DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

16. december 2008 *

I sag C-213/07,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Symvoulio tis Epikratias (Grækenland) ved afgørelse af 8. december 2006, indgået til Domstolen den 23. april 2007, i sagen:

Michaniki AE

mod

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

Ypourgos Epikratias,

procesdeltagere:

Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, der er indtrådt i rettighederne for Pantechniki AE,

og

Syndesmos Epichiriseon Periodikou Typou,

har

* Processprog: græsk.

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene, P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas og K. Lenaerts (refererende dommer) samt dommerne A. Tizzano og J.N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, K. Schiemann, J. Klučka, A. Arabadjiev, C. Toader og J.-J. Kasel,

generaladvokat: M. Poiares Maduro
justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 4. marts 2008,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, der er indtrådt i rettighederne for Pantechniki AE, ved dikigoros K. Giannakopoulos

— Syndesmos Epichiriseon Periodikou Typou ved dikigoros Drougas

— den græske regering ved A. Samoni-Rantou og E.-M. Mamouna, A. Manitakis og I. Dionysopoulos, som befuldmægtigede

— Rådet for Den Europæiske Union ved A. Lo Monaco, M.-M. Joséphidès og A. Vitro, som befuldmægtigede

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Patakia, D. Kukovec og X. Lewis, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 8. oktober 2008,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 (EFT L 328, s. 1, herefter »direktiv 93/37«).

2 Anmodningen er indgivet under en tvist mellem, på den ene side, det græske selskab Michaniki AE (herefter »Michaniki«) og, på den anden side, Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (det nationale radionævn, herefter »ESR«) og Ypourgos Epikratias (minister uden portefølje), vedrørende den afgørelse, hvorved ESR meddelte Pantechniki AE (herefter »Pantechniki«), der ligeledes er et græsk selskab, en erklæring om, at der ikke forelå uforenelighed, inden for rammerne af en indgåelse af en offentlig bygge- og anlægskontrakt.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3 Artikel 6 i direktiv 93/37, der indeholdes i direktivets afsnit 1 med overskriften »Almindelige bestemmelser«, omfatter et stk. 6, hvori følgende er fastsat:

»De ordregivende myndigheder påser, at de enkelte entreprenører ikke udsættes for forskelsbehandling.«

4 Dette direktivs afsnit IV, der omfatter »[f]ælles regler for deltagelse«, indeholder et kapitel 2, med overskriften »Kriterier for kvalitativ udvælgelse«, hvori indgår artikel 24, i hvilken bestemmelses stk. 1 følgende er fastsat:

»Fra deltagelse i en udbudsprocedure kan udelukkes enhver entreprenør:

a) hvis bo er under konkurs, likvidation, skifte eller tvangsakkord uden for konkurs, som har indstillet sin erhvervsvirksomhed eller befinder sig i en lignende situation i henhold til en tilsvarende procedure, der er fastsat i national lovgivning

b) hvis bo er begæret taget under konkursbehandling eller behandling med henblik på likvidation, skifte eller tvangsakkord uden for konkurs eller enhver tilsvarende behandling, der er fastsat i national lovgivning

c) som ved en retskraftig dom er dømt for en strafbar handling, der rejser tvivl om hans faglige hæderlighed

d) som i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv har begået en alvorlig fejl, som de ordregivende myndigheder bevisligt har konstateret

e) som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af bidrag til sociale sikringsordninger i henhold til retsforskrifterne i det land, hvor han er etableret, eller i den ordregivende myndigheds land

f) som ikke har opfyldt sine forpligtelser med hensyn til betaling af skatter og afgifter i henhold til retsforskrifterne i det land, hvor han er etableret, eller den ordregivende myndigheds land

g) som svigagtigt har givet urigtige oplysninger ved meddelelsen af de oplysninger, der kan kræves i henhold til dette kapitel, eller som har undladt at give disse oplysninger.«

Nationale bestemmelser

5 Artikel 14 i den græske forfatning indeholder et stk. 9, der blev tilføjet ved afstemningen den 6. april 2001, der blev foretaget af det græske parlaments syvende forsamling vedrørende lovændring, og hvori følgende er fastsat:

»Mediernes ejerforhold, økonomiske situation og indtægtskilder skal offentliggøres som fastsat i loven.

I loven bestemmes de foranstaltninger og begrænsninger, som er nødvendige for fuldt ud at sikre mediernes gennemsigtighed og mangfoldighed.

Det er forbudt at erhverve kontrol over flere medier af samme art eller af forskellig art.

Det er navnlig forbudt at kontrollere flere elektroniske medier af samme art som fastsat i loven.

Status som ejer, deltager, hovedaktionær eller medlem af ledelsen i en medievirksomhed er uforenelig med status som ejer, deltager, hovedaktionær eller ledelsen i en virksomhed, som over for det offentlige eller en offentlig juridisk person i bred forstand påtager sig at gennemføre bygge- og anlægsarbejde eller levere varer eller præstere tjenesteydelser.

Forbuddet i foregående afsnit omfatter enhver mellemmand, såsom ægtefælle, slægtninge, økonomisk afhængige personer eller selskaber.

I loven fastsættes nærmere bestemmelser, de sanktioner, som kan iværksættes, herunder inddragelse af sendetilladelse til radio- eller fjernsynsvirksomhed, forbud

mod at indgå aftaler eller ophævelse af sådanne aftaler, nærmere regler for kontrol samt forebyggende foranstaltninger over for omgåelse af de foregående afsnit.«

6 Lov nr. 3021/2002 om begrænsninger for indgåelse af offentlige kontrakter med personer, der er aktive i medievirksomheder (FEK A' 143), regulerer de forhold, der er omfattet af sidste afsnit i forfatningens artikel 14, stk. 9.

7 Begrebet »medievirksomhed« som omhandlet i nævnte lovs artikel 1 omfatter sådan virksomhed, »der er underlagt den græske stats jurisdiktion«. Samme artikel indeholder ligeledes definitioner på begreberne »den offentlige sektor i bred forstand«, »offentlige kontrakter«, »hovedaktionær«, »ledelsen«, »økonomisk afhængige personer« og »mellemmænd«.

8 Særlig er begrebet »hovedaktionær« og »mellemmænd« defineret på følgende måde i artikel 1, stk. 4 og 7, i lov nr. 3021/2002:

»4. »Hovedaktionær«: den aktionær, som på grundlag af det antal aktier, som er i dennes besiddelse, som opgjort uafhængigt eller i forhold til antallet af aktier i selskabets øvrige aktionærers besiddelse, på grundlag af deres stemmerettigheder eller andre særlige rettigheder i henhold til loven eller selskabets vedtægter eller på grundlag af generelle eller særlige aftaler med selskabet, med andre aktionærer eller med

tredjemand, der er økonomisk afhængig af ham eller handler på hans vegne, har en væsentlig indflydelse på beslutninger, der vedtages af selskabets styrende organer eller ledelse vedrørende den berørte virksomheds forvaltning og drift i almindelighed.

Følgende skal nærmere bestemt betragtes som hovedaktionær:

A. Den fysiske eller juridiske person, som uafhængigt af sin andel af den samlede aktiekapital:

a) er ejer af et antal aktier, som overstiger enhver anden aktionærs aktieantal eller som svarer til en anden aktionærs aktieantal

b) råder over flertallet af stemmerettigheder på generalforsamlingen i kraft af selskabets vedtægter eller ved de øvrige aktionærers overdragelse af en tilsvarende ret

c) i kraft af selskabets vedtægter eller ved de øvrige aktionærers overdragelse af en tilsvarende ret har ret til at udpege eller afsætte mindst to bestyrelses-

medlemmer, eller et medlem, når dette medlem er formand eller næstformand for bestyrelsen, direktør eller fungerende eller assisterende bestyrelsesformand eller administrerende direktør

d) er ejer af en andel af den samlede aktiekapital, som svarer til mindst halvdelen af den aktiekapital, som var repræsenteret og udøvede stemmerettigheder ved generalforsamlingsvedtagelse om genvalg eller afsættelse af selskabets siddende bestyrelse eller et flertal af dennes medlemmer, eller

e) direkte eller indirekte indgår kontrakter og aftaler i almindelighed med selskabet, i henhold til hvilke selskabet oppebærer indtægter eller andre økonomiske rettigheder, som svarer til mindst en femtedel af selskabets bruttoindtægter det seneste forudgående regnskabsår.

B. Den fysiske eller juridiske person, som:

a) er ejer af et antal aktier svarende til mindst 5% af den samlede aktiekapital, eller

b) er ejer af stemmerettigheder svarende til mindst 5% af stemmerettighederne på selskabets generalforsamling.

Ved beregningen af den under A og B i dette stykke omhandlede procentdel af aktiekapitalen eller stemmerettighederne tages også hensyn til de aktier eller stemmerettigheder, der ejes eller besiddes af:

— personer, der handler som mellemmænd

— virksomheder, der kontrolleres af den samme aktionær

— en anden aktionær, med hvem personen har indgået en aftale om koordineret udøvelse deres stemmerettigheder med henblik på gennemførelse af en fælles, langsigtet politik for, hvorledes selskabet skal ledes.

Endvidere tages stemmerettigheder, der besiddes i henhold til aftale om håndpantsætning eller brugsret eller som følge af en sikkerhedsforanstaltning i forhold til indehaveren af tilsvarende aktier samt aktier, som personen ikke er i besiddelse af, men hvoraf han er berettiget til udbytte, i betragtning. Antallet af aktier eller stemmerettigheder, der er erhvervet ved succession, tages i betragtning ved udløbet af en frist på tre måneder, der begynder at løbe ved erhvervelsen.

[…]

7. »Mellemmænd«: fysiske eller juridiske personer, som er økonomisk afhængige eller på grundlag af en generel eller særlig aftale handler for en anden fysisk eller juridisk persons regning eller efter dennes anvisning eller ordre«.

9 I artikel 2 i lov nr. 3021/2002 med overskriften »Forbud mod at indgå offentlige kontrakter med medievirksomheder« er følgende fastsat:

»1. Det er forbudt at indgå offentlige kontrakter med medievirksomheder og deltagere, hovedaktionærer, medlemmer af administrative organer og ledelsen i sådanne virksomheder. Det er ligeledes forbudt at indgå offentlige kontrakter med selskaber, hvis deltagere, hovedaktionærer, medlemmer af administrative organer eller ledelse er medievirksomheder eller deltagere, hovedaktionærer, medlemmer af administrative organer eller ledelse i medievirksomheder.

2. Det bestemmes ligeledes, at forbuddet mod at indgå offentlige kontrakter omfatter:

a) ægtefæller og slægtninge i lige linje uden begrænsninger og i sidelinje indtil fjerde grad til disse personer, for så vidt som de ikke kan godtgøre, at de er økonomisk uafhængige i forhold til disse personer

b) enhver anden mellemmand

c) selskabsdeltagere og hovedaktionærer i de af stk. 1 omfattede selskabsdeltagere og hovedaktionærer

d) enhver fysisk eller juridisk person, der uden at være aktionær, direkte eller indirekte kontrollerer en eller flere medievirksomheder, eller som direkte eller indirekte øver væsentlig indflydelse på beslutninger, der vedtages af selskabets styrende organer eller ledelse, vedrørende virksomhedens forvaltning og drift i almindelighed.

[…]«

10 I artikel 3 i lov nr. 3021/2002 vedrørende »[u]foreneligheder« er følgende fastsat:

»1. Status som ejer, deltager, hovedaktionær eller medlem af et administrativt organ eller ledelsen i en medievirksomhed er uforenelig med status som ejer, deltager, hovedaktionær eller medlem af et administrativt organ eller ledelsen i en virksomhed,

som indgår offentlige kontrakter, hvis tildeling eller indgåelse er forbudt i henhold til artikel 2, samt med status som selskabsdeltager eller hovedaktionær i denne virksomheds selskabsdeltagere eller hovedaktionærer.

2. Den i denne artikel fastsatte uforenelighed gælder også for tilfælde, hvor ejeren, hovedaktionæren, selskabsdeltageren, medlemmet af et administrativt organ eller ledelsen i en virksomhed, der indgår offentlige kontrakter, er en ægtefælle eller en slægtning i lige linje uden begrænsning eller i sidelinjen indtil fjerde led, medmindre denne kan godtgøre at være økonomisk uafhængig i forhold til ejeren, hovedaktionæren, selskabsdeltageren, medlemmet af et administrativt organ eller ledelsen i en medievirksomhed, ligesom i alle øvrige tilfælde, hvor ovennævnte uforeneligheder vedrører en mellemmand.

[…]«

11 I artikel 4 i lov nr. 3021/2002 er det i det væsentlige bestemt, at den pågældende ordregivende myndighed før tildeling eller tilkendelse af en offentlig kontrakt eller i hvert fald inden den offentlige kontrakts indgåelse skal anmode ESR om en erklæring, der attesterer, at de i denne lovs artikel 3 fastsatte betingelser for uforenelighed ikke er opfyldt, idet kontrakten ellers vil være ugyldig.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

12 Ved afgørelse nr. 844 af 13. december 2001 bekendtgjorde bestyrelsen for det græske selskab Erga OSE AE (herefter »Erga OSE«) et offentligt udbud af gennemførelse af jordarbejde og teknisk arbejde i forbindelse med infrastrukturen til den nye tosporede højhastighedsjernbanelinje mellem Korinth og Kiato (Grækenland) med et anslået budget på 51 700 000 EUR.

13 I udbudsproceduren deltog bl.a. selskaberne Michaniki og KI Sarantopoulos AE (herefter »Sarantopoulos«), der ligeledes er et græsk selskab.

14 Ved afgørelse nr. 959 af 22. maj 2002 tildelte Erga OSE's bestyrelse kontrakten vedrørende dette jordarbejde og tekniske arbejde til Sarantopoulos. Sidstnævnte er efterfølgende blevet opslugt af Pantechniki.

15 Inden kontraktens indgåelse meddelte Erga OSE, der på daværende tidspunkt henhørte under »den offentlige sektor i bred forstand« som omhandlet i artikel 1, stk. 2, i lov nr. 3021/2002, ved skrivelse af 9. oktober 2002 ESR oplysninger vedrørende identiteten af Pantechnikis hovedaktionærer, bestyrelses- og direktionsmedlemmer med henblik på at opnå en erklæring om, at de i denne lovs artikel 3 fastsatte betingelser for uforenelighed ikke var opfyldt.

16 På grundlag af nævnte lovs artikel 4 udstedte ESR erklæring nr. 8117 af 30. oktober 2002, hvorved det blev bekræftet, at der ikke forelå uforenelighed for så vidt angik de personer, der var blevet identificeret i Erga OSE's skrivelse af 9. oktober 2002 (herefter »erklæringen«).

17 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at ESR vurderede, at selv om K. Sarantopoulos, der er hovedaktionær og næstformand i bestyrelsen for Pantechniki, er slægtning til G. Sarantopoulos, der er medlem af bestyrelsen i to græske medievirksomheder, omfattes han ikke af de kriterier for uforenelighed, der er fastsat i artikel 2 og 3 i lov nr. 3021/2002. ESR lagde til grund, at K. Sarantopoulos var økonomisk uafhængig af G. Sarantopoulos.

18 Michaniki har ved Symvoulio tis Epikrateias (forvaltningsdomstol) anlagt søgsmål med påstand om annullation af den omhandlede erklæring med henvisning til, at der er sket tilsidesættelse af artikel 14, stk. 9, i forfatningen. Selskabet gør bl.a. gældende, at artikel 2, stk. 2, og artikel 3, stk. 2, i lov nr. 3021/2002, der udgør grundlaget for denne erklærings udstedelse, indebærer, at anvendelsesområdet for forfatningens artikel 14, stk. 9, begrænses og derfor ikke er i overensstemmelse med denne forfatningsbestemmelse.

19 Pantechniki — i hvis rettigheder Elliniki Technodomiki Tech Niki Ependytiki Viomichaniki AE er indtrådt — og Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou (rådet for tidsskriftvirksomheder, herefter »SEPT«) har fået tilladelse til at intervenere i hovedsagen til støtte for de af ESR nedlagte påstande.

20 Den forelæggende ret finder, at artikel 2, stk. 2, og artikel 3, stk. 2, i lov nr. 3021/2002, for så vidt som de gør det muligt for en entreprenør, der udfører offentlige bygge- og anlægsarbejder, at undgå ordningen vedrørende uforenelighed ved at godtgøre sin økonomiske uafhængighed i forhold til en slægtning, der er ejer, deltager, hovedaktionær eller leder i en medievirksomhed, er i strid med forfatningens artikel 14, stk. 9, hvorefter den nævnte entreprenør, selv om han er økonomisk uafhængig af denne slægtning, alligevel skal bevise, at han har handlet selvstændigt for egen regning og i egen interesse.

21 Det er imidlertid den forelæggende rets opfattelse, at selv om denne gennemgang på dette stadium er tilstrækkelig til, at der kan træffes afgørelse i hovedsagen, berettiger procesøkonomiske hensyn, at denne ret med henblik på en eventuel annullation af den omhandlede erklæring som følge af, at artikel 2 og 3 i lov nr. 3021/2002 udgør en tilsidesættelse af forfatningens artikel 14, stk. 9, nu foretager en gennemgang af, om nævnte forfatningsbestemmelse — der gør det muligt at udelukke en virksomhed, der opererer i sektoren for offentlige bygge- og anlægsarbejder, fra en offentlig kontrakt med den begrundelse, at virksomhedens hovedaktionær ikke har kunnet afkræfte formodningen om, at vedkommende som følge af at være slægtning til en ejer af eller en deltager, hovedaktionær eller leder i en medievirksomhed handler som mellemmand for denne virksomhed og ikke for egen regning — er forenelig med fællesskabsretten.

22 Den forelæggende ret har herved for det første angivet, at et flertal af dens medlemmer er af den opfattelse, at de udelukkelsesgrunde, der er opregnet i artikel 24 i direktiv 93/37, er udtømmende og følgelig udelukker, at der tilføjes udelukkelsesgrunde som dem, der følger af forfatningens artikel 14, stk. 9. Den tilføjer, at visse af dens medlemmer derimod er af den opfattelse, at henset til den delvise harmonisering, der er foretaget ved direktivet, forbyder dettes artikel 24 ikke medlemsstaterne at fastsætte supplerende udelukkelsesgrunde, der bl.a. som i denne sag forfølger formål, der er i almenhedens interesse, vedrørende demokratiets funktion og garanti for pressens mangfoldighed.

23 Såfremt det, for det andet, lægges til grund, at artikel 24 i direktiv 93/37 ikke er udtømmende, er den forelæggende ret af den opfattelse, at medlemsstaternes mulighed for at fastsætte yderligere udelukkelsesgrunde i henhold til fællesskabsretspraksis er underlagt betingelser, der dels skal sikre, at der foreligger et formål, der er foreneligt med de almindelige fællesskabsretlige principper, dels at proportionalitetsprincippet iagttages. Den forelæggende ret bemærker herved, at et af dens medlemmer er af den opfattelse, at forfatningens artikel 14, stk. 9, ikke er i strid med dette princip, når henses til, for det første, at formodningen om mellemmænd har en sådan karakter, at den kan afkræftes og, for det andet, at der ikke findes nogen alternativ løsning, der gør det muligt at opfylde de forfulgte formål.

24 Såfremt det, for det tredje, lægges til grund, at artikel 24 i direktiv 93/37 er udtømmende eller, at forfatningens artikel 14, stk. 9, ikke kan anses for at forfølge et mål, der er forenelig med fællesskabsretten eller er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet, betvivler den forelæggende ret, at det medlemsstaterne ved dette direktiv pålagte forbud mod at vedtage bestemmelser som de i hovedsagen omhandlede, hvorved der af hensyn til almenheden indføres en ordning vedrørende uforenelighed mellem medieområdet og området for offentlige kontrakter, er i overensstemmelse med princippet vedrørende beskyttelse af det demokratiske systems normale funktion i medlemsstaterne og tilsikring af gennemsigtighed ved indgåelse af offentlige kontrakter, princippet om en fri og ufordrejet konkurrence og subsidiaritetsprincippet.

25 Den forelæggende ret bemærker imidlertid, at et mindretal blandt dens medlemmer er af den modsatte opfattelse, idet de mener, at direktiv 93/37 indeholder tilstrækkelige garantier til at sikre gennemsigtighed ved offentlige udbudsprocedurer og til at beskytte sådanne procedurer mod ulovlige påvirkninger og korruption.

26 På denne baggrund har Symvoulio tis Epikrateias besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er opregningen af de grunde, der fører til udelukkelse af entreprenører fra offentlige bygge- og anlægsarbejder, i artikel 24 i […] direktiv 93/37 […] udtømmende?

2) Såfremt det antages, at denne opregning ikke er udtømmende, forfølger en bestemmelse da mål, som er forenelige med fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, når det af hensyn til beskyttelsen af gennemsigtigheden i statens økonomiske funktioner heri bestemmes, at status som ejer, deltager, hovedaktionær eller leder af en medievirksomhed er uforenelig med status som ejer,

deltager, hovedaktionær eller leder af en virksomhed, som over for det offentlige eller en offentlig juridisk person påtager sig at gennemføre arbejder, levere varer eller præstere tjenesteydelser, og er et fuldstændigt forbud mod at tildele offentlige kontrakter til sådanne virksomheder forenelig med det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip?

3) Såfremt det antages, at artikel 24 i direktiv 93/37 […] skal fortolkes således, at de grunde, der fører til udelukkelse af entreprenører, opregnes på udtømmende vis, eller at anvendelsen af den nationale bestemmelse ikke kan anses for at forfølge mål, som er forenelige med fællesskabsrettens almindelige grundsætninger, eller endelig at dette forbud ikke er forenelig med det fællesskabsretlige proportionalitetsprincip, har ovennævnte direktiv da tilsidesat de almene principper om beskyttelse af konkurrencen, om offentlighed og bestemmelsen i artikel 5, stk. 2, [EF], som indfører subsidiaritetsprincippet, idet direktivet er til hinder for, at der indføres en bestemmelse, hvorefter den omstændighed, at en entreprenør eller dens ledelse (såsom ejeren af den pågældende virksomhed, hovedaktionæren, deltageren eller lederen) eller personer indsat af disse driver medievirksomheder, som kan udøve ubehørig indflydelse på udbuddet ved hjælp af den generelle indflydelse, de har, udgør en grund, som fører til udelukkelse af sådanne entreprenører fra deltagelse i offentlige udbud?«

Om Domstolens kompetence og formaliteten

27 Den græske regering bestrider relevansen af de af den forelæggende ret stillede spørgsmål.

28 Den gør for det første gældende, at tvisten i hovedsagen vedrører en rent intern situation, som udelukkende vedrører græske erhvervsdrivende. Det er derfor tvivlsomt, om hovedsagen vedrører forhold, der falder inden for anvendelsesområdet for direktiv 93/37 og dermed er omfattet af Domstolens kompetence til at foretage fortolkning.

29 Hertil skal dog bemærkes, at direktiv 93/37 ikke indeholder noget holdpunkt for den antagelse, at anvendelse af dets bestemmelser, navnlig de fælles regler for deltagelse, der bl.a. er fastsat i artikel 24, afhænger af forekomsten af en faktisk forbindelse til fri bevægelighed mellem medlemsstaterne. Som generaladvokaten har anført i punkt 16 i sit forslag til afgørelse, er det ikke i henhold til direktivet en betingelse for, at fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter er underkastet direktivets bestemmelser, at krav vedrørende de bydendes nationalitet eller hjemsted er opfyldt (jf. analogt dom af 25.4.1996, sag C-87/94, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 2043, præmis 33).

30 Følgelig og henset til den faktiske omstændighed, at værdien af kontrakten i hovedsagen overstiger tærskelværdien for anvendelsen af direktiv 93/37, har Domstolen beføjelse til i denne sag at træffe afgørelse angående fortolkningen af nævnte direktiv.

31 Den græske regering gør for det andet gældende, at den tvist, der verserer for den forelæggende ret, udelukkende vedrører spørgsmålet om, hvorvidt bestemmelserne i lov nr. 3021/2002 er forenelige med forfatningens artikel 14, stk. 9. Den fortolkning af fællesskabsretten, som den forelæggende ret anmoder om, opfylder derfor ikke et objektivt behov i forhold til afgørelsen af denne tvist.

32 Det bemærkes herved, at det ifølge fast retspraksis udelukkende tilkommer den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retsafgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af

de spørgsmål, den forelægger Domstolen (jf. bl.a. dom af 15.12.1995, sag C-415/93, Bosman, Sml. I, s. 4921, præmis 59, af 15.6.2006, sag C-466/04, Acereda Herrera, Sml. I, s. 5341, præmis 47, og af 31.1.2008, sag C-380/05, Centro Europa 7, Sml. I, s. 349, præmis 52).

33 Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse (jf. bl.a. dom af 25.2.2003, sag C-326/00, IKA, Sml. I, s. 1703, præmis 27, af 12.4.2005, sag C-145/03, Keller, Sml. I, s. 2529, præmis 33, og af 11.7.2006, sag C-13/05, Chacón Navas, Sml. I, s. 6467, præmis 32).

34 Domstolen kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national ret, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (jf. bl.a. dom af 13.3.2001, sag C-379/98, PreussenElektra, Sml. I, s. 2099, præmis 39, og af 19.2.2002, sag C-35/99, Arduino, Sml. I, s. 1529, præmis 25, samt dommen i sagen Chacón Navas, præmis 33).

35 Det bemærkes, at dette ikke er tilfældet her. I denne sag vil Domstolens besvarelse af anmodningen om præjudiciel afgørelse bibringe den forelæggende ret den fortolkning, der er nødvendig for at afgøre det spørgsmål, som det endelige resultat af tvisten i hovedsagen afhænger af, nemlig om ordningen vedrørende uforenelighed mellem sektoren for offentligt bygge- og anlægsarbejde og sektoren for medievirksomheder, der er indført ved forfatningens artikel 14, stk. 9, og gennemført ved lov nr. 3021/2002, er i overensstemmelse med fællesskabsretten.

36 Anmodningen om præjudiciel afgørelse bør derfor fremmes til realitetsbehandling.

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

37 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om de grunde, der fører til udelukkelse fra offentlige bygge- og anlægsarbejder, som er fastsat i artikel 24 i direktiv 93/37, er udtømmende.

38 Det bemærkes herved, at Fællesskabets udbudsdirektiver tilsigter at samordne de nationale udbudsprocedurer (dom af 9.2.2006, forenede sager C-226/04 og C-228/04, La Cascina m.fl., Sml. I, s. 1347, præmis 20). Hvad nærmere angår offentlige bygge- og anlægskontrakter fremhæves dette formål udtrykkeligt i anden betragtning til direktiv 93/37.

39 Det fremgår af anden og tiende betragtning til direktiv 93/37, at denne samordning tilsigter den samtidige gennemførelse af etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser i forbindelse med offentlige bygge- og anlægskontrakter og udvikling af en effektiv konkurrence på fællesskabsplan på dette område, idet den bredest mulige

tilkendegivelse af interesse blandt medlemsstaternes entreprenører fremmes (jf. i den retning dom af 26.9.2000, sag C-225/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 7445, præmis 34, af 12.7.2001, sag C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., Sml. I, s. 5409, præmis 52, af 27.11.2001, forenede sager C-285/99 og C-286/99, Lombardini og Mantovani, Sml. I, s. 9233, præmis 34, og af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 89).

40 I denne forbindelse indeholder artikel 24 i direktiv 93/37, der henhører under direktivets afsnit om »fælles« regler for deltagelse, en præcis ordning vedrørende betingelserne for udvælgelse af de entreprenører, som kan gives adgang til at afgive bud, og betingelserne for tildeling af kontrakten (jf. analogt dom af 7.12.2000, sag C-94/99, ARGE, Sml. I, s. 11037, præmis 27).

41 I et kapitel, der omhandler kriterierne for »kvalitative« udvælgelse, identificeres i nævnte artikel 24, stk. 1, syv grunde til at udelukke entreprenører fra deltagelse, der vedrører den pågældende persons faglige kvalifikationer, nærmere bestemt hans faglige hæderlighed, solvens og økonomiske og finansielle kapacitet (jf. analogt dom af 10.2.1982, sag 76/81, Transporoute mod Ministère des travaux publics, Sml. s. 417, præmis 9, og dommen i sagen La Cascina m.fl., præmis 21).

42 Det bemærkes herved i overensstemmelse med det, som Rådet for Den Europæiske Union har anført, at fællesskabslovgivers tilgang har været kun at fastsætte udelukkelsesgrunde på grundlag af en objektiv konstatering af faktiske omstændigheder eller adfærd udvist af den berørte entreprenør selv, der kan miskreditere hans faglige kompetence eller hans økonomiske eller finansielle evne til at fuldføre arbejder, der er omfattet af den offentlige kontrakt, som han har afgivet bud på.

43 Under disse omstændigheder skal artikel 24, stk. 1, i direktiv 93/37 betragtes som en udtømmende opregning af de grunde, der kan begrunde udelukkelse af en entreprenør fra deltagelse i en kontrakt, af årsager, der er støttet på objektive faktorer vedrørende hans faglige kvalifikationer. Denne bestemmelse er således til hinder for, at medlemsstaterne eller de ordregivende myndigheder til den i denne bestemmelse indeholdte liste føjer andre udelukkelsesgrunde, som er støttet på kriterier vedrørende faglige kvalifikationer (jf. ved analogi dommen i sagen La Cascina m.fl., præmis 22).

44 Den i artikel 24, stk. 1, i direktiv 93/37 anførte udtømmende opregning udelukker imidlertid ikke medlemsstaternes mulighed for at opretholde eller fastsætte materielle bestemmelser, der på området for offentlige kontrakter bl.a. har til formål at sikre, at ligebehandlingsprincippet og det princip om gennemsigtighed, som er en forudsætning herfor, iagttages, således som det påhviler de ordregivende myndigheder i forbindelse med enhver sådan udbudsprocedure (jf. i den retning ARGE-dommen, præmis 24, og dom af 16.10.2003, sag C-421/01, Traunfellner, Sml. I, s. 11941, præmis 29).

45 Nævnte principper, der bl.a. indebærer, at de bydende skal behandles lige, både når de udarbejder deres bud, og når den ordregivende myndighed vurderer buddene (jf. i denne retning dom af 18.10.2001, sag C-19/00, SIAC Construction, Sml. I, s. 7725, præmis 34, og af 4.12.2003, sag C-448/01, EVN og Wienstrom, Sml. I, s. 14527, præmis 47), udgør grundlaget for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter (jf. bl.a. dommen i sagen Universale-Bau m.fl., præmis 91, og dom af 19.6.2003, sag C-315/01, GAT, Sml. I, s. 6351, præmis 73), og forpligtelsen for de ordregivende myndigheder til at sikre overholdelsen heraf følger af selve hovedformålet med disse direktiver (jf. i denne retning dom af 17.9.2002, sag C-513/99, Concordia Bus Finland, Sml. I, s. 7213, præmis 81, og af 3.3.2005, forenede sager C-21/03 og C-34/03, Fabricom, Sml. I, s. 1559, præmis 26).

46 Det er endvidere anført i artikel 6, stk. 6, i direktiv 93/37, at de ordregivende myndigheder påser, at de enkelte entreprenører ikke udsættes for forskelsbehandling.

47 Heraf følger, at en medlemsstat er berettiget til ud over de udelukkelsesgrunde, som er støttet på kriterier vedrørende faglige kvalifikationer, der udtømmende er opregnet i artikel 24, stk. 1, i direktiv 93/37, at fastsætte udelukkelsesgrunde med henblik på inden for rammerne af offentlige udbudsprocedurer at sikre iagttagelsen af ligebehandlingsprincippet i forhold til alle de bydende og princippet om gennemsigtighed.

48 Imidlertid må sådanne foranstaltninger i henhold til proportionalitetsprincippet, der hører til fællesskabsrettens almindelige grundsætninger (jf. bl.a. dom af 14.12.2004, sag C-210/03, Swedish Match, Sml. I, s. 11893, præmis 47), ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette formål (jf. i den retning Fabricom-dommen, præmis 34).

49 Det første spørgsmål bør derfor besvares således, at artikel 24, stk. 1, i direktiv 93/37 skal fortolkes således, at det indeholder en udtømmende opregning af de grunde, der er støttet på objektive faktorer vedrørende en entreprenørs faglige kvalifikationer, som kan begrunde udelukkelse fra deltagelse i en offentlig bygge- og anlægskontrakt. Dette direktiv hindrer imidlertid ikke, at en medlemsstat fastsætter andre udelukkelsesforanstaltninger med henblik på at sikre iagttagelsen af ligebehandlingsprincippet i forhold til de bydende og princippet om gennemsigtighed, når sådanne foranstaltninger ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette formål.

Det andet spørgsmål

50 Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en national bestemmelse om uforenelighed mellem sektoren for medievirksomheder og sektoren for offentligt bygge- og anlægsarbejde er forenelig med de fællesskabsretlige principper.

51 Det bemærkes indledningsvis, at Domstolen inden for rammerne af den præjudicielle procedure ikke har kompetence til at afgøre, om national ret er forenelig med fællesskabsretten, eller til at fortolke national ret. Domstolen er derimod beføjet til at forsyne den forelæggende ret med alle under fællesskabsretten henhørende fortolkningsbidrag, som gør det muligt for denne ret at vurdere de nævnte forskrifters forenelighed med fællesskabsbestemmelserne (jf. bl.a. dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Hünermund m.fl., Sml. I, s. 6787, præmis 8, og af 23.3.2006, sag C-237/04, Enirisorse, Sml. I, s. 2843, præmis 24, samt Centro Europa-dommen, præmis 49 og 50).

52 Domstolen skal således i denne sag begrænse sin vurdering til at fortolke fællesskabsretten på en måde, der gør det muligt for den forelæggende ret, som har kompetencen til at tage stilling til, om de berørte nationale bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten, at afgøre den tvist, der verserer for den.

53 I den henseende er, således som det er bemærket i denne doms præmis 39, direktiv 93/37's afgørende formål at åbne de offentlige bygge- og anlægskontrakter for konkurrence. Dette direktivs mål er at garantere, at der ikke er risiko for, at de offentlige myndigheder udøver favoritisme (jf. i denne retning dommen i sagen Ordine degli Architetti m.fl., præmis 75, og dommen i sagen Lombardini og Mantovani, præmis 35).

54 Samordningen på fællesskabsniveau af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter tilsigter bl.a. at fjerne såvel risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende en fortrinsstilling ved indgåelse af kontrakter, som muligheden for, at en offentlig ordregivende myndighed lader sig lede af hensyn, der ikke angår kontrakten (jf. i denne retning dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 17, og af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 42, samt dommen i sagen Lombardini og Mantovani, præmis 36).

55 Der skal herved, således som generaladvokaten har anført i punkt 30 i forslaget til afgørelse, tilkendes medlemsstaterne en vis skønsbeføjelse med henblik på vedtagelse af foranstaltninger, der skal sikre ligebehandlingsprincippet i forhold til tilbudsgivere og gennemsigtighedsprincippet, der, således som det er bemærket i denne doms præmis 45, udgør grundlaget for direktiverne om indgåelse af offentlige kontrakter.

56 Hver enkelt medlemsstat er bedst i stand til i lyset af dens særlige historiske, retlige, økonomiske eller sociale forhold (jf. i den retning dommen i sagen La Cascina m.fl., præmis 23) at identificere situationer, der fremmer adfærd, som kan indebære brud på disse principper.

57 Det tilsigtes således ikke med fællesskabsretten at ændre den bedømmelse, som en medlemsstat foretager i forhold til den for medlemsstaten specifikke kontekst vedrørende den særlige risiko for, at en sådan adfærd vil opstå i tilfælde af, at der blandt de bydende ved en offentlig bygge- og anlægskontrakt optræder en virksomhed, der opererer i mediesektoren, eller som har forbindelse til personer, der er involveret i denne sektor, og vedrørende nødvendigheden af at træffe foranstaltninger til at mindske denne risiko.

58 I dette tilfælde er den pågældende medlemsstat af den opfattelse, at det ikke kan udelukkes, at en medievirksomhed eller en offentlig byggeentreprenør, der er forbundet med en sådan virksomhed, eller med personer, der ejer eller leder virksomheden, ved indgåelse af en offentlig bygge- og anlægskontrakt, over for den ordregivende myndighed agter at forsøge at udnytte den indflydelse, som deres stilling eller forbindelser i mediesektoren giver dem, med henblik på ulovligt at manipulere beslutningen om at tildele denne kontrakt ved at stille en oplysningskampagne i udsigt, der er partisk eller derimod kritisk i forhold til denne beslutning.

59 En medlemsstats ønske om at forebygge risikoen for, at medierne udnytter deres magt til at få indflydelse på indgåelsen af offentlige kontrakter er omfattet af det almene hensyn, der udgøres af bevarelse af mediernes pluralisme og uafhængighed (jf. herved dom af 26.6.1997, sag C-368/95, Familiapress, Sml. I, s. 3689, præmis 18, og af 13.12.2007, sag C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium m.fl., Sml. I, s. 11135, præmis 41 og 42). Desuden tjener det specifikt til opfyldelse af et andet formål af samme karakter, nemlig bekæmpelse af svig og korruption (jf. herved dom af 24.3.1994, sag C-275/92, Schindler, Sml. I, s. 1039, præmis 57-60, og af 6.3.2007, forenede sager C-338/04, C-359/04 og C-360/04, Placanica m.fl., Sml. I, s. 1891, præmis 46).

60 Heraf følger, at fællesskabsretten ikke er til hinder for vedtagelse af nationale foranstaltninger, som ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter tilsigter at fjerne den risiko for, at der forekommer adfærd, som kan udgøre en trussel for gennemsigtigheden og fordreje konkurrencen, der kan skyldes, at der blandt de bydende optræder en entreprenør, der opererer i mediesektoren, eller som har forbindelse til personer, der er involveret i denne sektor, og dermed forebygge eller forhindre svindel og korruption.

61 Som det er blevet fremhævet i denne doms præmis 48, skal sådanne foranstaltninger også være forenelige med proportionalitetsprincippet.

62 En national bestemmelse som den i hovedsagen omhandlede, hvorved det generelt bestemmes, at der foreligger uforenelighed mellem sektoren for offentlige bygge- og anlægsarbejder og mediesektoren, medfører, at tildeling af offentlige bygge- og anlægskontrakter til entreprenører, der er også involveret i mediesektoren på grund af et ejer-, hovedaktionær-, deltager- eller ledelsesforhold, udelukkes, uden at de gives nogen mulighed for at godtgøre, at der trods eventuelle beviser, der er fremlagt af f.eks. en konkurrent, ikke i deres tilfælde foreligger nogen reel risiko af den art, der er nævnt i denne doms præmis 60 (jf. ved analogi Fabricom-domen, præmis 33 og 35).

63 Således som Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og Rådet — og under retsmødet også Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE — har anført, går en sådan bestemmelse ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de angivelige formål vedrørende gennemsigtighed og ligebehandling, idet bestemmelsen udelukker en hel kategori af entreprenører, der foretager offentlige bygge- og anlægsarbejder, på grundlag af en uigendrivelig formodning om, at den omstændighed, at der blandt de bydende optræder en entreprenør, der er også involveret i mediesektoren, nødvendigvis påvirker konkurrencen til skade for de øvrige bydende.

64 Den græske regering har fremhævet den mulighed, der følger af den i hovedsagen omtvistede forfatningsmæssige bestemmelse, for ikke at udelukke en mellemmand for en medievirksomhed eller person, der er ansvarlig for en sådan virksomhed, i egenskab af ægtefælle, slægtning, økonomisk afhængig person eller selskab, hvis det godtgøres, at

denne mellemmands deltagelse ved indgåelse af en offentlig kontrakt er resultatet af en uafhængig beslutning, som udelukkende er truffet på grundlag af mellemmandens egen personlige interesse.

65 Imidlertid indebærer denne mulighed ikke, at den i hovedsagen omtvistede nationale bestemmelse er forenelig med proportionalitetsprincippet.

66 En sådan mulighed ændrer nemlig ikke ved den automatiske og absolutte karakter af det forbud, der vedrører alle entreprenører, der udfører offentlige bygge- og anlægsarbejder, og som også er aktive i mediesektoren eller er forbundet med fysiske eller juridiske personer, der er involveret i denne sektor, og som ikke er berørt af denne undtagelse fra den generelle udelukkelsesforanstaltning, der er fastsat til fordel for mellemmænd.

67 Desuden bliver en entreprenør, der udfører offentlige bygge- og anlægsarbejder, og som fungerer som mellemmand for en medievirksomhed eller en person, der ejer eller leder en sådan virksomhed, udelukket fra tildeling af en kontrakt, uden at der i tilfælde af, at det er fastslået, at han optræder for denne virksomheds eller persons regning, er mulighed for at godtgøre, at denne optræden ikke kan påvirke konkurrencen mellem de bydende.

68 Endelig tjener den meget brede betydning, der i forbindelse med den omtvistede nationale bestemmelse i hovedsagen tillægges begreberne hovedaktionær og mellemmænd, såsom det fremgår af denne doms præmis 8, til at styrke den uforholdsmæssige karakter af en sådan bestemmelse.

69 Det andet spørgsmål bør derfor besvares således, at fællesskabsretten skal fortolkes således, at den er til hinder for en national bestemmelse, der samtidig med at den forfølger lovlige formål om ligebehandling af bydende og gennemsigtighed inden for rammerne af indgåelse af offentlige kontrakter, indfører en uigendrivelig formodning om uforenelighed mellem status som ejer, deltager, hovedaktionær eller medlem af ledelsen i en virksomhed, der er aktiv inden for mediesektoren, og status som ejer, deltager, hovedaktionær eller ledelsen i en virksomhed, som over for det offentlige eller en offentlig juridisk person i bred forstand påtager sig at gennemføre bygge- og anlægsarbejde eller levere varer eller præstere tjenesteydelser.

Det tredje spørgsmål

70 Henset til svarene på de to første spørgsmål, er det ufornødent at besvare det tredje spørgsmål.

Sagens omkostninger

71 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

1) **Artikel 24, stk. 1, i Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997, skal fortolkes således, at det indeholder en udtømmende opregning af de grunde, der er støttet på objektive faktorer vedrørende en entreprenørs faglige kvalifikationer, som kan begrunde udelukkelse fra deltagelse i en offentlig bygge- og anlægskontrakt. Dette direktiv hindrer imidlertid ikke, at en medlemsstat fastsætter andre udelukkelsesforanstaltninger med henblik på at sikre iagttagelsen af ligebehandlingsprincippet i forhold til de bydende og princippet om gennemsigtighed, når sådanne foranstaltninger ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette formål.**

2) **Fællesskabsretten skal fortolkes således, at den er til hinder for en national bestemmelse, der samtidig med at den forfølger lovlige formål om ligebehandling af bydende og gennemsigtighed inden for rammerne af indgåelse af offentlige kontrakter, indfører en uigendrivelig formodning om uforenelighed mellem status som ejer, deltager, hovedaktionær eller medlem af ledelsen i en virksomhed, der er aktiv inden for mediesektoren, og status som ejer, deltager, hovedaktionær eller ledelsen i en virksomhed, som over for det offentlige eller en offentlig juridisk person i bred forstand påtager sig at gennemføre bygge- og anlægsarbejde eller levere varer eller præstere tjenesteydelser.**

Underskrifter