WYROK TRYBUNAŁU (wielka izba)

z dnia 16 grudnia 2008 r. *

W sprawie C-213/07

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Symvoulio tis Epikrateias (Grecja) postanowieniem z dnia 8 grudnia 2006 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 23 kwietnia 2007 r., w postępowaniu

Michaniki AE

przeciwko

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

Ypourgos Epikrateias,

przy udziale:

Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, następca prawny Pantechniki AE

oraz

Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou,

* Język postępowania: grecki.

TRYBUNAŁ (wielka izba),

w składzie: V. Skouris, prezes, P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas i K. Lenaerts (sprawozdawca), prezesi izb, A. Tizzano i J.N. Cunha Rodrigues, R. Silva de Lapuerta, K. Schiemann, J. Klučka i A. Arabadjiev, C. Toader i J.J. Kasel, sędziowie,

rzecznik generalny: M. Poiares Maduro,
sekretarz: L. Hewlett, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 4 marca 2008 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, następcy prawnego Pantechniki AE, przez K. Giannakopoulosa, dikigoros,

— w imieniu Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou, przez K. Drougasa, dikigoros,

— w imieniu rządu greckiego, przez A. Samoni-Rantou oraz E.M. Mamouna, a także przez A Manitakisa oraz I. Dionysopoulosa, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu Rady Unii Europejskiej, przez A. Lo Monaco oraz M.M. Joséphidès, a także przez A. Vitro, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich, przez M. Patakia, a także przez D. Kukoveca oraz X. Lewisa, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 8 października 2008 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane (Dz.U. L 199, s. 54), zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r. (Dz.U. L 328, s. 1, zwanej dalej „dyrektywą 93/37").

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu pomiędzy spółką prawa greckiego Michaniki AE (zwaną dalej „Michaniki") a Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (Krajową Radą Radia i Telewizji, zwaną dalej „ESR") oraz Ypourgos Epikrateias (Ministerstwem Stanu) w przedmiocie decyzji, na mocy której ESR wydała innej spółce prawa greckiego Pantechniki AE (zwanej dalej „Pantechniki") zaświadczenie o braku podstaw do zakazu łączenia funkcji dla potrzeb postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3 Artykuł 6 dyrektywy 93/37, znajdujący się w tytule pierwszym zatytułowanym „Przepisy ogólne", zawiera ust. 6, który brzmi:

„Instytucje zamawiające zapewniają, że wszyscy dostawcy traktowani będą w niedyskryminujący sposób".

4 Tytuł IV tej dyrektywy, poświęcony „wspólnym regułom dotyczącym uczestnictwa" zawiera rozdział 2 zatytułowany „Kryteria wyboru jakościowego", obejmujący art. 24, którego akapit pierwszy stanowi:

„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem sądowym, zawarł umowę z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;

b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;

c) został skazany prawomocnym wyrokiem za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową;

d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego za pomocą jakichkolwiek środków przez instytucje zamawiające;

e) nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma przedsiębiorstwo lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;

f) nie wypełnił zobowiązań odnośnie do obowiązku płatności podatków, zgodnie z przepisami prawnymi kraju, w którym ma przedsiębiorstwo lub zgodnie z przepisami prawnymi kraju instytucji zamawiającej;

g) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, które mogą być wymagane na mocy niniejszego rozdziału".

Uregulowania krajowe

5 Artykuł 14 greckiej konstytucji zawiera ust. 9, dodany w dniu 6 kwietnia 2001 r. w głosowaniu szóstego rewizyjnego zgromadzenia legislacyjnego parlamentu greckiego, który stanowi:

„Informacje o własności, sytuacji gospodarczej i finansowaniu środków masowego przekazu winny być udostępnione publicznie w drodze przewidzianej ustawą.

Ustawa przewiduje środki i ograniczenia niezbędne w celu zapewnienia całkowitej jawności i pluralizmu w dziedzinie informacji.

Zabrania się koncentracji kontroli środków przekazu tego samego lub różnego typu.

W szczególności zabrania się koncentracji elektronicznych środków przekazu tego samego lub różnego typu na warunkach określonych ustawą.

Status właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu nie podlega łączeniu ze statusem właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub publiczna osoba prawna sensu largo powierzyła wykonanie robót budowlanych, dostaw lub usług.

Wyżej wymieniony zakaz obejmuje również wszelkich pośredników, takich jak małżonkowie, krewni i osoby lub spółki, gospodarczo zależnych.

Ustawa określa przepisy szczególne, sankcje, w tym cofnięcie koncesji stacji radiowej lub telewizyjnej oraz zakaz zawarcia lub unieważnienie danej umowy, jak również

szczególne sposoby kontroli i gwarancje uniemożliwiające obchodzenie przywołanych wyżej przepisów".

6 Ustawa nr 3021/2002 w sprawie ograniczeń dotyczących zawierania umów w zakresie zamówień publicznych z osobami, które działają lub posiadają udziały w sektorze środków masowego przekazu (FEK A' 143) reguluje kwestie, o których mowa w art. 14 ust. 9 konstytucji.

7 Zakresem pojęcia „przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu" w rozumieniu art. 1 tej ustawy objęte są przedsiębiorstwa, „których działalność podlega jurysdykcji państwa greckiego". Ten sam artykuł definiuje również pojęcia „sektora publicznego w szerokim znaczeniu", „zamówień publicznych", „głównego akcjonariusza", „kadry zarządzającej", „osób zależnych gospodarczo" oraz „pośredników".

8 W szczególności pojęcia „głównego akcjonariusza" i „pośrednika" zostały zdefiniowane w art. 1 ust. 4 i 7 ustawy nr 3021/2002 w następujący sposób:

„4. »Główny akcjonariusz«: akcjonariusz, który na podstawie liczby posiadanych akcji, obliczonej niezależnie lub w zestawieniu z innymi akcjonariuszami spółki, na podstawie liczby przysługujących mu głosów, na podstawie innych praw szczególnych przyznanych mu przez ustawę lub statut spółki, lub też na podstawie ogólnych lub szczególnych porozumień zawartych ze spółką, innymi akcjonariuszami lub osobami

trzecimi zależnymi od niego gospodarczo lub działających na jego rachunek, może wywierać istotny wpływ na podejmowanie decyzji przez właściwe organy spółki lub osoby zarządzające spółką co do sposobu sprawowania zarządu i ogólnej działalności spółki.

Głównym akcjonariuszem jest w szczególności.

A. osoba fizyczna lub prawna, która niezależnie od wysokości procentowego udziału, jaki posiada w całkowitym kapitale akcyjnym:

a) posiada większą liczbę akcji niż jakikolwiek inny akcjonariusz lub posiada taką samą liczbę akcji jak inny akcjonariusz, lub

b) na mocy statutu spółki lub w następstwie nabycia odpowiedniego prawa od innych akcjonariuszy dysponuje większością głosów na walnym zgromadzeniu, lub

c) na mocy ustawy, statutu spółki lub w następstwie nabycia odpowiedniego prawa od innych akcjonariuszy jest uprawniona do powoływania lub

odwoływania co najmniej dwóch członków zarządu albo jednego członka zarządu, jeżeli pełni on funkcje prezesa lub wiceprezesa, upoważnionego członka zarządu lub dyrektora lub jego zastępcy, lub też członka zarządu, któremu powierzono ogólne funkcje wykonawcze, lub

d) dysponuje udziałem w całkowitym kapitale akcyjnym lub prawem głosu odpowiadającym co najmniej połowie reprezentowanego kapitału akcyjnego oraz wykonywała prawo głosu przy podejmowaniu przez walne zgromadzenie decyzji o powołaniu lub odwołaniu ostatniego zarządu spółki lub większości jego członków, lub

e) zawiera, bezpośrednio lub pośrednio, umowy oraz — ogólnie — porozumienia ze spółką, na mocy których spółka uzyskuje wpływy lub inne prawa o charakterze pieniężnym odpowiadające co najmniej jednej piątej jej dochodów brutto w ciągu każdego poprzedniego roku podatkowego.

B. Osoba fizyczna lub prawna, która:

a) posiada akcje w ilości odpowiadającej co najmniej 5% całkowitego kapitału akcyjnego, lub

b) dysponuje prawem głosu odpowiadającym co najmniej 5% wszystkich głosów na walnym zgromadzeniu spółki.

Do celów obliczania udziału procentowego w kapitale zakładowym lub w ilości głosów, o którym mowa w pkt A i B niniejszego ustępu, bierze się pod uwagę również liczbę akcji lub głosów przysługujących:

— pośrednikom,

— przedsiębiorstwom kontrolowanym przez tego samego akcjonariusza,

— innemu akcjonariuszowi, z którym zawarte zostało porozumienie mające na celu prowadzenie wspólnej i trwałej polityki zarządzania spółką przez uzgodnione wykonywanie przysługującego mu prawa głosu.

Uwzględnia się również prawo głosu przysługujące na podstawie zastawu lub użytkowania lub w wyniku zastosowania środka zabezpieczającego wobec posiadacza akcji, a także liczbę akcji, które nie znajdują się w jego posiadaniu, lecz co do których przysługuje mu prawo do pobierania dywidendy. Liczbę akcji lub głosów nabytych w drodze dziedziczenia uwzględnia się po upływie terminu trzech miesięcy od chwili nabycia.

[…]

7. »Pośrednicy«: osoby fizyczne lub prawne zależne gospodarczo lub działające na podstawie umowy o charakterze ogólnym lub szczególnym na rachunek i z polecenia innej osoby fizycznej lub prawnej".

9 Artykuł 2 ustawy nr 3021/2002 zatytułowany „Zakaz udzielania zamówień publicznych przedsiębiorstwom prowadzącym działalność w dziedzinie środków masowego przekazu i zawierania umów z takimi przedsiębiorstwami" stanowi:

„1. Zakazuje się udzielania zamówień publicznych przedsiębiorstwom prowadzącym działalność w dziedzinie środków masowego przekazu oraz wspólnikom, głównym akcjonariuszom, członkom organów zarządzających i kadry zarządzającej tych przedsiębiorstw oraz zawierania umów z takimi podmiotami. Zakazuje się również udzielania zamówień publicznych przedsiębiorstwom, których wspólnicy, główni akcjonariusze, członkowie organów zarządzających i kadry zarządzającej są przedsiębiorcami prowadzącymi działalność w dziedzinie środków masowego przekazu lub wspólnikami, głównymi akcjonariuszami, członkami organów zarządzających lub kadry zarządzającej przedsiębiorstw prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu oraz zawierania umów z takimi podmiotami.

2. Zakaz udzielania zamówień publicznych dotyczy również:

a) małżonków, krewnych w linii prostej bez ograniczeń, krewnych w linii bocznej do czwartego stopnia, osób fizycznych objętych zakresem ust. 1, jeżeli nie mogą oni wykazać, że są niezależni gospodarczo od tych osób;

b) wszelkich innych osób będących pośrednikami;

c) wspólników i głównych akcjonariuszy spółek i akcjonariuszy objętych zakresem ust. 1;

d) wszelkich osób fizycznych lub prawnych, które nie będąc akcjonariuszem, kontrolują bezpośrednio lub pośrednio jedno lub kilka przedsiębiorstw prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu lub które mają bezpośredni lub pośredni wpływ na podejmowanie decyzji przez organy zarządzające lub kadrę zarządzającą, dotyczące zarządu lub ogólnej działalności tych przedsiębiorstw.

[…]".

10 Artykuł 3 ustawy nr 3021/2002, dotyczący „zakazu łączenia funkcji", stanowi:

„1. Statusu lub funkcji właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza, członka organu zarządzającego lub kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w dziedzinie środków masowego przekazu nie można łączyć ze statusem lub funkcją właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka organu zarządzającego lub

kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu udzielono zamówienia publicznego lub które zawiera umowę dotyczącą zamówienia publicznego, którego udzielenie jest zakazane zgodnie z art. 2, jak również ze statusem lub funkcją wspólnika lub głównego akcjonariusza spółki będącej wspólnikiem lub głównym akcjonariuszem takiego przedsiębiorstwa.

2. Zakaz łączenia statusu i funkcji przewidziany w niniejszym przepisie znajduje zastosowanie również w przypadku, gdy właściciel, główny akcjonariusz, wspólnik, członek organu zarządzającego lub kadry zarządzającej przedsiębiorstwa zawierającego umowę w sprawie zamówienia publicznego jest małżonkiem, krewnym w linii prostej bez ograniczeń co do stopnia lub krewnym w linii bocznej do czwartego stopnia właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza, członka organu zarządzającego lub kadry zarządzającej przedsiębiorstwa działającego w dziedzinie środków masowego przekazu i nie jest w stanie wykazać, że jest od niego niezależny gospodarczo; zakaz ten znajduje również zastosowanie do pośrednika.

[…]”.

11 Artykuł 4 ustawy nr 3021/2002 przewiduje, że przed udzieleniem zamówienia publicznego, a w każdym wypadku przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego, instytucja zamawiająca powinna pod rygorem nieważności umowy lub udzielenia zamówienia publicznego zwrócić się do ESR o wydanie zaświadczenia o braku przesłanek niedozwolonego łączenia statusu lub funkcji wymienionych w art. 3 tej ustawy.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

12 Decyzją nr 844 z dnia 13 grudnia 2001 r. zarząd spółki prawa greckiego Erga OSE AE (zwanej dalej „Erga OSE") ogłosił przetarg w procedurze otwartej na wykonanie robót ziemnych i budowę obiektów infrastruktury technicznej nowej dwutorowej linii szybkiej kolei łączącej Korynt i Kiatas (Grecja), którego budżet wynosił 51 700 000 EUR.

13 W postępowaniu przetargowym wzięła udział między innymi Michaniki, a także inna spółka prawa greckiego KI Sarantopoulos AE (zwana dalej „Sarantopoulos").

14 Decyzją nr 959 z dnia 22 maja 2002 r. zarząd Erga OSE udzielił zamówienia na wykonanie wskazanych robót ziemnych i budowlanych spółce Sarantopoulos, która następnie została przejęta przez Pantechniki.

15 Przed zawarciem umowy Erga OSE, która należała wówczas do „sektora publicznego w szerokim znaczeniu" w rozumieniu art. 1 ust. 2 ustawy nr 3021/2002, pismem z dnia 9 października 2002 r. przekazała ESR informacje o osobach głównych akcjonariuszy, członków zarządu i dyrekcji, w celu uzyskania zaświadczenia, że osoby te nie są objęte zakazem łączenia funkcji, o którym mowa w art. 3 tej ustawy.

16 Na podstawie art. 4 tej ustawy ESR wydała zaświadczenie nr 8117 z datą 30 października 2002, potwierdzające brak przeszkód dla łączenia funkcji przez osoby wskazane w piśmie spółki Erga OSE z dnia 9 października 2002 r. (zwane dalej „zaświadczeniem").

17 Zgodnie z postanowieniem odsyłającym ESR uznała, że K. Sarantopoulos, będący głównym akcjonariuszem i wiceprezesem zarządu Pantechniki, nie był objęty zakazem łączenia funkcji, o którym mowa w art. 2 i 3 ustawy nr 3021/2002, mimo że był krewnym G. Sarantopoulosa — członka zarządu dwóch spółek greckich prowadzących działalność w dziedzinie środków masowego przekazu. ESR orzekła bowiem, że K. Sarantopoulos był gospodarczo niezależny od G. Sarantopoulosa.

18 Michaniki wniosła do Symvoulio tis Epikrateias (Rady Stanu) skargę o stwierdzenie nieważności zaświadczenia w oparciu o naruszenie art. 14 ust. 9 konstytucji. Spółka ta stwierdziła między innymi, że art. 2 ust. 2 i art. 3 ust. 2 ustawy nr 3021/2002, na podstawie których wydano zaświadczenie, zawężają zakres zastosowania art. 14 ust. 9 konstytucji, a zatem są niezgodne z tym przepisem ustawy zasadniczej.

19 Do postępowania przed sądem krajowym w charakterze interwenientów po stronie ESR zostali dopuszczeni: Pantechniki, zastąpiona przez następcę prawnego Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE (zwaną dalej „ETTEV"), oraz Syndesmos Epicheiriseon Periodikou Typou (Stowarzyszenie Prasy Periodycznej, zwane dalej „SEPT").

20 Sąd krajowy uważa, że art. 2 ust. 2 i art. 3 ust. 2 ustawy nr 3021/2002, jako umożliwiające przedsiębiorcy wykonującemu roboty publiczne uniknięcie zakazu łączenia funkcji przez wykazanie swej niezależności gospodarczej od członka rodziny będącego właścicielem, akcjonariuszem lub wspólnikiem lub członkiem kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalności w dziedzinie środków masowego przekazu, są sprzeczne z art. 14 ust. 9 konstytucji, na mocy którego przedsiębiorca ten, nawet jeśli jest gospodarczo niezależny od takiego członka rodziny, ma obowiązek wykazania, że działał w sposób niezależny, na własny rachunek i we własnym interesie.

21 Jednakże sąd krajowy uważa, iż nawet jeśli ocena powyższa byłaby wystarczająca do tego, by na tym etapie rozstrzygnąć zawisły przed nim spór, to motywy ekonomii procesowej przemawiają za tym, aby w perspektywie stwierdzenia nieważności omawianego zaświadczenia w oparciu o niezgodność art. 2 i 3 ustawy nr 3021/2002 z art.14 ust. 9 konstytucji zbadał on obecnie zgodność z prawem wspólnotowym tego przepisu ustawy zasadniczej jako pozwalającego na odsunięcie od zamówienia publicznego spółki wykonującej roboty publiczne z tego powodu, że jej główny akcjonariusz nie zdołał obalić domniemania — ciążącego na nim jako na krewnym właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka zarządu przedsiębiorstwa działającego w dziedzinie środków masowego przekazu — że występował jako pośrednik tego przedsiębiorstwa, a nie na własny rachunek.

22 W tym zakresie sąd krajowy wskazuje, że po pierwsze większość jego składu orzekającego uważa, iż wykaz podstaw wykluczenia zawarty w art. 24 dyrektywy 93/37 jest wyczerpujący, a zatem niedopuszczalne jest dodawanie przypadków wykluczenia takich jak wynikające z art. 14 ust. 9 konstytucji. Sąd dodaje, że niektórzy z członków składu orzekającego są natomiast zdania, iż ze względu na częściowy charakter harmonizacji dokonanej przez tę dyrektywę jej art. 24 nie zakazuje państwom członkowskim wprowadzania dodatkowych przypadków wykluczenia mających w szczególności na celu, tak jak w niniejszej sprawie, ochronę celów interesu ogólnego związanych z funkcjonowaniem systemu demokratycznego i gwarancją pluralizmu prasy.

23 Po drugie, zakładając, że art. 24 dyrektywy 93/37 nie ma charakteru wyczerpującego, sąd krajowy uważa, że uprawnienie państw członkowskich do wprowadzania dodatkowych przypadków wykluczenia ograniczone jest na mocy prawa wspólnotowego warunkiem w postaci, z jednej strony, istnienia obiektywnego celu zgodnego z ogólnymi zasadami prawa wspólnotowego oraz, z drugiej strony, poszanowania zasady proporcjonalności. Sąd krajowy wyjaśnia w tym zakresie, że zdaniem jednego z członków składu orzekającego art. 14 ust. 9 konstytucji nie narusza owej zasady z uwagi na wzruszalny charakter domniemania dotyczącego osób działających jako pośrednicy oraz brak zastępczych rozwiązań pozwalających na osiągnięcie realizowanych celów.

24 Po trzecie, zakładając, że art. 24 dyrektywy 93/37 ma charakter wyczerpujący lub że art. 14 ust. 9 konstytucji nie może być uznany za służący celowi zgodnemu z prawem wspólnotowym ani za zgodny z zasadą proporcjonalności, sąd krajowy wątpi, czy zawarty w tej dyrektywie zakaz ustanawiania przez państwa członkowskie przepisów takich jak będące przedmiotem toczącej się przed nimi sprawy, które w interesie ogólnym wprowadzają system niełączenia funkcji w sektorze środków masowego przekazu i sektorze zamówień publicznych, jest zgodny z zasadami związanymi z ochroną normalnego funkcjonowania demokracji w państwach członkowskich i gwarancją przejrzystości w procedurach udzielania zamówień publicznych, zasadą wolnej i uczciwej konkurencji, a także zasadą subsydiarności.

25 Sąd krajowy podkreśla jednak, że mniejszość członków składu orzekającego zajmuje przeciwne stanowisko, oceniając, że dyrektywa 93/37 zawiera wystarczające gwarancje, aby zapewnić przejrzystość procedur udzielania zamówień publicznych i aby ochronić je przed niezgodnymi z prawem wpływami oraz korupcją.

26 W tych okolicznościach Symvoulio tis Epikrateias postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy wyliczenie podstaw wykluczenia wykonawców robót publicznych, zawarte w art. 24 [dyrektywy 93/37] jest wyczerpujące?

2) Jeżeli wyliczenie to nie jest wyczerpujące, to czy przepis, który z powodów ochrony jawności w zakresie działalności gospodarczej państwa stanowi, że status właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność gospodarczą w dziedzinie środków

masowego przekazu nie podlega łączeniu ze statusem właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub publiczna osoba prawna senu largo udziela zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi, realizuje cele zgodne z zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego oraz czy tego rodzaju bezwzględny zakaz udzielania zamówień publicznych takim przedsiębiorstwom jest zgodny ze wspólnotową zasadą proporcjonalności?

3) Jeżeli art. 24 [dyrektywy 93/37] należy interpretować w ten sposób, że zawarte w nim wyliczenie podstaw wykluczenia wykonawców jest wyczerpujące, lub jeżeli dany przepis krajowy nie może być interpretowany jako realizujący cele zgodne z zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego lub wreszcie jeżeli zakaz ustanowiony tym przepisem nie jest zgodny ze wspólnotową zasadą proporcjonalności, to czy przywołana dyrektywa ? zabraniając włączenia jako podstawy wykluczenia wykonawcy z procedury udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane przypadku, w którym sam wykonawca lub członek kierownictwa przedsiębiorstwa (taki jak właściciel danego przedsiębiorstwa, jego główny akcjonariusz, wspólnik lub członek kadry zarządzającej) lub też ich pośrednicy działają w przedsiębiorstwach sektora środków masowego przekazu, mogąc wpływać w sposób niezgodny z prawem na procedurę udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane z uwagi szeroki zakres wpływów, jakim dysponują ? pozostaje w sprzeczności z zasadami ogólnymi ochrony konkurencji i jawności oraz art. 5 ust. 2 traktatu WE ustanawiającym zasadę subsydiarności?".

W przedmiocie właściwości Trybunału i dopuszczalności pytań prejudycjalnych

27 Rząd grecki kwestionuje zasadność pytań zadanych przez sąd krajowy.

28 Po pierwsze podnosi on, że spór przed sądem krajowym dotyczy sytuacji czysto wewnętrznej, która obejmuje wyłącznie podmioty greckie. Zatem można wątpić, czy do sprawy tej znajduje zastosowanie dyrektywa 93/37, a w konsekwencji czy Trybunał jest właściwy do dokonania jej interpretacji.

29 W tym zakresie należy jednak zauważyć, że żaden przepis dyrektywy 93/37 nie pozwala na przyjęcie, iż jej zastosowanie, a w szczególności zastosowanie wspólnych reguł dotyczących uczestnictwa w postępowaniu, określonych między innymi w jej art. 24, uzależnione jest od wystąpienia rzeczywistego związku ze swobodą przepływu towarów lub usług pomiędzy państwami członkowskimi. Jak zauważył rzecznik generalny w pkt 16 swej opinii, dyrektywa ta nie uzależnia objęcia zakresem swego zastosowania postępowań w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na roboty budowlane od jakiegokolwiek warunku dotyczącego przynależności państwowej lub siedziby oferentów (zob. analogicznie wyrok z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-2043, pkt 33).

30 W konsekwencji, a także uwzględniając okoliczność, że wartość omawianego zamówienia przekracza próg, powyżej którego stosuje się dyrektywę 93/37, Trybunał jest w niniejszej sprawie właściwy do wydania orzeczenia w przedmiocie wykładni tej dyrektywy.

31 Po drugie rząd grecki twierdzi, że spór zawisły przed sądem krajowym dotyczy wyłącznie kwestii zgodności przepisów ustawy nr 3021/2002 z art. 14 ust. 9 konstytucji. Wykładnia prawa wspólnotowego, o którą zwrócił się sąd krajowy, nie jest więc obiektywie konieczna do rozstrzygnięcia tego sporu.

32 W tym miejscu należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem tylko do sądu krajowego, przed którym zawisł spór i który winien wziąć odpowiedzialność za mające być wydane orzeczenie, należy ocena — w świetle szczególnych okoliczności sprawy — zarówno konieczności wydania orzeczenia w trybie prejudycjalnym dla

potrzeb wydania wyroku, jak i zasadności zadawanych Trybunałowi pytań (zob. w szczególności wyroki: z dnia 15 grudnia 1995 r. w sprawie C-415/93 Bosman, Rec. s. I-4921, pkt 59, z dnia 15 czerwca 2006 r. w sprawie C-466/04 Acereda Herrera, Zb.Orz. s. I-5341, pkt 47, oraz z dnia 31 stycznia 2008 r. w sprawie C-380/05 Centro Europa 7, Zb.Orz. s. I-349, pkt 52).

33 W konsekwencji, jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa wspólnotowego, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia (zob. w szczególności wyroki: z dnia 25 lutego 2003 r. w sprawie C-326/00 IKA, Rec. s. I-1703, pkt 27, z dnia 12 kwietnia 2005 r. w sprawie C-145/03 Keller, Zb.Orz. s. I-2529, pkt 33, oraz z dnia 11 lipca 2006 r. w sprawie C-13/05 Chacón Navas, Zb.Orz. s. I-6467, pkt 32).

34 Odmowa udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne postawione przez sąd krajowy jest możliwa jedynie wtedy, gdy żądana wykładnia prawa wspólnotowego w sposób oczywisty nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu toczącego się przed sądem krajowym lub też gdy problem ma charakter hipotetyczny albo gdy Trybunał nie posiada wystarczającej wiedzy na temat okoliczności faktycznych i prawnych, aby odpowiedzieć na postawione mu pytania w użyteczny sposób (zob. w szczególności wyroki: z dnia 13 marca 2001 r. w sprawie C-379/98 PreussenElektra, Rec. s. I-2099, pkt 39, z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-35/99 Arduino, Rec. s. I-1529, pkt 25, oraz ww. wyrok w sprawie Chacón Navas, pkt 33).

35 Należy podnieść, że powyższa sytuacja w obecnym przypadku nie zachodzi. W niniejszej sprawie odpowiedź Trybunału na wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zapewni sądowi krajowemu wykładnię prawa niezbędną do rozstrzygnięcia kwestii zgodności z prawem wspólnotowym systemu niełączenia funkcji w sektorze środków masowego przekazu i sektorze zamówień publicznych, ustanowionego w art. 14 ust. 9 konstytucji i doprecyzowanego w ustawie nr 3021/2002, która to kwestia warunkuje ostateczny wynik toczącego się przed nim postępowania.

36 W konsekwencji należy stwierdzić, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest dopuszczalny.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pierwszego pytania

37 Zwracając się z pierwszym pytaniem, sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy wykaz przypadków wykluczenia z udziału w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego na roboty budowlane, zawarty w art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, ma charakter wyczerpujący.

38 W tym zakresie należy podnieść, że dyrektywy wspólnotowe dotyczące zamówień publicznych mają na celu koordynację krajowych procedur w tej dziedzinie (wyrok z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 La Cascina i in., Zb.Orz. s. I-1347, pkt 20). W odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane cel ten podkreślony jest wyraźnie w motywie drugim dyrektywy 93/37.

39 Z motywu drugiego, jak również z motywu dziesiątego dyrektywy 93/37 wynika bowiem, że koordynacja ta ma na celu jednoczesne zapewnienie swobody działalności gospodarczej i swobody świadczenia usług w dziedzinie zamówień publicznych na roboty budowlane, jak również zapewnienie rozwoju rzeczywistej konkurencji w tej dziedzinie na szczeblu wspólnotowym poprzez wzbudzanie jak najszerszego zainteresowania wśród przedsiębiorców z państw członkowskich (zob. podobnie wyroki:

z dnia 26 września 2000 r. w sprawie C-225/98 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-7445, pkt 34, z dnia 12 lipca 2001 r. w sprawie C-399/98 Ordine degli Architetti i in., Rec. s. I-5409, pkt 52, z dnia 27 listopada 2001 r. w sprawach połączonych C-285/99 i C-286/99 Lombardini i Mantovani, Rec. s. I-9233, pkt 34, oraz z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. s. I-11617, pkt 89).

40 W tym kontekście art. 24 dyrektywy 93/37, zamieszczony w tytule poświęconym wspólnym regułom uczestnictwa, wpisuje się w szczegółową regulację dotyczącą warunków wyboru przedsiębiorców dopuszczonych do etapu przedstawiania ofert oraz warunków udzielenia zamówienia (zob. analogicznie wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-94/99 ARGE, Rec. s. I-11037, pkt 27).

41 W ramach rozdziału poświęconego kryteriom wyboru „jakościowego" wspomniany art. 24 w swym akapicie pierwszym wskazuje siedem przypadków wykluczenia przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu, które dotyczą cech zawodowych zainteresowanego, w szczególności jego uczciwości zawodowej, wypłacalności oraz kwalifikacji gospodarczych i zdolności płatniczej (zob. analogicznie wyrok z dnia 10 lutego 1982 r. w sprawie 76/81 Transporoute et travaux, Rec. s. 417, pkt 9, oraz ww. wyrok w sprawie La Cascina i in., pkt 21).

42 Należy w tym miejscu podnieść w ślad za Radą Unii Europejskiej, że koncepcja prawodawcy europejskiego polegała na dopuszczeniu tylko takich przypadków wykluczenia, które opierają się na obiektywnym ustaleniu okoliczności faktycznych lub na zachowaniach zainteresowanego przedsiębiorcy, mogących podważyć jego uczciwość zawodową lub zdolność gospodarczą i finansową do wykonania robót objętych zamówieniem i jego ofertą.

43 W tych okolicznościach art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37 należy rozumieć jako zawierający enumeratywne wyliczenie przypadków mogących uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym ze względu na ustalone obiektywnie przyczyny dotyczące jego cech zawodowych. W konsekwencji stoi on na przeszkodzie uzupełnianiu przez państwa członkowskie lub właściwe instytucje zamawiające zawartego w nim wykazu o inne przypadki wykluczenia oparte na kryteriach zawodowych (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie La Cascina i in., pkt 22).

44 Wyczerpujące wyliczenie zawarte w art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37 nie wyłącza jednak uprawnienia państw członkowskich do utrzymania w mocy lub do ustanowienia norm materialnych mających na celu między innymi zagwarantowanie poszanowania zasady równego traktowania oraz wynikającej z niej zasady przejrzystości w dziedzinie zamówień publicznych, które to normy obowiązują instytucje zamawiające we wszystkich postępowaniach w sprawie udzielenia zamówienia publicznego (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie ARGE, pkt 24, oraz wyrok z dnia 16 października 2003 r. w sprawie C-421/01 Traunfellner, Rec. s. I-11941, pkt 29).

45 Powyższe zasady, które oznaczają między innymi, że oferenci powinni znajdować się w równorzędnej pozycji zarówno w chwili przygotowywania ofert, jak i w chwili dokonywania ich oceny przez instytucje zamawiające (zob. podobnie wyroki: z dnia 18 października 2001 r. w sprawie C-19/00 SIAC Construction, Rec. s. I-7725, pkt 34, oraz z dnia 4 grudnia 2003 r. C-448/01 EVN i Wienstrom, Rec. s. I-14527, pkt 47), tworzą bowiem podwalinę dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych (zob. między innymi ww. wyrok w sprawie Universale-Bau i in., pkt 91, oraz wyrok z dnia 19 czerwca 2003 r. w sprawie C-315/01 GAT, Rec. s. I-6351, pkt 73), a ciążący na instytucjach zamawiających obowiązek zapewnienia ich poszanowania odpowiada podstawowym założeniom tychże dyrektyw (zob. podobnie wyroki: z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland, Rec. s. I-7213, pkt 81, oraz z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03 Fabricom, Zb.Orz. s. I-1559, pkt 26).

46 Artykuł 6 ust. 6 dyrektywy 93/37 wyjaśnia ponadto, że instytucje zamawiające winny zapewnić, by nie dochodziło do dyskryminacji przedsiębiorców.

47 Wynika stąd, że państwo członkowskie może wprowadzić, obok przypadków wykluczenia opartych na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych wymienionych w sposób wyczerpujący w art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37, środki umożliwiające wykluczenie z udziału w zamówieniu mające na celu poszanowanie zasad równego traktowania wszystkich oferentów i przejrzystości w ramach postępowań w sprawie udzielania zamówień publicznych.

48 Jednakże zgodnie z zasadą proporcjonalności, która jest ogólną zasadą prawa wspólnotowego (zob. w szczególności wyrok z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie C-210/03 Swedish Match, Zb.Orz. s. I-11893, pkt 47), tego rodzaju środki nie mogą wykraczać poza to, co jest niezbędne dla zapewnienia równego traktowania (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Fabricom, pkt 34).

49 Biorąc powyższe pod uwagę, na pierwsze pytanie należy odpowiedzieć, że art. 24 akapit pierwszy dyrektywy 93/37 należy interpretować w ten sposób, iż wymienia on w sposób wyczerpujący przypadki oparte na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych, mogące uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym na roboty budowlane. Jednakże dyrektywa ta nie stoi na przeszkodzie, by państwo członkowskie wprowadziło inne środki umożliwiające wykluczenie z udziału w zamówieniu, mające na celu zapewnienie poszanowania zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości, o ile środki te nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.

W przedmiocie drugiego pytania

50 Zwracając się z drugim pytaniem, sąd krajowy zmierza w istocie do ustalenia, czy przepis krajowy, który wprowadza zakaz łączenia funkcji pomiędzy sektorem środków masowego przekazu a sektorem zamówień publicznych, jest zgodny z zasadami prawa wspólnotowego.

51 Na wstępie należy przypomnieć, że w ramach postępowania prejudycjalnego Trybunał nie ma za zadanie dokonywania oceny zgodności ustawodawstwa krajowego z prawem wspólnotowym ani dokonywania wykładni przepisów krajowych. Trybunał jest natomiast właściwy do podania sądowi krajowemu wszelkich wskazówek w zakresie wykładni prawa wspólnotowego, umożliwiających temu sądowi ocenę powyższej zgodności w celu wydania orzeczenia w zawisłej przed nim sprawie (zob. w szczególności wyroki: z dnia 15 grudnia 1993 r. w sprawie C-292/92 Hünermund i in., Rec. s. I-6787, pkt 8, z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie C-237/04 Enirisorse, Zb.Orz. s. I-2843, pkt 24, oraz ww. wyrok w sprawie Centro Europa 7, pkt 49 i 50).

52 Trybunał powinien zatem w niniejszej sprawie ograniczyć swoją analizę do wykładni prawa wspólnotowego, która będzie pomocna dla sądu krajowego zobowiązanego do dokonania oceny zgodności przepisów krajowych z prawem wspólnotowym w celu rozstrzygnięcia zawisłego przed nim sporu.

53 Jak to zostało przypomniane w pkt 39 niniejszego wyroku, podstawowym założeniem dyrektywy 93/37 jest otwarcie zamówień publicznych na roboty budowlane na konkurencję wspólnotową. Jej celem jest zagwarantowanie braku niebezpieczeństwa nepotyzmu po stronie instytucji publicznych (zob. podobnie ww. wyroki w sprawach Ordine degli Architetti i in., pkt 75, oraz Lombardini i Mantovani, pkt 35).

54 Wspólnotowa koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych ma między innymi na celu wykluczenie zarówno ryzyka preferowania oferentów krajowych, jak i możliwości kierowania się przez instytucję zamawiającą względami niezwiązanymi z danym zamówieniem (zob. podobnie wyroki: z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. s. I-8035, pkt 17, z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-939, pkt 42, oraz ww. wyrok w sprawie Lombardini i Mantovani, pkt 36).

55 W tym kontekście, jak to podniósł rzecznik generalny w pkt 30 swej opinii, państwom członkowskim należy przyznać pewną swobodę uznania w zakresie wprowadzania przepisów mających na celu ochronę zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości, które zgodnie z tym, co przypomniano w pkt 45 niniejszego wyroku, stanowią podstawę wspólnotowych dyrektyw w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.

56 Każde państwo członkowskie może bowiem lepiej określić — biorąc pod uwagę charakterystyczne dla niego względy historyczne, prawne, ekonomiczne i społeczne (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie La Cascina i in., pkt 23) — sytuacje sprzyjające zaistnieniu zachowań mogących pociągać za sobą obchodzenie tych zasad.

57 W konsekwencji prawo wspólnotowe nie ma na celu podważenia oceny dokonanej przez państwo członkowskie, z uwzględnieniem charakterystycznego dla niego kontekstu, w zakresie szczególnego niebezpieczeństwa zaistnienia tego rodzaju zachowań, w przypadku gdy pośród oferentów w ramach zamówienia publicznego na roboty budowlane występuje przedsiębiorstwo prowadzące działalność w sektorze środków masowego przekazu lub utrzymujące związki z osobami działającymi w tym sektorze, ani też w zakresie konieczności zastosowania środków mających na celu wykluczenie tego niebezpieczeństwa.

58 W niniejszym przypadku zainteresowane państwo członkowskie uznało, że nie można wykluczyć, iż uczestnicząc w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, przedsiębiorstwo prowadzące działalność w dziedzinie środków masowego przekazu lub wykonawca robót publicznych związany z takim przedsiębiorstwem lub z osobami, do których ono należy lub które nim zarządzają, będą wobec instytucji zamawiającej próbowali wykorzystać wpływy, jakie daje im ich pozycja lub powiązania w sektorze mediów, w celu wpłynięcia w sposób niezgodny z prawem na treść decyzji w sprawie udzielenia zamówienia, grożąc perspektywą zmasowanej akcji informacyjnej — agitacyjnej lub krytycznej, w zależności od treści tej decyzji.

59 Chęć zapobiegania przez państwo członkowskie niebezpieczeństwu wpływu środków masowego przekazu na procedury udzielania zamówień publicznych jest zgodna z leżącym w interesie ogólnym celem w postaci zachowania pluralizmu i niezależności mediów (zob. w tym zakresie wyroki: z dnia 26 czerwca 1997 r. w sprawie C-368/95 Familiapress, Rec. s. I-3689, pkt 18, oraz z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-250/06 United Pan-Europe Communications Belgium i in., Zb.Orz. s. I-11135, pkt 41 i 42). Ponadto służy ona w szczególny sposób innemu celowi tej samej natury, to znaczy zwalczaniu oszustw i korupcji (zob. w tym zakresie wyroki: z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-275/92 Schindler, Rec. s. I-1039, pkt 57–60, oraz z dnia 6 marca 2007 r. w sprawach połączonych C-338/04, C-359/04 i C-360/04 Placanica i in., Zb.Orz. s. I-1891, pkt 46).

60 Z powyższego wynika, że prawo wspólnotowe nie stoi na przeszkodzie wprowadzaniu przepisów krajowych, które mając na względzie zapobieganie lub zwalczanie oszustw i korupcji, służą wyeliminowaniu ryzyka występowania, w ramach procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, praktyk mogących zagrażać przejrzystości lub zakłócać konkurencję, które mogą być skutkiem obecności pośród oferentów przedsiębiorcy prowadzącego działalność w sektorze środków masowego przekazu lub utrzymującego związki z osobą działającą w tym sektorze.

61 Jak to zostało podkreślone w pkt 48 niniejszego wyroku, konieczne jest jeszcze, by tego rodzaju przepisy były zgodne z zasadą proporcjonalności.

62 Tymczasem przepis krajowy taki jak analizowany w sprawie przed sądem krajowym, który wprowadza ogólny zakaz łączenia funkcji pomiędzy sektorem robót publicznych a sektorem środków masowego przekazu, powoduje w konsekwencji wykluczenie możliwości udzielania zamówień publicznych wykonawcom robót publicznych powiązanym jednocześnie z sektorem środków masowego przekazu ze względu na stosunki własnościowe, akcjonariatu większościowego, uczestnictwa w spółce lub zarządu, nie dając im żadnej możliwości udowodnienia wobec ewentualnych zarzutów wysuwanych na przykład przez konkurencję, że w ich przypadku nie występuje tego rodzaju realne niebezpieczeństwo, o jakim mowa w pkt 60 niniejszego wyroku (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie Fabricom, pkt 33 i 35).

63 Zgodnie z tym, co stwierdziły Komisja Wspólnot Europejskich, Rada oraz — na rozprawie — Elliniki Technodomiki Techniki Ependytiki Viomichaniki AE, przepis taki wykracza poza to, co jest niezbędne do realizacji przywoływanych celów przejrzystości i równego traktowania, ponieważ wyklucza całą kategorię przedsiębiorców zajmujących się wykonawstwem robót publicznych na podstawie niewzruszalnego domniemania, że obecność wśród oferentów przedsiębiorcy powiązanego jednocześnie z sektorem środków masowego przekazu musi zakłócać konkurencję ze szkodą dla pozostałych oferentów.

64 Rząd grecki podkreślił wynikającą z analizowanego w sprawie przed sądem krajowym przepisu konstytucyjnego możliwość niestosowania wykluczenia w stosunku do osoby występującej w charakterze pośrednika, jako krewny, osoba lub spółka gospodarczo zależna wobec przedsiębiorcy działającego w sektorze środków masowego przekazu lub osoby odpowiedzialnej za tego rodzaju przedsiębiorstwo, jeśli zostanie wykazane, że

udział pośrednika w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego wynika z jego samodzielnej decyzji, podyktowanej jego własnym interesem.

65 Jednak możliwość ta nie jest w stanie pogodzić przepisu krajowego analizowanego przed sądem krajowym z zasadą proporcjonalności.

66 Tego rodzaju możliwość nie zmienia bowiem automatycznego i bezwzględnego charakteru zakazu dotyczącego wszystkich wykonawców robót publicznych prowadzących działalność również w sektorze środków masowego przekazu lub powiązanych z osobami fizycznymi lub prawnymi działającymi w tym sektorze, którzy nie są objęci zakresem owego złagodzenia zasady ogólnego wykluczenia, przewidzianego na rzecz osób mających status pośrednika.

67 Ponadto wykonawca robót publicznych mający status pośrednika przedsiębiorstwa działającego w sektorze środków masowego przekazu lub osoby będącej właścicielem lub zarządcą takiego przedsiębiorstwa będzie wykluczony z udziału w zamówieniu bez możliwości wykazania, że w razie ustalenia, iż działa on na rachunek tego przedsiębiorstwa lub tej osoby, działanie to nie jest w stanie wpłynąć na konkurencję między oferentami.

68 Wreszcie szerokie rozumienie, jakie analizowany przed sądem krajowym przepis nadaje pojęciom głównego akcjonariusza i pośrednika — jak to wynika z pkt 8 niniejszego wyroku — przyczynia się do zwiększenia jego nieproporcjonalności.

69 Uwzględniając powyższe rozważania, na drugie pytanie należy odpowiedzieć, że prawo wspólnotowe należy interpretować w ten sposób, iż stoi ono na przeszkodzie stosowaniu przepisu krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza jednocześnie niewzruszalne domniemanie braku możliwości łączenia statusu lub funkcji właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w sektorze środków masowego przekazu ze statusem lub funkcją właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub osoba prawna sektora publicznego w szerokim znaczeniu powierzyły wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi.

W przedmiocie pytania trzeciego

70 Biorąc pod uwagę odpowiedzi udzielone na dwa pierwsze pytania, nie ma konieczności odpowiadania na pytanie trzecie.

W przedmiocie kosztów

71 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 (wielka izba) orzeka, co następuje:

1) **Artykuł 24 akapit pierwszy dyrektywy Rady 93/37/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. dotyczącej koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, zmienionej dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 97/52/WE z dnia 13 października 1997 r., należy interpretować w ten sposób, że wymienia on w sposób wyczerpujący przypadki oparte na obiektywnych względach dotyczących cech zawodowych, mogące uzasadniać wykluczenie przedsiębiorcy z udziału w zamówieniu publicznym na roboty budowlane. Jednakże dyrektywa ta nie stoi na przeszkodzie, by państwo członkowskie wprowadziło inne środki umożliwiające wykluczenie z udziału w zamówieniu, mające na celu zapewnienie poszanowania zasad równego traktowania oferentów i przejrzystości, o ile środki te nie wykraczają poza to, co jest niezbędne dla osiągnięcia tego celu.**

2) **Prawo wspólnotowe należy interpretować w ten sposób, że stoi ono na przeszkodzie stosowaniu przepisu krajowego, który służąc uzasadnionym celom w postaci równego traktowania oferentów i przejrzystości w ramach procedur udzielania zamówień publicznych, wprowadza jednocześnie niewzruszalne domniemanie braku możliwości łączenia statusu lub funkcji właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa prowadzącego działalność w sektorze środków masowego przekazu ze statusem lub funkcją właściciela, wspólnika, głównego akcjonariusza lub członka kadry zarządzającej przedsiębiorstwa, któremu państwo lub osoba prawna sektora publicznego w szerokim znaczeniu powierzyły wykonanie zamówienia publicznego na roboty budowlane, dostawy lub usługi.**

Podpisy