DOMSTOLENS DOM (stora avdelningen)

den 16 december 2008 *

I mål C-213/07,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Symvoulio tis Epikrateias (Grekland) genom beslut av den 8 december 2006, som inkom till domstolen den 23 april 2007, i målet

Michaniki AE

mot

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

Ypourgos Epikrateias,

ytterligare deltagare i rättegången:

Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, som trätt i stället för Pantechniki AE,

Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou,

meddelar

* Rättegångsspråk: grekiska.

DOMSTOLEN (stora avdelningen)

sammansatt av ordföranden V. Skouris, avdelningsordförandena P. Jann, C.W. A. Timmermans, A. Rosas och K. Lenaerts (referent) samt domarna A. Tizzano och J.N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, K. Schiemann, J. Klučka och A. Arabadjiev, C. Toader och J.-J. Kasel,

generaladvokat: M. Poiares Maduro,
justitiesekreterare: förste handläggaren L. Hewlett,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 4 mars 2008,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, som trätt i stället för Pantechniki AE, genom K. Giannakopoulos, dikigoros,

— Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou, genom Drougas, dikigoros,

— Greklands regering, genom A. Samoni-Rantou och E.-M. Mamouna samt genom A Manitakis och I. Dionysopoulos, samtliga i egenskap av ombud,

— Europeiska unionens råd, genom A. Lo Monaco och M.-M. Joséphidès samt genom A. Vitro, samtliga i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom M. Patakia samt genom D. Kukovec och X. Lewis, samtliga i egenskap av ombud,

och efter att den 8 oktober 2008 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader (EGT L 199, s. 54), i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 (EGT L 328, s. 1) (nedan kallat direktiv 93/37).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan å ena sidan Michaniki AE (nedan kallat Michaniki), ett bolag bildat enligt grekisk rätt, och å andra sidan Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (Nationella rådet för radio och TV, nedan kallat ESR) och Ypourgos Epikrateias (ansvarigt statsråd), angående ESR:s beslut att utfärda ett intyg till Pantechniki AE (nedan kallat Pantechniki), även det ett bolag bildat enligt grekisk rätt, om att det inte föreligger hinder vid ett förfarande för offentlig upphandling av byggentreprenader.

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapslagstiftningen

3 Artikel 6.6 i direktiv 93/37, som ingår i avdelning I med rubriken ”Allmänna bestämmelser”, har följande lydelse:

”De upphandlande myndigheterna skall se till att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika entreprenörer.”

4 Avdelning IV i direktivet, med ”[g]emensamma regler för deltagande”, innehåller ett kapitel 2 med rubriken ”Kriterier för kvalitativt urval”, vari följande föreskrivs i artikel 24 första stycket:

”Den entreprenör kan uteslutas från deltagande i upphandling som

a) är i konkurs eller likvidation, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått i ackordsuppgörelse med borgenärer, som tills vidare ej driver näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation, till följd av liknande förfarande enligt nationella lagar eller andra författningar,

b) är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller för annat liknande förfarande under nationella lagar eller andra författningar,

c) enligt lagakraftvunnen dom har fällts för en lagstridig handling som hänför sig till yrkesutövningen,

d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,

e) inte har fullgjort skyldigheter att erlägga socialförsäkringsavgifter enligt stadgade bestämmelser i det land där han är verksam eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,

f) inte har fullgjort skyldigheter att erlägga skatter enligt bestämmelser i det land där han är etablerad eller där den upphandlande myndigheten finns,

g) har gjort sig skyldig till allvarlig brist i sin informationsplikt enligt detta kapitel.”

Den nationella lagstiftningen

5 Artikel 14 i den grekiska grundlagen innehåller en punkt 9, som infördes efter omröstning den 6 april 2001 i det grekiska parlamentets sjunde lagstiftande församling för lagändringar, vilken har följande lydelse:

”Mediernas ägandeförhållanden, ekonomiska ställning och finansieringssätt ska offentliggöras på det sätt som föreskrivs i lag.

De åtgärder och de begränsningar som krävs för att säkerställa full insyn och mångfald på informationsområdet ska anges i lag.

Det är förbjudet att koncentrera kontrollen över flera medier av samma eller olika slag.

I synnerhet är det förbjudet att koncentrera kontrollen över fler än ett elektroniskt medium av samma slag, på det sätt som föreskrivs i lag.

Ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller person i ledande ställning i ett medieföretag är oförenlig med ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller person i ledande ställning i ett företag som av staten eller av en juridisk person inom den offentliga sektorn i vid bemärkelse har fått i uppdrag att utföra byggentreprenader, leverera varor eller tillhandahålla tjänster.

Förbudet i föregående avsnitt omfattar även var och en som tjänstgör som mellanhand, såsom makar, släktingar och ekonomiskt beroende personer eller bolag.

I lag föreskrivs närmare bestämmelser och de sanktionsåtgärder som kan vidtas, vilka kan gå så långt som till återkallande av sändningstillstånd för radio- eller TV-

programföretag och förbud mot att ingå kontrakt eller ogiltigförklaring av berörda kontrakt, liksom formerna för kontroll och garantierna för att förhindra att bestämmelserna ovan kringgås.”

6 I lag 3021/2002 om begränsningar vid ingående av kontrakt med personer som är aktiva eller har ägarintressen inom mediesektorn (FEK A 143) regleras de aspekter som avses i artikel 14.9 sista stycket i grundlagen.

7 Begreppet medieföretag i den mening som avses i artikel 1 i nämnda lag omfattar företag ”vars verksamhet är underkastad grekisk rätt”. I samma artikel definieras även begreppen ”offentlig sektor i vid bemärkelse”, ”offentliga kontrakt/offentlig upphandling”, ”huvudaktieägare”, ”person i ledande ställning”, ”ekonomiskt beroende personer” och ”personer som tjänstgör som mellanhänder”.

8 Begreppen huvudaktieägare och personer som tjänstgör som mellanhänder definieras på följande sätt i artikel 1.4 och 1.7 i lag 3021/2002:

”4. Huvudaktieägare: En aktieägare som, på grundval av det antal aktier denne äger, räknat för sig eller i jämförelse med det antal aktier som ägs av de övriga aktieägarna i bolaget, på grundval av sin rösträtt eller andra speciella rättigheter enligt lag eller bolagsordningen eller på grundval av allmänna eller särskilda avtal som ingåtts med bolaget, med andra aktieägare eller med tredje män som är ekonomiskt beroende av

denne eller handlar för dennes räkning, har ett väsentligt inflytande över de behöriga bolagsorganens eller företagsledningens beslutsfattande vad gäller driften av företaget och dess allmänna verksamhet.

Som huvudaktieägare anses mer specifikt

A. en fysisk eller juridisk person som, oavsett hur stor procentuell andel denne äger av det totala aktiekapitalet

a) innehar ett minst lika stort antal aktier som någon annan aktieägare,

b) innehar majoriteten av rösträtterna vid bolagsstämman, på grundval av bolagsordningen eller till följd av att andra aktieägare överlåtit motsvarande rättighet,

c) 'med stöd av lag eller bolagsordningen eller till följd av att andra aktieägare överlåtit motsvarande rättighet har rätt att utse eller avsätta minst två

styrelseledamöter, eller en ledamot om denne är ordförande eller vice ordförande eller är verkställande direktör eller person i ledande ställning i övrigt,

d) innehar en andel av det totala aktiekapitalet eller av de sammanlagda rösträtterna som motsvarar minst hälften av det företrädda aktiekapitalet och utövade sin rösträtt vid det senaste valet eller avsättningen av bolagets styrelse eller en majoritet av styrelseledamöterna, eller

e) direkt eller indirekt utarbetar kontrakt och överenskommelser i allmänhet med bolaget, vilka ger bolaget intäkter eller andra ekonomiska rättigheter som motsvarar minst en femtedel av bolagets bruttointäkter under varje föregående räkenskapsår, och

B. en fysisk eller juridisk person som

a) innehar ett antal aktier som motsvarar minst 5 procent av det totala aktiekapitalet, eller

b) innehar rösträtter motsvarande 5 procent av rösträtterna vid bolagets bolagsstämma.

Vid beräkningen av procentandelen av aktiekapitalet eller av rösträtterna i punkterna A och B ovan ska även beaktas de aktier eller rösträtter som ägs eller innehas av

— personer som tjänstgör som mellanhänder,

— företag som kontrolleras av samma aktieägare,

— en annan aktieägare med vilken den berörda personen har ingått en överenskommelse om att samordna nyttjandet av sin rösträtt för att driva en gemensam, långsiktig politik för hur företaget ska ledas.

Även rösträtter som innehas enligt ett pantavtal eller nyttjanderättsavtal eller till följd av en säkerhetsåtgärd mot innehavaren av motsvarande aktier ska beaktas, liksom aktier som den berörda personen inte innehar men som denne har rätt till utdelning från. Antalet aktier eller rösträtter som erhållits genom succession ska beaktas efter en tidsfrist på tre månader från förvärvet.

…

7. Personer som tjänstgör som mellanhänder: Fysiska eller juridiska personer som är ekonomiskt beroende eller som, enligt ett allmänt eller särskilt avtal, handlar för en annan fysisk eller juridisk persons räkning, eller enligt dennes anvisningar eller på dennes order.”

9 I artikel 2 i lag 3021/2002, med rubriken ”Förbud mot att offentliga upphandlingskontrakt tilldelas eller ingås med medieföretag”, stadgas följande:

”1. Det är förbjudet att tilldela eller ingå offentliga upphandlingskontrakt med medieföretag eller delägare, huvudaktieägare, ledamöter av bolagsorgan och personer i ledande ställning i sådana företag. Vidare är det förbjudet att tilldela eller ingå offentliga upphandlingskontrakt med företag vars delägare eller huvudaktieägare eller ledamöter av bolagsorgan eller personer i ledande ställning utgör medieföretag eller är delägare eller huvudaktieägare eller ledamöter av bolagsorgan eller personer i ledande ställning i medieföretag.

2. Förbudet mot tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt omfattar även

a) makar och släktingar, utan begränsningar i rakt stigande led och till och med fjärde ledet i sidled, till de fysiska personer som anges i punkt 1 ovan, om de inte kan visa att de är ekonomiskt oberoende i förhållande till sådana personer,

b) varje annan person som tjänstgör som mellanhand,

c) delägare och huvudaktieägare i de delägare och de huvudaktieägare som omfattas av punkt 1,

d) varje fysisk eller juridisk person som, utan att vara aktieägare, direkt eller indirekt kontrollerar ett eller flera medieföretag eller direkt eller indirekt utövar ett väsentligt inflytande över bolagsorganens eller företagsledningens beslutsfattande vad gäller driften av företaget och dess allmänna verksamhet.

…”

10 I artikel 3 i lag 3021/2002, om ”[h]inder”, föreskrivs följande:

”1. Ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare, ledamot av ett bolagsorgan eller person i ledande ställning i ett medieföretag är oförenlig med ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare, ledamot av ett bolagsorgan eller person i ledande ställning

i ett företag som ingår offentliga upphandlingskontrakt vars tilldelning eller ingående är förbjuden enligt artikel 2, liksom med ställningen som delägare eller huvudaktieägare i detta företags delägare eller huvudaktieägare.

2. De hinder som anges i denna artikel gäller även de fall då ägaren, huvudaktieägaren, delägaren, ledamoten av ett bolagsorgan eller personen i ledande ställning i ett företag som ingår offentliga upphandlingskontrakt är en make eller släkting, utan begränsningar i rakt stigande led och ända till fjärde ledet i sidled, om denne inte kan visa att den är ekonomiskt oberoende i förhållande till ägaren, delägaren, huvudaktieägaren, ledamoten av ett bolagsorgan eller personen i ledande ställning i ett medieföretag, liksom i alla andra fall där ovannämnda hinder avser en person som tjänstgör som mellanhand.

…”

11 I artikel 4 i lag 3021/2002 föreskrivs, i huvudsak, att före ett offentlig upphandlingsförfarande, eller i varje fall innan kontraktet undertecknas, ska den aktuella upphandlande myndigheten, vid äventyr av att kontraktet eller den offentliga upphandlingen ogiltigförklaras, begära att ESR upprättar ett intyg om att det inte föreligger något hinder enligt artikel 3 i nämnda lag.

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

12 Genom beslut nr 844 av den 13 december 2001 publicerade styrelsen för Erga OSE AE (nedan kallat Erga OSE), ett bolag bildat enligt grekisk rätt, ett meddelande om offentlig upphandling avseende utförande av schaktningsarbete och tekniskt arbete med avseende på infrastrukturen till den nya tvåspåriga järnvägslinjen för snabbtåg mellan Korint och Kiato (Grekland) med en budget på 51 700 000 euro.

13 I detta förfarande deltog bland annat Michaniki och KI Sarantopoulos AE (nedan kallat Sarantopoulos), även det ett bolag bildat enligt grekisk rätt.

14 Genom beslut nr 959 av den 22 maj 2002 tilldelade Erga OSE:s styrelse Sarantopoulos kontraktet för dessa schaktnings- och byggarbeten. Sarantopoulos upptogs senare i Pantechniki.

15 Innan kontraktet ingicks underrättade Erga OSE, som vid den aktuella tidpunkten var en del av ”den offentliga sektorn i vid bemärkelse” i den mening som avses i artikel 1.2 i lag 3021/2002, genom en skrivelse av den 9 oktober 2002, ESR om vilka som var huvudaktieägare, styrelseledamöter och medlemmar i ledningsgruppen i Pantechniki, för att erhålla ett intyg om att det inte förelåg hinder för dessa personer enligt artikel 3 i denna lag.

16 ESR upprättade, med stöd av artikel 4 i nämnda lag, intyg nr 8117, av den 30 oktober 2002, över att inget hinder förelåg för de personer som angetts i skrivelsen från Erga OSE av den 9 oktober 2002 (nedan kallat intyget).

17 Enligt begäran om förhandsavgörande ansåg ESR att K. Sarantopoulos, huvudaktieägare och vice styrelseordförande i Pantechniki, inte berördes av hindersbestämmelserna i artiklarna 2 och 3 i lag 3021/2002, trots hans släktskap med G. Sarantopoulos, som är styrelseledamot i två grekiska bolag verksamma inom medieområdet. ESR fann nämligen att K. Sarantapoulos var ekonomiskt oberoende i förhållande till G. Sarantopoulos.

18 Michaniki väckte talan vid Symvoulio tis Epikrateias (högsta förvaltningsdomstolen) om ogiltigförklaring av intyget i fråga och anförde att artikel 14.9 i grundlagen hade åsidosatts. Bolaget hävdade bland annat att artiklarna 2.2 och 3.2 i lag 3021/2002, som utgjorde den rättsliga grunden för utfärdandet av intyget, medför en inskränkning av tillämpningsområdet för artikel 14.9 i grundlagen och därför inte är förenliga med denna grundlagsbestämmelse.

19 Pantechniki har tillåtits intervenera till stöd för ESR i det nationella målet. Pantechnikis rättigheter har övertagits av Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE och Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou (Tidskriftsföretagens råd).

20 Den hänskjutande domstolen anser att artiklarna 2.2 och 3.2 i lag 3021/2002 – såtillvida som de ger en företagare som utför offentliga byggentreprenader undantag från hindersbestämmelserna, om denne visar att han är ekonomiskt oberoende i förhållande till en släkting som är ägare, aktieägare, delägare eller person i ledande ställning i ett medieföretag – strider mot artikel 14.9 i grundlagen, enligt vilken entreprenören – även om han är ekonomiskt oberoende i förhållande till denna släkting – är skyldig att visa att han handlat självständigt, för egen räkning och i eget intresse.

21 Den hänskjutande domstolen anser dock att även om den bedömningen i detta skede kan räcka för att avgöra tvisten i det nationella målet, är det av processekonomiska skäl motiverat att rätten redan nu – med hänsyn till att intyget i fråga kan komma att ogiltigförklaras, om det visar sig att artiklarna 2 och 3 i lag 3021/2002, som det är grundat på, strider mot artikel 14.9 i grundlagen – prövar huruvida denna grundlagsbestämmelse är förenlig med gemenskapsrätten, en bestämmelse som medger att ett företag som utför offentliga byggentreprenader utesluts från en offentlig upphandling på den grunden att dess huvudaktieägare inte lyckats motbevisa presumtionen att han, i egenskap av släkting till ägaren av eller till en delägare, huvudaktieägare eller person i ledande ställning i ett medieföretag, har tjänstgjort som mellanhand åt detta företag och inte för egen räkning.

22 Den hänskjutande domstolen har därvid för det första påpekat att rättens majoritet anser att förteckningen i artikel 24 i direktiv 93/37 över grunder för uteslutande är uttömmande och att det följaktligen inte kan läggas till ytterligare sådana grunder, såsom dem som följer av artikel 14.9 i grundlagen. Rätten har även nämnt att vissa av dess medlemmar tvärtom anser att då direktivet i fråga bara utgör en delvis harmonisering, medför artikel 24 i direktivet inte något förbud för medlemsstaterna mot att föreskriva kompletterande grunder för uteslutande, bland annat sådana som – såsom i detta fall – rör hänsyn till det allmänintresse som hör samman med en fungerande demokrati och garantier för mångfald i pressen.

23 För det andra anser den hänskjutande domstolen att för det fall förteckningen i artikel 24 i direktiv 93/37 inte skulle befinnas vara uttömmande, är medlemsstaternas rätt att föreskriva kompletterande grunder för uteslutande enligt gemenskapsdomstolarnas rättspraxis förenad med krav dels på att syftet stämmer överens med gemenskapsrättens allmänna principer, dels på att proportionalitetsprincipen iakttas. Rätten har därvid uppgett att en av dess medlemmar anser att artikel 14.9 i grundlagen inte strider mot nämnda princip, med tanke på dels att presumtionen om personer som tjänstgör som mellanhänder kan motbevisas, dels att det inte finns någon alternativ lösning för att uppnå de eftersträvade målen.

24 Om, för det tredje, förteckningen i artikel 24 i direktiv 93/37 är uttömmande eller om artikel 14.9 i grundlagen inte kan anses ha ett syfte som stämmer överens med gemenskapsrätten eller vara förenlig med proportionalitetsprincipen, betvivlar den hänskjutande domstolen att det förbud som direktivet medför mot att medlemsstaterna inför sådana bestämmelser som dem som är i fråga i det nationella målet, genom vilka en ordning inrättas, av till allmänintresset hänförliga skäl, som innebär att verksamhet inom medieområdet inte kan förenas med verksamhet inom området för offentliga kontrakt, är förenligt med principerna om skydd för en normalt fungerande demokrati i medlemsstaterna, öppenhet i offentliga upphandlingsförfaranden och fri och lojal konkurrens samt med subsidiaritetsprincipen.

25 Nämnda domstol har dock betonat att en minoritet av dess medlemmar är av motsatt uppfattning, nämligen att direktiv 93/37 innefattar tillräckliga garantier för att säkerställa öppenheten i upphandlingsförfarandet och skydda detta från otillbörlig påverkan och korruption.

26 Mot denna bakgrund har Symvoulio tis Epikrateias beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Är den förteckning över grunder som anges i artikel 24 i [direktiv 93/37] för att utesluta företag som utför offentliga byggentreprenader uttömmande?

2) Om förteckningen inte ska anses uttömmande, önskas svar på följande frågor: Ska en bestämmelse i vilken det, för att säkerställa insyn i statens ekonomiska verksamhet, föreskrivs att ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller person i ledande ställning i ett medieföretag är oförenlig med ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller person i ledande ställning i ett företag som av staten, eller av en juridisk person inom den offentliga sektorn i vid bemärkelse, har

getts i uppdrag att utföra byggentreprenader, leverera varor eller tillhandahålla tjänster, anses tjäna syften som är förenliga med de allmänna principerna i gemenskapsrätten? Är då det absoluta förbudet mot att tilldela sådana företag offentliga upphandlingskontrakt förenligt med den gemenskapsrättsliga proportionalitetsprincipen?

3) Om artikel 24 i direktiv [93/37] ska tolkas så, att de grunder för att utesluta byggentreprenörer från deltagande i upphandling som anges däri utgör en uttömmande förteckning, eller om den aktuella nationella bestämmelsen inte kan tolkas så, att den tjänar syften som är förenliga med de allmänna principerna i gemenskapsrätten eller, slutligen, om det förbud som föreskrivs däri inte är förenligt med den gemenskapsrättsliga proportionalitetsprincipen, ska då det ovannämnda direktivet anses strida mot de allmänna principerna om skydd för konkurrens och om insyn samt mot artikel 5 andra stycket EG, vari subsidiaritetsprincipen föreskrivs, genom att direktivet hindrar att det, som grund för att utesluta en entreprenör från förfarandet vid tilldelning av ett offentligt upphandlingskontrakt för byggentreprenader, införs en bestämmelse som avser det fallet att entreprenören själv eller en person med ledande befattning i företaget (såsom ägaren av det aktuella företaget, huvudaktieägaren, en delägare eller person i ledande ställning) eller personer som tjänstgör som mellanhänder åt nämnda personer med ledande befattningar, är verksamma i medieföretag som på ett otillbörligt sätt kan påverka det offentliga upphandlingsförfarandet för byggentreprenader genom det generella inflytande de har?”

Domstolens behörighet och huruvida frågorna kan tas upp till sakprövning

27 Den grekiska regeringen har bestritt att den hänskjutande domstolens tolkningsfrågor är relevanta.

28 Den grekiska regeringen har för det första gjort gällande att tvisten i det nationella målet har uppkommit i en rent intern situation, som uteslutande rör grekiska aktörer. Det kan därför betvivlas att det nationella målet omfattas av direktiv 93/37 och följaktligen att EG-domstolen är behörig att lämna en tolkning.

29 Det ska dock noteras att det inte finns något stöd i direktiv 93/37 för att direktivsbestämmelserna, i synnerhet de gemensamma bestämmelserna om deltagande som återfinns i bland annat artikel 24, endast skulle vara tillämpliga om det föreligger ett faktiskt samband med den fria rörligheten mellan medlemsstater. Såsom generaladvokaten har anfört i punkt 16 i sitt förslag till avgörande, omfattar direktivet offentliga upphandlingsförfaranden för byggentreprenader utan att några villkor härför stadgas som rör nationalitet eller anbudsgivarnas etableringsort (se analogt dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien, REG 1996, s. I-2043, punkt 33).

30 Följaktligen, och med hänsyn till att värdet av det i det nationella målet aktuella kontraktet överstiger tröskelvärdet för tillämpning av direktiv 93/37, är domstolen behörig att i förevarande mål tolka detta direktiv.

31 För det andra har den grekiska regeringen hävdat att den tvist som är under prövning i den hänskjutande domstolen enbart rör frågan huruvida bestämmelserna i lag 3021/2002 är förenliga med artikel 14.9 i grundlagen. Den tolkning av gemenskapsrätten som den hänskjutande domstolen har efterfrågat svarar således inte mot något objektivt behov av svar för att kunna lösa tvisten.

32 Det ska därvid erinras om att det enligt fast rättspraxis uteslutande ankommer på den nationella domstol vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av

de frågor som ställs till domstolen (dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman, REG 1995, s. I-4921, punkt 59, av den 15 juni 2006 i mål C-466/04, Acereda Herrera, REG 2006, s. I-5341, punkt 47, och av den 31 januari 2008 i mål C-380/05, Centro Europa 7, REG 2008, s. I-349, punkt 52).

33 Följaktligen är domstolen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkningen av gemenskapsrätten (se bland annat dom av den 25 februari 2003 i mål C-326/00, IKA, REG 2003, s. I-1703, punkt 27, av den 12 april 2005 i mål C-145/03, Keller, REG 2005, s. I-2529, punkt 33, och av den 11 juli 2006 i mål C-13/05, Chacón Navas, REG 2006, s. I-6467, punkt 32).

34 Domstolen har endast möjlighet att underlåta att besvara en tolkningsfråga från en nationell domstol när det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med omständigheterna eller föremålet för talan i målet vid den nationella domstolen, när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till de uppgifter om de faktiska och rättsliga omständigheterna i målet som krävs för att den skall kunna ge ett användbart svar på de frågor som har ställts till den (se bland annat dom av 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra, REG 2001, s. I-2099, punkt 39, av den 19 februari 2002 i mål C-35/99, Arduino, REG 2002, s. I-1529, punkt 25, och domen i det ovannämnda målet Chacón Navas, punkt 33).

35 Så är inte fallet här. I förevarande mål ger ett svar från domstolen på begäran om förhandsavgörande den hänskjutande domstolen den tolkning den behöver för att besvara den fråga som är avgörande för den slutliga utgången av det nationella målet, nämligen frågan huruvida den ordning som har inrättats genom artikel 14.9 i grundlagen och genomförts genom lag 3021/2002, och som innebär att sektorn för offentlig upphandling av byggentreprenader är oförenlig med mediesektorn, är tillåten enligt gemenskapsrätten.

36 Mot denna bakgrund kan begäran om förhandsavgörande tas upp till sakprövning.

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första tolkningsfrågan

37 Den hänskjutande domstolen har ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida förteckningen i artikel 24 första stycket i direktiv 93/37 över grunderna för att uteslutas från ett offentligt upphandlingsförfarande för byggentreprenader är uttömmande.

38 Det ska därvid erinras om att gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling syftar till en samordning av de nationella förfarandena inom området (dom av den 9 februari 2006 i de förenade målen C-226/04 och C-228/04, La Cascina m.fl., REG 2006, s. I-1347, punkt 20). Vad gäller offentlig upphandling av byggentreprenader, betonas detta syfte uttryckligen i andra skälet i direktiv 93/37.

39 Det framgår av detta andra skäl liksom av tionde skälet i direktiv 93/37 att samordningen är avsedd att samtidigt åstadkomma etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster vad gäller offentlig upphandling av byggentreprenader och främja utvecklingen av en effektiv konkurrens på detta område på gemenskapsnivå, genom att göra det möjligt för så många entreprenörer som möjligt i medlemsstaterna

att inkomma med anbud (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 september 2000 i mål C-225/98, kommissionen mot Frankrike, REG 2000, s. I-7445, punkt 34, av den 12 juli 2001 i mål C-399/98, Ordine degli Architetti m.fl., REG 2001, s. I-5409, punkt 52, av den 27 november 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani, REG 2001, s. I-9233, punkt 34, och av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl., REG 2002, s. I-11617, punkt 89).

40 Mot denna bakgrund ingår artikel 24 i direktiv 93/37, som hör till en avdelning i direktivet med ”gemensamma” regler för deltagande, i en klar redogörelse för kriterierna för urvalet av de entreprenörer som får lämna anbud samt för kriterierna för tilldelning av kontrakt (se analogt dom av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE, REG 2000, s. I-11037, punkt 27).

41 I artikel 24 i direktivet, som ingår i ett kapitel med kriterier för ”kvalitativt” urval, föreskrivs i första stycket sju fall i vilka entreprenören kan uteslutas från ett upphandlingsförfarande. De olika fallen har att göra med den berörda personens yrkesmässiga förtjänster, mer specifikt dennes yrkesmässiga hederlighet, solvens och ekonomiska och finansiella förmåga (se analogt dom av den 10 februari 1982 i mål 76/81, Transporoute et travaux, REG 1982, s. 417, punkt 9, svensk specialutgåva, volym 6, s. 319, och domen i de ovannämnda förenade målen La Cascina m.fl., punkt 21).

42 Domstolen vill därvid understryka, i likhet med Europeiska unionens råd, att gemenskapslagstiftarens tillvägagångssätt bestått i att endast beakta de grunder för uteslutande som baserar sig på objektiva konstateranden av faktiska omständigheter eller på ett uppträdande från den berörda entreprenörens sida av sådant slag att dennes anseende skadas med avseende på den yrkesmässiga hedern eller ekonomiska eller finansiella lämpligheten att utföra de arbeten som omfattas av den offentliga upphandling inom ramen för vilken denne har lämnat anbud.

43 Mot denna bakgrund ska artikel 24 första stycket i direktiv 93/37 ses som en uttömmande förteckning över grunderna för att kunna utesluta en entreprenör från att delta i ett upphandlingsförfarande av skäl som, baserat på objektiva faktorer, avser dennes yrkesmässiga förtjänster. Bestämmelsen i fråga utgör följaktligen hinder mot att medlemsstaterna eller de upphandlande myndigheterna kompletterar förteckningen däri med ytterligare grunder för uteslutande baserade på kriterier avseende yrkesmässiga förtjänster (se analogt domen i de ovannämnda förenade målen La Cascina m.fl., punkt 22).

44 Den uttömmande förteckningen i artikel 24 första stycket i direktiv 93/37 utesluter dock inte att medlemsstaterna kan bibehålla eller föreskriva materiella bestämmelser som bland annat syftar till att säkerställa att de upphandlande myndigheterna iakttar principen om likabehandling vid offentlig upphandling liksom den princip om öppenhet som denna förutsätter, vilket de är skyldiga att göra under hela förfarandet för offentlig upphandling (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet ARGE, punkt 24, och dom av den 16 oktober 2003 i mål C-421/01, Traunfellner, REG 2003, s. I-11941, punkt 29).

45 Dessa principer, som bland annat innebär att anbudsgivarna ska behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten (se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 oktober 2001 i mål C-19/00, SIAC Construction, REG 2001, s. I-7725, punkt 34, och av den 4 december 2003 i mål C-448/01, EVN och Wienstrom, REG 2003, s. I-14527, punkt 47), utgör nämligen grunden för direktiven om förfarandena vid offentlig upphandling (se bland annat domen i det ovannämnda målet Universale-Bau m.fl., punkt 91, och dom av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, GAT, REG 2003, s. I-6351, punkt 73), och de upphandlande myndigheternas skyldighet att säkerställa att dessa principer iakttas utgör själva kärnan i dessa direktiv (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland, REG 2002, s. I-7213, punkt 81, och av den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, REG 2005, s. I-1559, punkt 26).

46 I artikel 6.6 i direktiv 93/37 anges för övrigt att de upphandlande myndigheterna ska övervaka att det inte förekommer diskriminering mellan de olika entreprenörerna.

47 Av detta följer att en medlemsstat har rätt att – utöver de grunder för uteslutande från upphandlingsförfaranden som baserar sig på objektiva överväganden beträffande yrkesmässiga förtjänster och som anges i den uttömmande förteckningen i artikel 24 första stycket i direktiv 93/37 – föreskriva bestämmelser om uteslutande som syftar till att säkerställa att principen om likabehandling av samtliga anbudsgivare samt öppenhetsprincipen iakttas i offentliga upphandlingsförfaranden.

48 Enligt proportionalitetsprincipen, som ingår bland gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper (se bland annat dom av den 14 december 2004 i mål C-210/03, Swedish Match, REG 2004, s. I-11893, punkt 47), får sådana åtgärder emellertid inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål (se, för ett liknande resonemang, domen i de förenade målen Fabricom, punkt 34).

49 Av vad som anförts följer att den första tolkningsfrågan ska besvaras så, att artikel 24 första stycket i direktiv 93/37 ska tolkas som en uttömmande förteckning över de objektiva grunder baserade på yrkesmässiga förtjänster som kan motivera att en entreprenör utesluts från att delta i en offentlig upphandling av byggentreprenader. Detta direktiv utgör dock inte hinder mot att en medlemsstat föreskriver andra bestämmelser om uteslutande, vilka syftar till att säkerställa att principerna om likabehandling av anbudsgivare och om öppenhet iakttas, förutsatt att dessa bestämmelser inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.

Den andra tolkningsfrågan

50 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida en nationell bestämmelse i vilken det föreskrivs en oförenlighet mellan mediesektorn och sektorn för offentlig upphandling är förenlig med gemenskapsrättens principer.

51 Det ankommer inte på domstolen att i ett förfarande angående begäran om förhandsavgörande ta ställning till huruvida nationella rättsregler är förenliga med gemenskapsrätten eller tolka nationell rätt. Den är däremot behörig att tillhandahålla den hänskjutande domstolen alla sådana uppgifter om gemenskapsrättens tolkning som gör det möjligt för denna att pröva en sådan fråga om förenlighet i syfte att kunna döma i det mål som anhängiggjorts vid den (se bland annat dom av den 15 december 1993 i mål C-292/92, Hünermund m.fl., REG 1993, s. I.-6787, punkt 8, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-467, av den 23 mars 2006 i mål C-237/04, Enirisorse, REG 2006, s. I-2843, punkt 24, och domen i det ovannämnda målet Centro Europa 7, punkterna 49 och 50).

52 Domstolen ska således i förevarande mål begränsa sin prövning till att lämna en tolkning av gemenskapsrätten som är till nytta för den hänskjutande domstolen. Det ankommer sedan på den sistnämnda att bedöma huruvida de berörda nationella rättsreglerna är förenliga med gemenskapsrätten, för att avgöra den tvist som den har att pröva.

53 Såsom har påpekats ovan i punkt 39 i förevarande dom, är det centrala syftet med direktiv 93/37 att utsätta offentlig upphandling av byggentreprenader för konkurrens på gemenskapsnivå. Målet med direktivet är att säkerställa att det inte förekommer någon risk för favorisering från myndigheternas sida (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen Ordine degli Architetti m.fl., punkt 75, och Lombardini och Mantovani, punkt 35).

54 Syftet med samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena för offentlig upphandling är bland annat att på samma gång undanröja risken för att nationella anbudsgivare ges företräde vid upphandling och för att upphandlande myndigheter låter sig styras av hänsyn som inte är relevanta i förhållande till kontraktet i fråga (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 17, av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2001, s. I-939, punkt 42, och domen i de ovannämnda förenade målen Lombardini och Mantovani, punkt 36).

55 Såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 30 i sitt förslag till avgörande, ska varje medlemsstat i detta sammanhang tillerkännas ett visst utrymme för skönsmässig bedömning vad gäller att vidta åtgärder för att säkerställa principerna om likabehandling av anbudsgivarna och om öppenhet, vilka, såsom har erinrats om ovan i punkt 45 i denna dom, utgör grunden för gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling.

56 Varje medlemsstat är bäst lämpad att själv, utifrån nationella hänsyn av historisk, rättslig, ekonomisk eller social karaktär (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet La Cascina m.fl., punkt 23), identifiera situationer i vilka risken för att beteenden uppstår som kan leda till att dessa principer åsidosätts är särskilt hög.

57 Gemenskapsrätten är följaktligen inte avsedd att medföra ett ifrågasättande av medlemsstatens bedömning, utifrån det egna nationella sammanhanget, av den specifika risken för att sådana beteenden ska uppstå, om det bland anbudsgivarna vid en offentlig upphandling av byggentreprenader finns ett företag som är verksamt inom mediesektorn eller har kopplingar till personer inom den sektorn, eller av nödvändigheten att vidta åtgärder för att undanröja den risken.

58 I detta fall har den berörda medlemsstaten funnit att det inte kan uteslutas att ett medieföretag eller en företagare som utför offentliga byggentreprenader, som har kopplingar till ett sådant företag eller till de personer som äger eller leder det, avser att, inom ramen för deltagande i ett offentligt upphandlingsförfarande, utnyttja det inflytande som dess ställning eller dess förbindelser i mediesektorn ger gentemot den upphandlande myndigheten för att på ett otillåtet sätt påverka beslutet om tilldelning av kontraktet, genom att förespegla en partisk eller, tvärtom, kritisk informationskampanj, beroende på innehållet i detta beslut.

59 En medlemsstats önskan att förebygga riskerna för att media utnyttjar sitt inflytande vid offentliga upphandlingar sammanfaller med allmänintresset av att bevara mångfalden och oberoendet i media (se, för ett liknande resonemang, dom av den 26 juni 1997 i mål C-368/95, Familiapress, REG 1997, s. I-3689, punkt 18, och av den 13 december 2007 i mål C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium m. fl., REG 2007, s. I-11135, punkterna 41 och 42). Det främjar också ett annat mål av denna art, nämligen att bekämpa bedrägerier och korruption (se dom av den 24 mars 1994 i mål C-275/92, Schindler, REG 1994, s. I-1039, punkterna 57–60, svensk specialutgåva, volym 15, s. 119, och av den 6 mars 2007 i de förenade målen C-338/04, C-359/04 och C-360/04, Placanica m.fl., REG 2007, s. I-1891, punkt 46).

60 Av detta följer att gemenskapsrätten inte utgör hinder för att det införs nationella bestämmelser som syftar till att undanröja risken för att handlingsmönster som kan hota öppenheten och snedvrida konkurrensen uppstår vid förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader på grund av att det bland anbudsgivarna finns en entreprenör som är verksam inom mediesektorn eller har kopplingar till någon inom den sektorn, och till att därigenom förebygga eller bekämpa bedrägerier och korruption.

61 Såsom har understrukits ovan i punkt 48 i förevarande dom, måste dessa bestämmelser även vara förenliga med proportionalitetsprincipen.

62 En nationell bestämmelse som den i målet i den hänskjutande domstolen, som uppställer en generell oförenlighet mellan sektorn för offentliga byggentreprenader och mediesektorn, får till resultat att företagare som utför offentliga byggentreprenader utesluts från offentliga upphandlingar om de samtidigt är involverade i mediesektorn såsom ägare, huvudaktieägare, delägare eller personer i ledande ställning, utan att de ges någon möjlighet att visa att det, trots eventuella uppgifter i motsatt riktning som kan ha lämnats av exempelvis en konkurrent, i deras fall inte föreligger någon faktisk risk av det slag som nämns ovan i punkt 60 i denna dom (se analogt domen i de ovannämnda förenade målen Fabricom, punkterna 33 och 35).

63 Såsom Europeiska gemenskapernas kommission och rådet, liksom, vid förhandlingen, Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, har gjort gällande, går en sådan bestämmelse utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de uppgivna målen om öppenhet och likabehandling, eftersom en hel kategori av företagare som utför offentliga byggentreprenader utesluts på grundval av den icke motbevisbara presumtionen att det nödvändigtvis påverkar konkurrensen till nackdel för de andra anbudsgivarna om en av anbudsgivarna även har kopplingar till mediesektorn.

64 Den grekiska regeringen har betonat att det i den aktuella grundlagsbestämmelsen ges en möjlighet att inte utesluta den som tjänstgör som mellanhand, i egenskap av make eller släkting eller ekonomiskt beroende person eller bolag, åt ett medieföretag eller en ansvarig person i ett sådant företag, om det visas att denna – såsom mellanhand

tjänstgörande – persons deltagande i ett offentligt upphandlingsförfarande grundar sig på ett självständigt beslut fattat enbart utifrån dennes egenintresse.

65 Den möjligheten medför dock inte att den nationella bestämmelse som är i fråga i målet vid den hänskjutande domstolen är förenlig med proportionalitetsprincipen.

66 En sådan möjlighet förändrar nämligen inte det faktum att bestämmelsen innebär ett automatiskt och absolut förbud som drabbar samtliga företagare som utför offentliga byggentreprenader och samtidigt är verksamma inom mediesektorn eller har kopplingar till fysiska eller juridiska personer i den sektorn, men som inte omfattas av den allmänna undantagsbestämmelsen för personer som tjänstgör som mellanhänder.

67 En företagare som utför offentliga byggentreprenader och som tjänstgör som mellanhand åt ett medieföretag eller åt en person som äger eller leder ett sådant företag är dessutom utesluten från offentlig upphandling utan att denne tillåts visa, när det är klarlagt att han agerar för detta företags eller denna persons räkning, att detta agerande inte kan inverka på konkurrensen mellan anbudsgivarna.

68 Slutligen bidrar den synnerligen vida omfattningen av begreppen huvudaktieägare och mellanhand i de aktuella nationella bestämmelserna, såsom framgår av punkt 8 ovan i förevarande dom, till att förstärka den oproportionerliga karaktären av en sådan bestämmelse.

69 Av vad som anförts följer att den andra tolkningsfrågan ska besvaras på följande sätt: Gemenskapsrätten ska tolkas så, att den utgör hinder för en nationell bestämmelse genom vilken det skapas en icke motbevisbar presumtion om att ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller person i ledande ställning i ett företag verksamt i mediesektorn är oförenlig med ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller person i ledande ställning i ett företag som av staten eller en juridisk person i den offentliga sektorn i vid bemärkelse har fått i uppdrag att utföra byggentreprenader, leverera varor eller tillhandahålla tjänster. Detta gäller oavsett om den nationella bestämmelsen i fråga syftar till att uppnå de legitima mål som avser likabehandling av anbudsgivarna och öppenhet vid offentliga upphandlingsförfaranden.

Den tredje tolkningsfrågan

70 Med hänsyn till de svar som lämnats på de två första tolkningsfrågorna, finns det inte anledning att besvara den tredje frågan.

Rättegångskostnader

71 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 (stora avdelningen) följande:

1) **Artikel 24 första stycket i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, i dess lydelse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997, ska tolkas som en uttömmande förteckning över de objektiva grunder baserade på yrkesmässiga förtjänster som kan motivera att en entreprenör utesluts från att delta i en offentlig upphandling av byggentreprenader. Detta direktiv utgör dock inte hinder mot att en medlemsstat föreskriver andra bestämmelser om uteslutande som syftar till att säkerställa att principerna om likabehandling av anbudsgivare och om öppenhet iakttas, förutsatt att dessa bestämmelser inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.**

2) **Gemenskapsrätten ska tolkas så, att den utgör hinder mot en nationell bestämmelse genom vilken det skapas en icke motbevisbar presumtion om att ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller person i ledande ställning i ett företag som är verksamt i mediesektorn är oförenlig med ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller person i ledande ställning i ett företag som av staten eller en juridisk person i den offentliga sektorn i vid bemärkelse har fått i uppdrag att utföra byggentreprenader, leverera varor eller tillhandahålla tjänster. Detta gäller oavsett om den nationella bestämmelsen i fråga syftar till att uppnå de legitima mål som avser likabehandling av anbudsgivarna och öppenhet vid offentliga upphandlingsförfaranden.**

Underskrifter