

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

M. POIARES MADURO

van 8 oktober 2008¹

1. Kan een lidstaat een uitsluitingsgrond voor de deelneming aan een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken toevoegen aan de lijst in artikel 24 van richtlijn 93/37/EEG² en op welke voorwaarden en binnen welke grenzen? Bij deze vragen, die in wezen het onderwerp van de onderhavige prejudiciële verwijzing uitmaken, gaat het om de problematiek van het bestaan en, in voorkomend geval, de omvang van de normatieve bevoegdheid waarover de lidstaten beschikken in geval van een communautaire harmonisatie. Deze problematiek is niet nieuw en was reeds aanleiding tot vele arresten. Wat de onderhavige zaak echter bijzonder maakt, is het feit dat de betrokken nationale regel een grondwetsbepaling is. Kan dit van invloed zijn op de inhoud van het te geven antwoord? Dat zijn de punten die de kern van dit geding vormen.

I — Toepasselijk recht

A — Gemeenschapsrecht

2. Artikel 24 van richtlijn 93/37, dat de gronden voor uitsluiting van deelneming aan een overheidsopdracht betreft, luidt als volgt:

„Van deelneming aan een opdracht kan worden uitgesloten iedere aannemer:

- a) die in staat van faillissement of van liquidatie verkeert, die zijn werkzaamheden heeft gestaakt, of die het voorwerp is van een surséance van betaling of een akkoord dan wel die in een andere soortgelijke toestand verkeert ingevolge

1 — Oorspronkelijke taal: Frans.

2 — Richtlijn van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (*PB L 199, blz. 54*).

- een gelijkaardige procedure van de nationale wettelijke regeling;
- b) wiens faillissement of liquidatie is aangevraagd of tegen wie een procedure van surséance van betaling of akkoord dan wel een andere soortgelijke procedure die in de nationale wettelijke regeling is voorzien, aanhangig is gemaakt;
- c) die, bij een vonnis dat in kracht van gewijsde is gegaan, veroordeeld is geweest voor een delict dat de professionele integriteit van de aannemer in het gedrang brengt;
- f) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van zijn belastingen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij gevestigd is of van het land van de aanbestedende dienst;
- g) die zich in ernstige mate schuldig heeft gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de inlichtingen die overeenkomstig dit hoofdstuk kunnen worden verlangd.
- [...]

B — *Nationaal recht*

- d) die in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, vastgesteld op elke grond die de aanbestedende diensten aannemelijk kunnen maken;
- e) die niet aan zijn verplichtingen heeft voldaan ten aanzien van de betaling van de sociale-verzekeringsbijdragen overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij gevestigd is of van het land van de aanbestedende dienst;
3. Artikel 14, lid 9, vijfde, zesde en zevende alinea, van de Griekse grondwet van 1975 bepaalt na de grondwetsherziening van 6 april 2001:
- „De hoedanigheid van eigenaar, vennoot, hoofdaandeelhouder of bestuurder van een mediaonderneming is onverenigbaar met de

hoedanigheid van eigenaar, vennoot, hoofdaandeelhouder of directeur van een onderneming die zich verbindt werken, leveringen of diensten uit te voeren voor de overheid of een tot de publieke sector in ruime zin behorende rechtspersoon.

aandeelhouder of directeur van een mediaonderneming);

Het verbod van de vorige alinea geldt mede voor alle tussenpersonen, zoals echtgenoten, bloedverwanten, financieel afhankelijke personen of vennootschappen.

- een onderneming waarvan de vennoten, hoofdaandeelhouders, leden van bestuursorganen of bestuurders een mediaonderneming dan wel vennoot, grootaandeelhouder, lid van bestuursorganen of directeur van een mediaonderneming zijn;

De wet stelt de nadere regels ter zake vast en bepaalt de sancties — die kunnen gaan van de intrekking van de vergunning van een radio- of televisiezender tot een verbod tot sluiting van de overeenkomst of de vernietiging ervan — de wijze van toezicht en de waarborgen ter voorkoming van ontduiking van hetgeen hiervóór is bepaald.”

- een ondernemer (eigenaar, vennoot, hoofdaandeelhouder of directeur van een aannemer) die *de echtgeno(o)t(e) of bloedverwant* is van de eigenaar, vennoot, hoofdaandeelhouder of directeur van een mediaonderneming, tenzij die ondernemer aantoonst financieel onafhankelijk te zijn van die persoon.

4. Ter uitvoering van de zevende alinea van artikel 14, lid 9, van de Griekse grondwet is wet nr. 3021/2002 vastgesteld, betreffende beperkingen voor het sluiten van overeenkomsten voor overheidsopdrachten met personen die bij een mediaonderneming werkzaam zijn. Deze wet stelt, kort gezegd, een verbod op de gunning van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken aan:

- een mediaonderneming of een media-ondernemer (eigenaar, vennoot, hoofd-

5. Wet nr. 3021/2002 bepaalt voorts dat de betrokken aanbestedende dienst voordat deze overgaat tot gunning van de overheidsopdracht, op straffe van nietigheid van de overeenkomst of de gunning van de opdracht,

de nationale raad voor de radio en televisie (de Ethniko Symvoulío Radiotileorasis; hierna: „ESR”) moet verzoeken om afgifte van een verklaring dat er geen onverenigbaarheid in die zin van deze bestaat.

II — Hoofdgeding en prejudiciële verwijzing

6. Bij besluit van 13 december 2001 heeft de vennootschap Erga, een overheidsbedrijf, een aanbesteding uitgeschreven voor de uitvoering van grond- en technische werkzaamheden voor de aanleg van een nieuwe hogesnelheidsspoorlijn tussen Korinthe en Kiatos, die op 51 700 000 EUR waren begroot. Aan deze aanbesteding hebben onder meer de vennootschappen Michaniki en Sarantopoulos deelgenomen.

7. Op 22 mei 2002 gunde de aanbestedende dienst de opdracht aan de vennootschap Sarantopoulos, die vervolgens is opgegaan in de vennootschap Pantechniki. Tevoren had deze aanbestedende dienst op zijn verzoek van de ESR de door de Griekse wet nr. 3021/2002 vereiste verklaring verkregen, dat zich met betrekking tot de vennootschap Pantechniki geen onverenigbaarheid voordeed. Volgens de ESR was de hoofdaandeelhouder en vicevoorzitter van de raad van bestuur van Pantechniki, K. Sarantopoulos, weliswaar een bloedverwant (en wel de vader) van G. Sarantopoulos, die lid was van verschillende raden van bestuur van Griekse mediaondernemingen, doch viel hij niet onder de onverenigbaarheden van de Griekse regeling,

aangezien hij financieel onafhankelijk was ten opzichte van G. Sarantopoulos.

8. Michaniki, de onfortuinlijke concurrent van het aannemingsbedrijf waaraan de opdracht was gegund, heeft de Griekse Raad van State verzocht om vernietiging van de door de ESR afgegeven verklaring van onverenigbaarheid, stellende dat wet nr. 3021/2002 waarop deze verklaring berustte, in strijd is met artikel 14, lid 9, van de Griekse grondwet.

9. Met verzoekster in het hoofdgeding meent de verwijzende rechter dat de betwiste wettelijke bepalingen, doordat zij een aannemer van openbare werken in staat stellen aan de in deze bepalingen vastgelegde onverenigbaarheden te ontkomen door aan te tonen dat hij financieel onafhankelijk is van zijn bloedverwant die eigenaar, vennoot, aandeelhouder of directeur van een mediaonderneming is, in strijd zijn met artikel 14, lid 9, van de grondwet. Volgens deze grondwetsbepaling moet die aannemer, ook al is hij financieel onafhankelijk van deze bloedverwant, niettemin aantonen dat hij niet als tussenpersoon is opgetreden maar zelfstandig, voor eigen rekening en in zijn eigen belang heeft gehandeld.

10. De verwijzende rechter twijfelt evenwel aan de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van deze grondwettelijke bepaling, die het mogelijk maakt een aannemer te passeren bij het plaatsen van een opdracht op grond van het feit dat zijn hoofdaandeelhouder niet het op hem als bloedverwant van

de eigenaar, vennoot, hoofdaandeelhouder of directeur van een mediaonderneming rustende vermoeden heeft kunnen weerleggen dat hij als tussenpersoon van die onderneming en niet voor eigen rekening is opgetreden. De opsomming van de gronden voor uitsluiting in artikel 24 van richtlijn 93/37 lijkt namelijk limitatief en sluit bijgevolg de toevoeging van nieuwe uitsluitingsgronden als die vermeld in artikel 14, lid 9, van de Griekse grondwet uit. Ook indien richtlijn 93/37 op dit gebied slechts een gedeeltelijke harmonisatie tot stand heeft gebracht, zijn door een lidstaat bepaalde bijkomende uitsluitingsgronden gemeenschapsrechtelijk alleen rechtmatig indien ze een met het gemeenschapsrecht verenigbaar doel van algemeen belang nastreven met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel. Voor het geval het Hof de lijst van uitsluitingsgronden in artikel 24 van die richtlijn uitputtend zou achten, vraagt de verwijzende rechter zich ten slotte af of het daaruit af te leiden verbod van invoering van een onverenigbaarheid tussen het terrein waarop de media opereren en dat van de aanbesteding van overheidsopdrachten, geen inbreuk maakt op de beginselen van bescherming van de ongestoorde werking van de democratie, de eerbiediging van de transparantie bij het plaatsen van overheidsopdrachten, het beginsel van een vrije en onvervalste mededinging alsook het subsidiariteitsbeginsel.

richtlijn 93/37. De tweede vraag houdt in, enerzijds of het doel van de ingevoerde onverenigbaarheid van de hoedanigheid van eigenaar, vennoot, hoofdaandeelhouder of directeur van een mediaonderneming met de hoedanigheid van eigenaar, vennoot, hoofdaandeelhouder of directeur van een onderneming waaraan een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, leveringen of diensten wordt gegund, verenigbaar is met de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, en anderzijds of het daaruit voortvloeiende absolute verbod van gunning van overheidsopdrachten aan de betrokken ondernemingen verenigbaar is met het communautaire evenredigheidsbeginsel. De derde vraag betreft de geldigheid van richtlijn 93/37 vanuit het oogpunt van de algemene beginselen van bescherming van de mededinging, transparantie en subsidiariteit, indien de richtlijn aldus moet worden begrepen dat zij verbiedt om een onderneming uit te sluiten van de aanbesteding van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken indien deze onderneming zelf, het bestuur van de onderneming (de eigenaar van deze onderneming, haar hoofdaandeelhouder, een van haar vennoten of directeuren) dan wel door hen ingeschakelde tussenpersonen actief zijn in een mediaonderneming die op grond van de invloedrijke positie die deze in het algemeen inneemt, ongeoorloofde invloed kan uitoefenen op de procedure voor de plaatsing van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken.

11. De verwijzende rechter heeft daarom het Hof drie prejudiciële vragen gesteld. De eerste vraag gaat over de limitatieve aard van de lijst van uitsluitingsgronden in artikel 24 van

12. Alvorens te trachten deze prejudiciële vragen te beantwoorden, zal ik eerst ingaan op de bezwaren die tegen de ontvankelijkheid ervan zijn aangevoerd.

III — De ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen

13. De Griekse regering heeft de bevoegdheid van het Hof om uitspraak te doen in de onderhavige verwijzing bestreden met het argument dat in het hoofdgeding twee Griekse ondernemingen met elkaar in geschil zijn naar aanleiding van de gunning van een opdracht door een Griekse aanbestedende dienst. Aangezien het in deze zaak dus om een puur interne situatie in Griekenland gaat, zou het gemeenschapsrecht geen toepassing kunnen vinden en zouden de prejudiciële vragen, die de uitlegging van communautaire bepalingen beogen, niet relevant zijn. De Griekse regering acht de gestelde vragen eveneens niet relevant omdat zij geen betrekking hebben op een uitlegging van het gemeenschapsrecht die objectief nodig is voor de oplossing van het hoofdgeding, aangezien het hierin alleen gaat over de verenigbaarheid van de Griekse wet met de grondwet.

14. Deze bezwaren zouden op voorhand kunnen worden afgewezen met de opmerking dat het volgens vaste rechtspraak „in het kader van de in artikel 177 EG-Verdrag ingestelde samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties uitsluitend een zaak [is] van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis als de relevantie van de door hem aan het Hof

voorgelegde vragen te beoordelen” en dat „[w]anneer de vragen betrekking hebben op de uitlegging van gemeenschapsrecht, [...] het Hof derhalve in beginsel verplicht [is] daarop te antwoorden”.³ Echter, uit de rechtspraak blijkt ook dat het in uitzonderlijke gevallen de taak van het Hof is om, ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid, de omstandigheden te onderzoeken waaronder de nationale rechter hem om een prejudiciële beslissing verzoekt, en dat het Hof een prejudiciële vraag met name niet-ontvankelijk kan verklaren wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding of objectief niet nodig is voor de beslissing die de nationale rechter moet nemen in de bij hem aanhangige procedure dan wel wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is.⁴

15. Wat het eerste bezwaar betreft, dat het hoofdgeding geen communautair aspect bezit, is het Hof weliswaar niet bevoegd prejudiciële vragen te beantwoorden over gemeenschapsbepalingen in situaties waarin de feiten van het hoofdgeding niet onder de

3 — Arrest van 13 maart 2001, PreussenElektra (C-379/98, Jurispr. blz. I-2099, punt 38); zie ook arresten van 15 december 1995, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 59), en 21 januari 2003, Bacardi-Martini en Cellier des Dauphins (C-318/00, Jurispr. blz. I-905, punt 41).

4 — Zie beschikkingen van 16 mei 1994, Monin Automobiles (C-428/93, Jurispr. blz. I-1707), en 25 mei 1998, Nour (C-361/97, Jurispr. blz. I-3101); reeds aangehaald arrest PreussenElektra, punt 39, en arresten van 15 juni 1999, Tarantik (C-421/97, Jurispr. blz. I-3633, punt 33), en 9 maart 2000, EKW en Wein & Co (C-437/97, Jurispr. blz. I-1157, punt 52).

werkings sfeer van het gemeenschapsrecht vallen.⁵ Het Hof heeft echter herhaaldelijk eraan herinnerd dat het gemeenschapsrecht⁶, en wel in het bijzonder de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van diensten en de ter uitvoering van deze bepalingen vastgestelde regelgeving⁷, geen toepassing kan vinden in situaties waarvan alle aspecten geheel in de interne sfeer van één enkele lidstaat liggen en die hierdoor geen enkel aanknopingspunt hebben met welke situatie dan ook waarop het gemeenschapsrecht het oog heeft. In die gevallen houdt de gevraagde uitlegging geen verband met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding en kan het gegeven antwoord niet nuttig zijn voor de nationale rechter tenzij zijn nationale recht voorschrijft dat onderdanen van de betrokken lidstaat dezelfde rechten hebben als onderdanen van een andere lidstaat in dezelfde situatie aan het gemeenschapsrecht zouden ontnemen⁸, of ter bepaling van de regels die van toepassing zijn op een puur interne situatie verwijst naar de inhoud van een communautaire bepaling.⁹

komsten met de overheid, ook al gaven de betrokken feiten eerder de indruk dat er een zuiver interne situatie speelde. Aldus steeds, behoudens een enkel geval¹⁰, wanneer de gevraagde uitlegging betrekking had op bepalingen van primair recht, met name inzake het vrije verkeer van diensten¹¹, en waar de uitlegging de aanbestedingsrichtlijnen betrof.¹² Dit heeft in zijn algemeenheid te maken met juist de doelstellingen van het communautaire aanbestedingsrecht, namelijk de overheidsopdrachten zo ruim mogelijk toegankelijk te maken zonder discriminatie op grond van nationaliteit en een effectieve en gelijke mededinging op dat gebied te bevorderen. Het is dus van weinig belang dat alle partijen bij een bepaalde aanbesteding uit dezelfde lidstaat komen als de aanbestedende dienst, aangezien in andere lidstaten gevestigde ondernemingen ook belangstelling hadden kunnen hebben.¹³ Immers, wat dit punt betreft, gelden de aanbestedingsrichtlijnen voor alle opdrachten die het door de richtlijnen vastgesteld bedrag te boven gaan, wat ook de nationaliteit of plaats van vestiging van de inschrijvers moge zijn.¹⁴ Evenals voor andere richtlijnen die op artikel 95 EG (voorheen artikel 100 A EG-Verdrag) zijn gebaseerd, kan de toepasbaarheid van deze

16. Het Hof heeft echter altijd prejudiciële vragen beantwoord waaraan zaken ten grondslag lagen die betrekking hadden op overheidsopdrachten of, in ruimere zin, overeen-

5 — Zie recentelijk nog beschikking van 16 april 2008, Club Náutico de Gran Canaria (C-186/07, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 19).

6 — Zie bijvoorbeeld arresten van 19 maart 1992, Batista Morais (C-60/91, Jurispr. blz. I-2085, punten 6-9); 2 juli 1998, Kapasakalis e.a. (C-225/95-C-227/95, Jurispr. blz. I-4239, punten 17-24), en 11 oktober 2001, Khalil e.a. (C-95/99-C-98/99 en C-180/99, Jurispr. blz. I-7413, punten 70 en 71).

7 — Zie arresten van 21 oktober 1999, Jägerskiöld (C-97/98, Jurispr. blz. I-7319, punten 42-44), en 11 juli 2002, Carpenter (C-60/00, Jurispr. blz. I-6279, punt 28).

8 — Zie arresten van 5 december 2000, Guimont (C-448/98, Jurispr. blz. I-10663, punten 18-24); 5 maart 2002, Reisch e.a. (C-515/99, C-519/99-C-524/99 en C-526/99-C-540/99, Jurispr. blz. I-2157, punten 24-26); 15 mei 2003, Salzmann (C-300/01, Jurispr. blz. I-4899, punten 32 en 33), en 31 januari 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Jurispr. blz. I-349, punt 69).

9 — Zie met name arresten van 18 oktober 1990, Dzodzi (C-297/88 en C-197/89, Jurispr. blz. I-3763); 17 juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Jurispr. blz. I-4161), en 11 december 2007, ETI e.a. (C-280/06, Jurispr. blz. I-10893, punt 21).

10 — Zie arrest van 9 september 1999, R.I.SAN. (C-108/98, Jurispr. blz. I-5219, punten 21-23).

11 — Zie arresten Hof van 7 december 2000, Telaustria et Telefonadress (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745); 21 juli 2005, Coname (C-231/03, Jurispr. blz. I-7287); 13 oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Jurispr. blz. I-8585); zie ook mijn conclusie in de zaak ASM Brescia (C-347/06, arrest van 17 juli 2008, Jurispr. blz. I-5641, punt 33).

12 — Zie arrest van 25 april 1996, Commissie/België (C-87/94, Jurispr. blz. I-2043); reeds aangehaald arrest, Telaustria et Telefonadress; arrest van 7 december 2000, ARGE (C-94/99, Jurispr. blz. I-11037), en beschikking van 30 mei 2002, Buchhändler-Vereinigung (C-358/00, Jurispr. blz. I-4685).

13 — Zie in deze zin reeds aangehaalde arresten Commissie/België, punt 33; Coname, punt 17, en Parking Brixen, punt 55.

14 — Voor een bevestiging dat er geen sprake kan zijn van een niet-toepasselijkheid van de betrokken aanbestedingsrichtlijn op een situatie die als puur intern zou kunnen worden beschouwd, zie reeds aangehaald arrest Commissie/België, punten 31-33.

richtlijnen niet afhangen van de vraag of de concrete situaties in de hoofdgedingen voldoende verband houden met de uitoefening van de fundamentele verkeersvrijheden.¹⁵ Het eerste ontvankelijkheidsbezwaar van de Griekse regering — de prejudiciële verwijzing betreft een puur interne situatie — kan dan ook slechts worden verworpen.

17. Het tweede argument, waarmee de relevantie van de gestelde vragen wordt aangevochten en dat inhoudt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht objectief niet nodig is voor de oplossing van het hoofdgeding aangezien het hierbij alleen gaat om de grondwettigheid van de Griekse wet, kan evenmin slagen. Uiteraard moet worden toegegeven dat in geval van strijd van de bepalingen van wet nr. 3021/2002 met artikel 14, lid 9, van de grondwet de grondslag van de door de ESR afgegeven verklaring van onverenigbaarheid vervalt en derhalve voldoende grond oplevert om het door

verzoekster in het hoofdgeding ingestelde beroep te laten slagen.

18. Niettemin pleiten, zoals de verwijzende rechter heeft onderstreept, overwegingen van proceseconomie ervoor om reeds in deze fase de vraag naar de verenigbaarheid van de betrokken grondwettelijke bepaling met het gemeenschapsrecht als relevant te beschouwen. Mocht het Hof namelijk van oordeel zijn dat het de prejudiciële uitleggingsvragen niet mag beantwoorden en dat de verwijzende rechter eerst over de verenigbaarheid van de bepalingen van wet nr. 3021/2002 met artikel 14, lid 9, van de grondwet moet beslissen, dan wijst alles erop dat, indien die rechter de verklaring zal vernietigen omdat deze wet de grondwet schendt, het Hof vroeg of laat opnieuw met de vraag van de verenigbaarheid van de litigieuze grondwetsbepaling met het gemeenschapsrecht te maken krijgt, aangezien de ESR naar alle waarschijnlijkheid de afgifte van de voor de gunning van de overheidsopdracht benodigde verklaring zal weigeren op grond dat de betrokken aannemer (K. Sarantopoulos) er niet in geslaagd is aan te tonen dat hij niet onder de in de grondwet vervatte onverenigbaarheid valt. De uiteindelijke afloop van het hoofdgeding hangt derhalve ervan af of de specifieke regeling van onverenigbaarheid tussen de sector openbare werken en de mediasector in overeenstemming is met het gemeenschapsrecht. Het is derhalve in het belang van een goede proceseconomie om reeds thans aan de verwijzende rechter de uitleggingscriteria van gemeenschapsrecht te verschaffen waardoor hij hierover kan beslissen, want, indien hij deze regeling, zoals bepaald in de grondwet en uitgewerkt in wet nr. 3021/2002, niet verenigbaar met het gemeenschapsrecht mocht achten, heeft de verwijzende rechter, zoals hij zelf erkent, geen

15 — Zie in deze zin, in verband met richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, die evenals richtlijn 93/37 is vastgesteld op basis van artikel 100 A EG-Verdrag, arresten van 20 mei 2003, *Österreichischer Rundfunk e.a.* (C-465/00, C-138/01 en C-139/01, Jurispr. blz. I-4989, punten 39-43), en 6 november 2003, *Lindqvist* (C-101/01, Jurispr. blz. I-12971, punten 40 en 41).

andere keuze dan deze regeling buiten toepassing te laten en derhalve het verzoek van Michaniki af te wijzen en de gunning van de opdracht aan Pantechniki te bevestigen.

IV — Beantwoording van de prejudiciële vragen

A — *Het uitputtend karakter van de uitsluitingsgronden in artikel 24 van richtlijn 93/37*

19. Met de eerste prejudiciële vraag wordt het Hof in wezen gevraagd of de lidstaten andere gronden mogen vaststellen voor de uitsluiting van de deelneming aan een aanbesteding van een opdracht voor de uitvoering van werken dan die welke in artikel 24 van richtlijn 93/37 zijn vervat.

20. De Griekse regering bestrijdt het limitatieve karakter van de opsomming in artikel 24 van richtlijn 93/37 met het argument dat deze richtlijn de nationale aanbestedingsprocedures voor werken enkel heeft gecoördineerd en geen volledige harmonisatie op het gebied van de desbetreffende overheidsopdrachten

tot stand heeft gebracht. Op dit punt heeft zij stellig gelijk. Het Hof heeft erkend dat „uit het opschrift en de tweede overweging van de considerans van de richtlijn [blijkt], dat deze louter tot doel heeft de nationale procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken te coördineren, en dat zij dus niet voorziet in een uitputtende gemeenschapsregeling ter zake”.¹⁶ Evenzo heeft het met betrekking tot richtlijn 71/305 verklaard dat deze geen eenvormige en uitputtende communautaire regeling behelst.¹⁷ Derhalve blijven de lidstaten „binnen het kader van de gemeenschappelijke regels die zij bevat, vrij [...] om materiële en procedureregels inzake de aanbesteding van openbare werken te handhaven of vast te stellen, mits zij daarbij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigen en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginselen inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten”.¹⁸ De voorbeelden van nationale maatregelen of regelingen die de communautaire regelgeving voor overheidsopdrachten aanvullen en die in die zin rechtmatig zijn geacht, zijn zeer talrijk. Men hoeft maar te denken aan milieu-criteria¹⁹ of de bestrijding van de werkloosheid²⁰ als gunningscriteria of de nationale regeling die wijzigingen in de samenstelling van een aannemerscombinatie die aan een aanbesteding van een overheidsopdracht voor werken deelneemt, na de indiening van de offertes verbiedt.²¹

16 — Arrest van 27 november 2001, Lombardini en Mantovani (C-285/99 en C-286/99, Jurispr. blz. I-9233, punt 33).

17 — Zie arresten van 20 september 1988, Beentjes (31/87, Jurispr. blz. 4635, punt 20), en 9 juli 1987, CEI en Bellini (27/86–29/86, Jurispr. blz. 3347, punt 15).

18 — Ibidem.

19 — Zie arrest van 17 september 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, Jurispr. blz. I-7213).

20 — Zie arrest van 26 september 2000, Commissie/Frankrijk (C-225/98, Jurispr. blz. I-7445).

21 — Zie arrest van 23 januari 2003, Makedoniko Metro en Michaniki (C-57/01, Jurispr. blz. I-1091).

21. Het feit dat richtlijn 93/37 geen volledige harmonisatie van de voorschriften voor de aanbesteding van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken tot stand heeft gebracht, betekent evenwel niet dat sommige bepalingen ervan niet kunnen worden geacht een aantal punten uitputtend te hebben geregeld. Inderdaad pleiten verschillende factoren sterk voor een limitatief karakter van de in artikel 24 van deze richtlijn vervatte mogelijkheden voor uitsluiting van een aannemer van de aanbesteding van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken. Reeds de doelstellingen van deze richtlijn wijzen in die richting. Aangezien richtlijn 93/37 erop gericht is de mededinging op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken te ontwikkelen door een zo ruim mogelijke deelneming aan de aanbestedingsprocedure te bevorderen²², maakt de toevoeging van nieuwe gronden voor de uitsluiting van inschrijvers die aanbestedingsprocedures noodzakelijkerwijs minder toegankelijk voor gegadigden en beperkt derhalve de mededinging. Ook de rechtspraak gaat volgens mij in die richting. Zo bijvoorbeeld reeds het verbod voor de lidstaten om van een inschrijver te verlangen zijn technische bekwaamheid, zijn economische en financiële draagkracht en zijn soliditeit te bewijzen met andere middelen dan die vermeld in de artikelen 23 tot en met 26 van de oude richtlijn 71/305 betreffende overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken. Met andere woorden, met name de controle van het bestaan van een van de in artikel 24 van richtlijn 93/37 genoemde onverenigbaarheden bij een gegadigde voor een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken kon

slechts geschieden op grond van bewijsmiddelen waarin uitputtend was voorzien.²³ Relevantier nog is dat het Hof heeft geoordeeld dat de artikelen 17 tot en met 25 van de oude richtlijn 77/62 betreffende overheidsopdrachten voor leveringen een „uitputtende en dwingende” opsomming bevatten van de criteria voor de kwalitatieve selectie — waaronder in artikel 20 de criteria in verband met de professionele soliditeit van de gegadigde — en voor de gunning van de opdracht, en derhalve de mogelijkheid uitsluiten om het meedingen naar een opdracht voor leveringen voor te behouden aan ondernemingen waarin de overheid een meerderheidsbelang heeft.²⁴ Ten slotte — en uiterst relevant — heeft het Hof bij de uitlegging van artikel 29 van richtlijn 92/50 betreffende overheidsopdrachten voor de levering van diensten, welk artikel in wezen gelijk is aan artikel 24 van richtlijn 93/37, voor recht verklaard dat deze bepaling die zeven gronden noemt voor de uitsluiting van gegadigden voor een opdracht, alle verband houdend met hun professionele integriteit, hun kredietwaardigheid of hun betrouwbaarheid, „zelf enkel de grenzen van de bevoegdheid van de lidstaten vast[stelt], in die zin dat deze geen andere uitsluitingsgronden mogen vaststellen dan hierin zijn genoemd”.²⁵

22. Tegen deze arresten voert de Griekse regering evenwel als argument aan de uitspraak van het Hof in de zaak Fabricom.²⁶ Hier is in geschil de verenigbaarheid met de aanbestedingsrichtlijnen van een nationale regeling die eenieder die belast was geweest

22 — Blijkens de preambule en de overwegingen twee en tien van de considerans tracht deze richtlijn de beperkingen op de vrijheid van vestiging en van het vrij verrichten van diensten op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken uit de weg te ruimen teneinde deze markten open te stellen voor een effectieve mededinging voor aannemers van lidstaten [voor een overzicht van de rechtspraak, zie bijvoorbeeld arresten van 27 november 2001, Lombardini en Mantovani (C-285/99 en C-286/99, Jurispr. blz. I-9233, punt 34), en 12 december 2002, Universale-Bau e.a. (C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 89)].

23 — Zie arresten van 10 februari 1982, *Transporoute et travaux* (76/81, Jurispr. blz. 417), en 26 september 2000, *Commissie/Frankrijk* (C-225/98, Jurispr. blz. I-7445, punt 88).

24 — Arrest van 26 april 1994, *Commissie/Italië* (C-272/91, Jurispr. blz. I-1409, punt 35).

25 — Arrest van 9 februari 2006, *La Cascina e.a.* (C-226/04 en C-228/04, Jurispr. blz. I-1347, punt 22).

26 — Arrest van 3 maart 2005, *Fabricom* (C-21/03 en C-34/03, Jurispr. blz. I-1559).

met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van werken, leveringen of diensten voor een overheidsopdracht, verbodt een offerte in te dienen in het kader van de aanbesteding van die opdracht. In plaats van de onverenigbaarheid van de deelneming aan de voorbereidende fase van een overheidsopdracht en de inschrijving op diezelfde opdracht te toetsen aan de bepalingen van deze richtlijnen die de uitsluiting van deelneming aan de aanbestedingsprocedure regelen, en in het bijzonder aan artikel 24 van richtlijn 93/37, is het Hof alleen nagegaan of de litigieuze maatregel ertoe strekte dat alle inschrijvers gelijk werden behandeld en of het ingevoerde verschil in behandeling gelet op die doelstelling niet onevenredig was.

23. Deze uitspraak past a priori niet erg goed bij de arresten waarin de uitsluitingsmogelijkheden in de relevante bepalingen van de richtlijnen inzake de coördinatie van aanbestedingsprocedures van overheidsopdrachten als uitputtend zijn beschouwd. De tegenstelling is echter maar schijn. Weliswaar willen de gemeenschapsrichtlijnen in beginsel de gronden voor uitsluiting van deelneming aan aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten uitputtend regelen. Dat is met name het doel van artikel 24 van richtlijn 93/37. Dit betekent echter niet dat de naleving van andere regels en beginselen die in die richtlijn zijn vervat — of daaruit voortvloeien — niet ook de invoering van uitsluitingsmogelijkheden kan verlangen. Dat is in het bijzonder het geval bij het beginsel van gelijke behandeling van alle inschrijvers voor een overheidsopdracht. Dit beginsel — noodzakelijkerwijs inhoudende de verplichting tot transparantie²⁷ — dat voortvloeit uit de fundamentele

vrijheden van vestiging en het vrij verrichten van diensten²⁸ en aan alle communautaire aanbestedingsregelgeving ten grondslag ligt²⁹, kan namelijk rechtvaardigen dat concurrenten van de deelneming aan een opdracht worden uitgesloten, wanneer de mededinging tussen de inschrijvers die de aanbestedingsrichtlijnen trachten te bevorderen en die een zo hoog mogelijke deelneming aan aanbestedingsprocedures vooropstelt, slechts effectief is indien die mededinging het beginsel van gelijke behandeling van gegadigden eerbiedigt.³⁰ Zo lijkt het mij bijvoorbeeld moeilijk denkbaar dat het gemeenschapsrecht zich zou verzetten tegen de invoering als zodanig van een onverenigbaarheid op nationaal vlak tussen de uitoefening van bepaalde overheidsfuncties met de kandidaatsstelling voor een overheidsopdracht. Erkend dient derhalve te worden dat de lidstaten andere uitsluitingen kunnen vaststellen dan vervat in de lijst van artikel 24 van richtlijn 93/37, voor zover dit nodig mocht zijn ter voorkoming van een eventueel belangenconflict en ter waarborging van de transparantie en een gelijke behandeling. Dat is trouwens de zin van de aansporing in artikel 6, lid 6, van richtlijn 93/37: „[d]e aanbestedende diensten zorgen ervoor dat er geen discriminatie tussen leveranciers plaatsvindt”. En dat is de uit de zaak *Fabricom*³¹ te trekken les. De in de nationale regeling voorziene onverenigbaarheid tussen de deelneming aan de voorbereidende fase van een overheidsopdracht en de inschrijving op die opdracht moest voorkomen dat iemand die aan bepaalde voorbereidende werkzaamheden deelneemt, de voorwaarden van een opdracht in voor hem gunstige zin zou kunnen beïnvloeden voor

27 — Zie met name arresten van 7 december 2000, *Telaustria* en *Telefonadress* (C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 61), en 18 juni 2002, *HI* (C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 45), en reeds aangehaald arrest *Universale Bau*, punt 91.

28 — Aldus het Hof expliciet in de reeds aangehaalde arresten *Beentjes*, punt 20, en *Commissie/Frankrijk*, punt 50.

29 — Zie reeds aangehaalde arresten *Universale-Bau e.a.*, punt 91, en *HI*, punt 45, en arrest van 19 juni 2003, *GAT* (C-315/01, Jurispr. blz. I-6351, punt 73).

30 — Hierop heb ik reeds gewezen (zie mijn conclusie in de zaak *La Cascina e.a.*, C-226/04 en C-228/04, arrest van 9 februari 2006, Jurispr. blz. I-1347, punt 26); zie ook de conclusie van advocaat-generaal Léger in de reeds aangehaalde zaak *Fabricom* (punten 22 en 36).

31 — Waarbij het, ik breng het in herinnering, met name ging om de uitlegging van artikel 6, lid 6, van richtlijn 93/37.

zijn latere inschrijving op die opdracht, dan wel bij het formuleren van zijn offerte bevoordeeld kan worden wegens de informatie die hij bij het verrichten van de voorbereidende werkzaamheden heeft kunnen verkrijgen over de opdracht.³²

24. Op de eerste prejudiciële vraag dient derhalve te worden geantwoord dat de lijst van gronden voor de uitsluiting van inschrijvers op een opdracht voor de uitvoering van werken in artikel 24 van richtlijn 93/37 niet uitputtend is.

B — De voorwaarden die voor extra uitsluitingsmogelijkheden gelden

25. Richtlijn 93/37 verbiedt derhalve de lidstaten niet om uitsluitingsgronden voor de deelneming aan een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken toe te voegen aan de lijst in artikel 24, voor zover deze erop gericht zijn de transparantie en de gelijke behandeling te waarborgen.

26. Dat is exact de rechtvaardiging die door de Griekse regering wordt aangevoerd ter

ondersteuning van de in artikel 14, lid 9, van de Griekse grondwet bepaalde onverenigbaarheid tussen de mediasector en de sector openbare werken. Zij stelt dat met deze onverenigbaarheid wordt getracht de transparantie en de gelijke behandeling bij de gunning van overheidsopdrachten te waarborgen, daar hiermede iedere mogelijkheid wordt voorkomen dat een op een aanbesteding inschrijvende aannemer zijn media-macht gebruikt om het uiteindelijke gunningsbesluit te zijnen gunste te beïnvloeden. De uitsluiting van mediaondernemingen en ondernemingen die gelieerd zijn met een mediaonderneming berust er derhalve op dat deze ondernemingen, wegens de druk die zij dank zij hun media-macht kunnen uitoefenen op de aanbestedende dienst, meer kans hebben om de opdracht te verkrijgen dan hun concurrenten en derhalve niet noodzakelijkerwijs in dezelfde positie verkeren als die concurrenten, waar het gaat om de gunning van deze opdracht en de door het gemeenschapsrecht op dit gebied beoogde doelstelling van openstelling van de markt voor de concurrentie.

27. Weliswaar voert de Griekse regering ook aan dat de in de nationale grondwet voorziene onverenigbaarheid tevens de bescherming van de pluriformiteit van de pers en de media tot doel heeft. Het zou erom gaan te voorkomen dat een aanbestedende dienst druk kan uitoefenen op een mediaonderneming die gegadigde is voor een opdracht voor de uitvoering van werken en zich aldus van een zekere welwillendheid kan verzekeren bij de presentatie van de mediaonderneming van zijn beleid, en omgekeerd dat, zoals door de Griekse regering is aangevoerd, een mediaonderneming die gegadigde is voor een opdracht voor de uitvoering van werken,

³² — Zie reeds aangehaald arrest *Fabricom*, punten 29 en 30.

door een welwillende presentatie van het overheidsbeleid of door zich daartoe te committeren de uiteindelijke gunning van de opdracht tracht te beïnvloeden ten koste van de onafhankelijkheid en de pluriformiteit van de pers. In werkelijkheid echter is deze doelstelling van bescherming van de pluriformiteit van de pers in de bijzondere context van de gunning van overheidsopdrachten slechts subsidiair en niet echt autonoom ten opzichte van de doelstelling van de waarborging van de transparantie en de gelijke behandeling. Immers, alleen indien en voor zover de aanbestedende dienst bij de selectie van de gegadigden geen objectieve, transparante en niet-discriminatoire criteria toepast, zou hij zijn bevoegdheid om de opdracht te gunnen kunnen gebruiken om hetzij het beleid van een mediaonderneming die kandidaat is voor een opdracht voor de uitvoering van werken te beïnvloeden, hetzij het beleid van die onderneming te „belonen”.

28. Met andere woorden, de uitsluitingsgronden van het Griekse recht dienen ter voorkoming van belangenconflicten tussen een aanbestedende dienst en een mediaonderneming, die tot actieve en passieve corruptiepraktijken aanleiding zouden kunnen geven waardoor de selectie van de opdrachtnemer wordt vervalst. Het lijkt er derhalve op dat bepalingen als die welke in het hoofdgeding aan de orde zijn, zijn gericht op de handhaving van de gelijke behandeling die nodig is voor de doelstelling van ontwikkeling van de door de communautaire aanbestedingsregelgeving nagestreefde effectieve mededinging. Ook lijkt het erop dat deze bepalingen voorzien in een behoefte op dit gebied, waarin niet wordt voorzien door de bepalingen van richtlijn 93/37. Dit wordt

bevestigd door het feit dat richtlijn 2004/18 die richtlijn 93/37 vervangt, nieuwe uitsluitingsmogelijkheden voor de deelname aan aanbestedingsprocedures heeft toegevoegd, met name die van omkoping³³, die gedeeltelijk het door de Griekse grondwet beoogde geval bestrijken.

29. Dat dit het doel van de algemene onverenigbaarheid tussen de mediasector en de sector openbare werken in de Griekse grondwet is, is door een van de in het hoofdgeding interveniërende partijen bestreden tijdens de mondelinge behandeling. Volgens deze interveniënt kan niet op voorhand als beginsel worden aangenomen dat de uitoefening van een economische activiteit in zijn geheel genomen een bedreiging kan zijn voor de transparantie en de gelijke behandeling bij aanbestedingen van overheidsopdrachten. Bij aanvaarding van het door de Griekse autoriteiten verdedigde standpunt dat de uitoefening van een media-activiteit de gunning van een opdracht kan beïnvloeden, zou voor menig andere economische activiteit hetzelfde kunnen worden gezegd. Met name een bank die tevens aandeelhouder is van een aannemer van openbare werken, zou, doordat zij op overheidsleningen kan inschrijven, evenzeer druk op de aanbestedende dienst kunnen uitoefenen en de gunning van de opdracht kunnen beïnvloeden.

33 — Zie artikel 45, sub b, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, PB L 134, blz. 114.

30. Toch moet aan iedere lidstaat — onder toezicht van het Hof — een zekere discretionaire bevoegdheid toekomen bij de vaststelling van uitsluitingen die ertoe strekken de transparantie en de gelijke behandeling bij aanbestedingen te waarborgen. De betrokken lidstaat is het beste in staat te bepalen welke belangenconflicten in de nationale context het meest voor de hand liggen en een bedreiging kunnen zijn voor de bij het aanbesteden van overheidsopdrachten in acht te nemen beginselen van transparantie en gelijke behandeling. De Griekse overheid vreest op grond van haar beoordeling in de typische context van Griekenland voor belangenconflicten die tot actieve en passieve corruptie van de aanbestedende diensten kunnen leiden, indien de met een mediaonderneming gelieerde aannemingsbedrijven niet worden uitgesloten. Dat is de reden van de onverenigbaarheid waarin artikel 14, lid 9, van de Griekse grondwet voorziet. De Griekse overheid baseert die specifieke beoordeling van wat de naleving van de gemeenschapsbeginselen van transparantie en gelijke behandeling in Griekenland volgens haar vereist, derhalve in zekere zin op een nationaal grondwettelijk waardeoordeel. Uit de motivering van de verwijzingsbeschikking blijkt dan ook dat een discussie is ontstaan over de vraag of deze omstandigheid van invloed kan zijn op het oordeel of die uitsluitingsgrond met het gemeenschapsrecht verenigbaar is.

31. Inderdaad is de eerbiediging van de grondwettelijke identiteit van de lidstaten voor de Europese Unie een verplichting, die

voor haar vanaf het begin geldt. Zij behoort namelijk tot de kern van het Europese plan uit het begin van de jaren vijftig van de vorige eeuw, dat bestaat in een geleidelijke integratie met behoud van het politieke bestaan van de staten. Het bewijs hiervan is dat deze verplichting voor de eerste keer expliciet werd uitgesproken bij een herziening van de verdragen die een zodanige voortgang op de weg van integratie betekende dat het in de ogen van de auteurs noodzakelijk was om hieraan te herinneren. Aldus bepaalt artikel F, lid 1, van het Verdrag van Maastricht, thans artikel 6, lid 3, van het Verdrag betreffende de Unie: „De Unie eerbiedigt de nationale identiteit van haar lidstaten.” Deze nationale identiteit omvat uiteraard de grondwettelijke identiteit van een lidstaat. Voor zover nodig, wordt dit bevestigd door artikel 1-5 van de Grondwet voor Europa en artikel 4, lid 2, van het Verdrag betreffende de Unie zoals gewijzigd bij het Verdrag van Lissabon, waarin is geprobeerd de aspecten van de nationale identiteit te omschrijven. Uit de identieke formulering van deze beide teksten blijkt namelijk dat de Unie de „nationale identiteit [van de lidstaten] die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren” eerbiedigt.

32. Uit deze aan de Europese Unie door de oprichtingsverdragen opgelegde verplichting om de nationale identiteit van de lidstaten te eerbiedigen, daaronder begrepen het grondwettelijke aspect ervan, heeft de rechtspraak reeds bepaalde conclusies getrokken. Bij bestudering hiervan lijkt een lidstaat in bepaalde gevallen en uiteraard wel onder

toezicht van het Hof, het behoud van zijn nationale identiteit te kunnen inroepen om een uitzondering op de toepassing van de fundamentele verkeersvrijheden te rechtvaardigen. Om te beginnen kan hij hierop expliciet een beroep doen als legitieme en autonome reden voor de uitzondering. Het Hof heeft namelijk uitdrukkelijk erkend dat de bescherming van de nationale identiteit „een rechtmatige doelstelling [is] die door de communautaire rechtsorde wordt geëerbiedigd”³⁴, ook al achtte het de beperking onevenredig omdat het ingeroepen belang doeltreffend door andere maatregelen kon worden beschermd. De bescherming van de nationale grondwettelijke identiteit maakt het een lidstaat ook mogelijk om binnen bepaalde grenzen zijn eigen opvatting van een rechtmatig belang te ontwikkelen om een belemmering van een fundamentele verkeersvrijheid te rechtvaardigen. Zo heeft het Hof aan een lidstaat die zich ter rechtvaardiging van een beperking van het vrije verkeer van diensten beriep op de bescherming van het door zijn nationale grondwet gewaarborgde beginsel van menselijke waardigheid, wel geantwoord dat de menselijke waardigheid in de communautaire rechtsorde als algemeen rechtsbeginsel wordt beschermd, maar ook dat de lidstaat een grote vrijheid bezit om de inhoud en de reikwijdte van dit beginsel vast te stellen overeenkomstig de wijze waarop volgens zijn overtuiging dit grondrecht op zijn grondgebied moet worden beschermd, gelet op de nationale bijzonderheden.³⁵ Het feit dat de overtuiging van een lidstaat met betrekking tot een grondrecht niet door andere lidstaten wordt gedeeld, verbiedt die lidstaat derhalve niet om hierop een beroep te doen ter rechtvaardiging van een beperking van het vrije verkeer van diensten.

33. Indien de eerbiediging van de grondwettelijke identiteit van de lidstaten aldus een rechtmatig belang kan zijn dat in beginsel een beperking van de door het gemeenschapsrecht opgelegde verplichtingen kan rechtvaardigen, mag de lidstaat hierop a fortiori een beroep doen ter rechtvaardiging van zijn oordeel over de grondwettelijke maatregelen die ter aanvulling van de communautaire regeling nodig zijn om op zijn grondgebied de naleving van beginselen en regels te waarborgen die door deze communautaire regeling worden vastgesteld dan wel daaraan ten grondslag liggen. Daarbij moet echter worden aangetekend dat deze eerbiediging van de grondwettelijke identiteit van de lidstaten niet voor alle nationale grondwettelijke regels onder alle omstandigheden geldt. Indien dat het geval was, zouden de nationale grondwetten een instrument kunnen worden voor de lidstaten om zich op bepaalde gebieden aan het gemeenschapsrecht te onttrekken.³⁶ Sterker nog, dit zou een verschillende behandeling tussen de lidstaten tot gevolg kunnen hebben naargelang van de inhoud die elke lidstaat aan zijn eigen nationale grondwet geeft. Op dezelfde wijze als het gemeenschapsrecht de grondwettelijke identiteit van de lidstaten in aanmerking neemt, zo moet het nationale constitutionele recht zich aan de vereisten van de communautaire rechtsorde aanpassen. In casu kunnen de nationale grondwetsbepalingen in aanmerking worden genomen voor zover zij onder de discretionaire bevoegdheid vallen van de lidstaten om de eerbiediging van het door de richtlijn opgelegde beginsel van gelijke behandeling te waarborgen. De uitoefening van deze discretionaire bevoegdheid moet evenwel binnen de door dit beginsel en de richtlijn zelf gestelde grenzen blijven. De nationale grondwetsbepaling is dus in het onderhavige

34 — In een zaak waarin de lidstaat hierop een beroep deed om de uitsluiting van onderdanen van andere lidstaten van de toegang tot betrekkingen in het openbaar onderwijs te rechtvaardigen (zie arrest van 2 juli 1996, Commissie/Luxemburg, C-473/93, Jurispr. blz. I-3207, punt 35).

35 — Zie arrest van 14 oktober 2004, Omega (C-36/02, Jurispr. blz. I-9609).

36 — In beginsel kan volgens de rechtspraak van het Hof een lidstaat geen beroep kan doen op een bepaling van zijn grondwet om zich tegen de werking van een gemeenschapsregel op zijn grondgebied te verzetten (arrest van 17 december 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Jurispr. blz. 1125).

geval van belang voor het vaststellen van de nationale context waarin het beginsel van gelijke behandeling tussen gegadigden voor een overheidsopdracht toepassing moet vinden, teneinde in die context te bepalen wat de kans is op een belangenconflict, welk gewicht in de nationale rechtsorde aan de voorkoming van deze belangenconflicten moet worden toegekend en op welk normatief niveau preventieve regels moeten worden vastgesteld.

34. Het gemeenschapsrecht verzet zich er derhalve in beginsel niet tegen dat een lidstaat een aannemingsbedrijf dat gelieerd is met een mediaonderneming uitsluit van de aanbesteding van opdrachten voor de uitvoering van werken teneinde de communautaire beginselen van transparantie en gelijke behandeling tussen inschrijvers te waarborgen. Niettemin moet evenwel de aldus ingevoerde onverenigbaarheid tussen de sector openbare werken en de mediasector in overeenstemming zijn met het evenredigheidsbeginsel. Deze onverenigbaarheid moet derhalve noodzakelijk zijn voor en evenredig zijn aan het doel van het waarborgen van de gelijke behandeling en derhalve de ontwikkeling van een effectieve mededinging. Is de door het nationale recht toegevoegde uitsluitingsgrond daarentegen zodanig omschreven dat daaronder een extreem groot aantal potentiële gegadigden valt in vergelijking met hetgeen nodig is om de gelijke behandeling tussen inschrijvers te waarborgen, dan schaaft deze in wezen het door de richtlijn nagestreefde doel van de ontwikkeling van een effectieve mededinging. Op dit punt moet de lidstaat opnieuw een

zekere discretionaire bevoegdheid worden toegekend om de omvang van de verenigbaarheid te bepalen die volgens hem in de nationale context voldoet aan de vereisten van het evenredigheidsbeginsel. De enkele omstandigheid dat die regeling niet door de andere lidstaten is vastgesteld, sluit niet uit dat de betrokken regeling noodzakelijk en evenredig is.³⁷

35. Dat neemt niet weg dat deze beoordelingsvrijheid niet onbeperkt kan zijn. De uitoefening ervan is onderworpen aan het toezicht van de rechter. Weliswaar is het in beginsel aan de nationale rechter die voor het hoofdgeding bevoegd is, en niet aan het Hof in het kader van artikel 234 EG, om dat toezicht uit te oefenen, doch een onverenigbaarheid van een omvang als die van artikel 14, lid 9, van de Griekse grondwet is niet in overeenstemming met het evenredigheidsbeginsel. Met name niet omdat de onverenigbaarheid voor alle met een mediaonderneming gelieerde aannemingsbedrijven geldt, ongeacht de mate van verbreiding van de betrokken media. Een dergelijke onverenigbaarheid gaat namelijk verder dan wat nodig is voor de handhaving van een gelijke behandeling en derhalve voor de bescherming van een effectieve mededinging, aangezien het moeilijk lijkt vol te houden dat een regionale mediaondernemer over een zodanige mediamacht beschikt dat hij daardoor druk zou kunnen uitoefenen op een in een andere regio gevestigde aanbestedende dienst, of omgekeerd deze aanbestedende dienst op die media-

37 — Zie reeds aangehaald arrest Omega van 14 oktober 2004, punten 37 en 38.

ondernemer druk zou willen uitoefenen. Dat geldt met name ook voor alle aannemers die op een of andere wijze aan een mediaonderneming zijn gelieerd. Het lijkt immers onwaarschijnlijk dat een aanbestedende dienst druk kan uitoefenen op een mediaondernemer die in een verre graad van verwantschap tot de aannemer staat of dat omgekeerd die mediaondernemer druk op de aanbestedende dienst kan uitoefenen.

gelijke behandeling te waarborgen en in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Een bepaling die voorziet in een algemene onverenigbaarheid tussen de hoedanigheid van eigenaar, vennoot, hoofdaandeelhouder of directeur van een mediaonderneming en de hoedanigheid van eigenaar, vennoot, hoofdaandeelhouder of directeur van een onderneming die zich verbindt tot de uitvoering van werken, leveringen of diensten voor de overheid of een tot de publieke sector in ruime zin behorende rechtspersoon, schendt het evenredigheidsbeginsel.

36. Derhalve dient op de tweede prejudiciële vraag te worden geantwoord dat de toevoeging van een uitsluitingsgrond door het nationale recht aan de lijst in artikel 24 van richtlijn 93/37 verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, wanneer die grond ertoe dient de voor de ontwikkeling van een effectieve mededinging nodige transparantie en de

37. Gelet op het antwoord op de tweede vraag behoeft de derde prejudiciële vraag niet te worden beantwoord.

V — Conclusie

38. Gelet op de voorgaande overwegingen stel ik het Hof voor de prejudiciële vragen van de Symvoulío tis Epikrateias (Griekse Raad van State) als volgt te beantwoorden:

„— De lijst van gronden voor de uitsluiting van aannemingsbedrijven in artikel 24 van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken is niet uitputtend.

- De toevoeging van een uitsluitingsgrond door het nationale recht aan de lijst in artikel 24 van richtlijn 93/37 is verenigbaar met het gemeenschapsrecht, wanneer die grond ertoe dient de voor de ontwikkeling van een effectieve mededinging nodige transparantie en de gelijke behandeling te waarborgen en in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel. Een bepaling die voorziet in een algemene onverenigbaarheid tussen de hoedanigheid van eigenaar, vennoot, hoofdaandeelhouder of directeur van een mediaonderneming en de hoedanigheid van eigenaar, vennoot, hoofdaandeelhouder of directeur van een onderneming die zich verbindt tot de uitvoering van werken, leveringen of diensten voor de overheid of een tot de publieke sector in ruime zin behorende rechtspersoon, schendt het evenredigheidsbeginsel.”