej sprawie samo istnienie nadawców publicznych zależy od państwa, jak wynika ze stwierdzeń zawartych w ramach analizy pierwszego pytania. Kryterium zależności tych nadawców od państwa jest więc spełnione bez konieczności wystąpienia konkretnego wpływu władzy publicznej na różne decyzje nadawców w zakresie zamówień publicznych.

56 Ta zależność sensu largo nie wyklucza bowiem ryzyka, że przy braku poszanowania przepisów wspólnotowych w dziedzinie zamówień publicznych nadawcy publiczni, o których mowa w postępowaniu przed sądem krajowym, będą się kierować względami pozagospodarczymi, w szczególności traktując na warunkach preferencyjnych oferentów lub kandydatów krajowych. Nadawcy ci mogą postępować w ten sposób, nie naruszając wymogów przewidzianych w niemieckiej konstytucji, która tego nie zabrania. Jak słusznie wskazuje sąd krajowy, obowiązek zachowania przez państwo neutralności w zakresie kształtowania programów przez nadawców, zagwarantowany w niemieckiej konstytucji i interpretowany przez Bundesverfassungsgericht, nie wymaga neutralności nadawców w zakresie udzielania zamówień publicznych. Takie ryzyko byłoby sprzeczne z celami

przepisów wspólnotowych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych wskazanymi w pkt 38 i 39 niniejszego wyroku.

57 Sąd krajowy pyta ponadto, jakie znaczenie dla odpowiedzi na drugie pytanie prejudycjalne ma stanowisko przyjęte przez Trybunał w pkt 21 powołanego powyżej wyroku w sprawie *University of Cambridge*, zgodnie z którym o ile sposób finansowania danego podmiotu może wskazywać na ścisłą zależność tego podmiotu od innej instytucji zamawiającej, to kryterium to nie zawsze jest decydujące. Nie każde przekazanie środków przez instytucję zamawiającą prowadzi do powstania lub pogłębienia szczególnego stosunku podporządkowania lub zależności. Jedynie świadczenia dokonywane bez konkretnego świadczenia wzajemnego, które finansują lub wspierają poprzez pomoc pieniężną działalność danego podmiotu, mogą zostać zakwalifikowane jako „finansowanie publiczne”.

58 Należy w tym kontekście wskazać, w zakresie dotyczącym zależności pomiędzy nadawcami a konsumentami, że z pkt 23–25 powołanego powyżej wyroku w sprawie *University of Cambridge* wynika, iż za „finansowanie publiczne” mogą zostać uznane świadczenia środków publicznych niezwiązane z żadnym umownym świadczeniem wzajemnym. Jak zostało stwierdzone w pkt 45 niniejszego wyroku, w niniejszej sprawie żadne umowne świadczenie wzajemne nie jest związane ze środkami przekazywanymi nadawcom, których dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, ponieważ ani obowiązek uiszczenia opłaty, ani jej kwota nie wynikają z umowy pomiędzy nadawcami a konsumentami. Ponadto obowiązek uiszczania przez konsumentów opłaty powstaje w związku z samym faktem posiadania odbiornika, nawet jeśli nie korzystają oni z usługi wskazanych nadawców.

59 Brak jest również w niniejszej sprawie konkretnego świadczenia wzajemnego na rzecz państwa, ponieważ jak słusznie podkreśla sąd krajowy, finansowanie służy w tych okolicznościach wyrównaniu ciężarów powstałych w związku z wykonywaniem misji publicznej państwa, polegającej na zapewnieniu społeczeństwu dostępu do informacji audiowizualnych w sposób pluralistyczny i obiektywny. W tych okolicznościach nadawcy, których dotyczy postępowanie przed sądem krajowym, nie różnią się od innych służb publicznych, które otrzymują od państwa subwencję za wykonywanie zadania leżącego w interesie publicznym.

60 W związku z tym na drugie pytanie prejudycjalne należy odpowiedzieć, że art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy 92/50 powinien być interpretowany w ten sposób, że w przypadku finansowania działalności nadawców publicznych, takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, w sposób wskazany w ramach analizy pierwszego pytania prejudycjalnego przesłanka „finansowania przez państwo” nie wymaga

bezpośredniej ingerencji państwa lub innych władz publicznych przy udzielaniu przez nadawcę zamówienia publicznego, takiego jak w postępowaniu przed sądem krajowym.

W przedmiocie pytania trzeciego

61 W trzecim pytaniu prejudycjalnym sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy art. 1 lit. a) pkt iv) w związku z art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie dyrektywy 92/50 należy interpretować w ten sposób, że jedynie zamówienia publiczne na usługi, których dotyczy pierwszy ze wskazanych przepisów, są wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy.

62 Artykuł 1 lit. a) pkt iv) dyrektywy 92/50 stanowi, że dyrektywa ta nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi dotyczące właściwej funkcji nadawców, a mianowicie kształtowania i realizacji programów ze względów o charakterze kulturalnym i społecznym, wskazanych w jedenastym motywie dyrektywy 92/50 i w sposób bardziej szczegółowy w dwudziestym piątym motywie dyrektywy 2004/18, które sprawiają, iż stosowanie dyrektywy nie jest w tych przypadkach właściwe.

63 Przepis ten, jak wskazuje rzecznik generalny w pkt 80 swej opinii, odzwierciedla ten sam cel, który zawarty jest w konstytucji niemieckiej, a mianowicie zagwarantowanie realizacji misji społecznej nadawców publicznych w sposób całkowicie niezależny i bezstronny.

64 W związku z tym, że omawiany przepis stanowi odstępstwo od podstawowego celu przepisów wspólnotowych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, wskazanego w pkt 39 niniejszego wyroku, a mianowicie swobodnego przepływu usług i otwarcia na jak najszerszą konkurencję, powinien on być interpretowany zawężająco. Wobec tego jedynie zamówienia publiczne na usługi wskazane w art. 1 lit. a) pkt iv) dyrektywy 92/50 są wyłączone z zakresu jej stosowania. Jednakże usługi, które w żaden sposób nie dotyczą działalności związanej z realizacją właściwej misji społecznej nadawców publicznych, są w pełni objęte przepisami wspólnotowymi w dziedzinie zamówień publicznych.

65 Stanowisko to potwierdza wymieniony powyżej dwudziesty piąty motyw dyrektywy 2004/18, w którym w przedostatnim zdaniu zawarto wskazówkę, iż wyłączenie stosowania tej dyrektywy nie powinno mieć miejsca w przypadku dostaw urządzeń technicznych niezbędnych do produkcji, koprodukcji oraz nadawania tych programów.

66 Należy jednak wskazać, że rozważania te mają zastosowanie jedynie wówczas, gdy ma miejsce konkretny przypadek zamówienia publicznego udzielanego przez podmiot uznany za „instytucję zamawiającą” w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50.

67 W związku z tym na trzecie pytanie prejudycjalne należy odpowiedzieć, że art. 1 lit. a) pkt iv) dyrektywy 92/50 powinien być interpretowany w ten sposób, że zgodnie z tym przepisem jedynie zamówienia publiczne na usługi w nim wskazane są wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy.

W przedmiocie kosztów

68 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (czwarta izba) orzeka, co następuje:

1) Artykuł 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi powinien być interpretowany w ten sposób, że finansowanie w przeważającej części przez państwo ma miejsce wówczas, gdy nadawcy publiczni, tacy jak w postępowaniu przed sądem krajowym, są finansowani w przeważającej części z opłat ponoszonych przez posiadaczy odbiorników, nałożonych, obliczanych i pobieranych według zasad takich jak omawiane w postępowaniu przed sądem krajowym.

2) Artykuł 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie wariant pierwszy dyrektywy 92/50 powinien być interpretowany w ten sposób, że w przypadku finansowania działalności nadawców publicznych, takich jak w postępowaniu przed sądem krajowym, w sposób wskazany w ramach analizy pierwszego pytania prejudycjalnego przesłanka „finansowania przez państwo” nie wymaga bezpośredniej ingerencji państwa lub innych władz publicznych przy udzielaniu przez nadawcę zamówienia publicznego takiego jak w postępowaniu przed sądem krajowym.

3) Artykuł 1 lit. a) pkt iv) dyrektywy 92/50 powinien być interpretowany w ten sposób, że zgodnie z tym przepisem jedynie zamówienia publiczne na usługi w nim wskazane są wyłączone z zakresu stosowania tej dyrektywy.

Podpisy

* Język postępowania: niemiecki.