

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

föredraget den 8 oktober 2008<sup>1</sup>

1. Får en medlemsstat lägga till en grund för uteslutande från deltagande i förfarande vid offentlig upphandling av byggentreprenader, utöver dem som anges i förteckningen i artikel 24 i direktiv 93/37/EEG?<sup>2</sup> På vilka villkor och inom vilka gränser? Dessa frågor, vilka utgör det huvudsakliga föremålet för aktuell begäran om förhandsavgörande, lyfter fram problematiken avseende förekomsten av och, i förekommande fall, omfattningen av en normgivningsmakt för medlemsstaterna, i de fall då det har skett en harmonisering inom gemenskapen. Denna problemställning är inte ny. Det har redan gett upphov till en omfattande rättspraxis. Det som gör detta mål speciellt är emellertid att den aktuella nationella lagstiftningsåtgärden är en konstitutionell bestämmelse. Påverkar detta innehållet i det svar som ska ges? Dessa frågor utgör kärnan i förevarande tvist.

**I — Tillämpliga bestämmelser**

*A — Gemenskapslagstiftningen*

2. I artikel 24 i direktiv 93/37 anges grunderna för uteslutande från deltagande i en offentlig upphandling av byggentreprenader. Den lyder som följer:

”Den entreprenör kan uteslutas från deltagande i upphandling som

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

1 — Originalspråk: franska.

2 — Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54).

- b) är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller för annat liknande förfarande under nationella lagar eller andra författningar,
- f) inte har fullgjort skyldigheter att erlägga skatter enligt bestämmelser i det land där han är etablerad eller där den upphandlande myndigheten finns,
- g) har gjort sig skyldig till allvarlig brist i sin informationsplikt enligt detta kapitel.
- c) enligt lagakraftvunnen dom har fällts för en lagstridig handling som hänför sig till yrkesutövningen,
- ...
- d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten,

B — *Den nationella rätten*

3. Följande föreskrivs i artikel 14.9 femte-sjunde styckena i den grekiska konstitutionen av år 1975, i dess lydelse efter den konstitutionella reformen den 6 april 2001:

- e) inte har fullgjort skyldigheter att erlägga socialförsäkringsavgifter enligt stadgade bestämmelser i det land där han är verksam eller i det land där den upphandlande myndigheten finns,
- ”Ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller företagsledare i ett medieföretag är oförenlig med ställningen som ägare,

delägare, huvudaktieägare eller företagsledare i ett företag som av staten eller av en juridisk person inom den offentliga sektorn i vid bemärkelse har fått i uppdrag att utföra byggentreprenader, leverera varor eller tillhandahålla tjänster.

— medieföretag eller företagare inom media (ägare, delägare, huvudaktieägare eller företagsledare i medieföretag),

Förbudet i föregående avsnitt omfattar även varje slags mellanhand, såsom makar, släktingar, ekonomiskt beroende personer eller bolag.

— företag vars delägare, huvudaktieägare, ledamöter av administrationsorgan eller företagsledare utgör medieföretag, eller delägare, huvudaktieägare eller ledamöter av administrationsorgan eller företagsledare i medieföretag,

I lag föreskrivs närmare bestämmelser och de sanktionsåtgärder som kan vidtas, däribland återkallande av sändningstillstånd för radio- eller TV-programföretag och förbud mot att sluta kontrakt eller hävande av sådana kontrakt, liksom formerna för kontroll och garantierna för att förhindra kringgående av bestämmelserna ovan.”

— företagare (ägare, delägare, huvudaktieägare eller företagsledare i medieföretag) som är make eller släkting till en ägare, en delägare, en huvudaktieägare eller en företagsledare i medieföretag, om vederbörande inte kan visa ett ekonomiskt oberoende i förhållande till personen i fråga.

4. Med tillämpning av sjunde stycket i artikel 14.9 i den grekiska konstitutionen stadgas, i lag nr 3021/2002 om begränsningar av möjligheten att sluta offentliga upphandlingskontrakt med personer som är aktiva i medieföretag, i huvudsak ett förbud mot att offentliga upphandlingskontrakt för byggentreprenad tilldelas

5. I lag nr 3021/2002 läggs i huvudsak till att innan ett kontrakt tilldelas i en offentlig upphandling ska den aktuella upphandlande myndigheten, vid äventyr av att kontraktet eller den offentliga upphandlingen ogiltig-

förklaras, begära att det grekiska radio- och TV-verket (Ethniko Symvoulío Radiotileorasis) (nedan kallat ESR) upprättar ett intyg om att inte något som helst hinder föreligger enligt nämnda lag.

8. Företaget Michaniki – den icke framgångsrike konkurrenten till den utsedde entreprenören – begärde hos den högsta grekiska förvaltningsdomstolen att det intyg avseende hinder som hade upprättats av ESR skulle ogiltigförklaras, av det skälet att bestämmelserna i lag nr 3021/2002, på grundval av vilka nämnda intyg hade utfärdats, stred emot artikel 14.9 i den grekiska konstitutionen.

## II — Tvisten vid den nationella domstolen och begäran om förhandsavgörande

6. Genom beslut av den 13 december 2001 utlyste bolaget Erga, som är ett statligt företag, en offentlig upphandling avseende utförande av schaktningsarbete och tekniskt arbete med avseende på infrastrukturen till den nya tvåspåriga järnvägslinjen för snabbtåg mellan Korinth och Kiatos, till en beräknad kostnad av 51 700 000 euro. I upphandlingsförfarandet deltog bland annat bolaget Michaniki och bolaget Sarantopoulos.

7. Den 22 maj 2002 tilldelade den upphandlande myndigheten bolaget Sarantopoulos, vilket därefter upptogs i bolaget Pantechniki, kontraktet. Den upphandlande enheten hade i förväg begärt och mottagit ett intyg av ESR om att inga hinder förelåg avseende bolaget Pantechniki, i enlighet med kraven i den grekiska lagen nr 3021/2002. ESR bedömde nämligen att även om K. Sarantopoulos, som är huvudaktieägare och vice ordförande i Pantechnikis styrelse, är släkting (närmare bestämt far) till G. Sarantopoulos, som är styrelsemedlem i ett flertal grekiska medie företag, omfattas han inte av de hinder som föreskrivs i den grekiska lagstiftningen, eftersom han är ekonomiskt oberoende i förhållande till G. Sarantopoulos.

9. I likhet med sökanden i det aktuella målet anser den hänskjutande domstolen att de omtvistade lagbestämmelserna strider mot artikel 14.9 i konstitutionen, genom att det enligt dessa bestämmelser är tillåtet för en entreprenör inom sektorn för offentliga byggtreprenader att undkomma de hinder som anges i dem genom att styrka sitt ekonomiska oberoende i förhållande till sin släkting, som är ägare, delägare, aktieägare eller företagsledare i ett medieföretag. Enligt artikel 14.9 i konstitutionen är nämligen nämnda företagare, även om han är ekonomiskt oberoende i förhållande till sin släkting, ändå skyldig att visa att han inte har verkat som mellanhand utan att han har handlat självständigt, för egen räkning och i eget intresse.

10. Den hänskjutande domstolen frågar sig likväl huruvida nämnda konstitutionella bestämmelse, enligt vilken ett företag som är verksamt inom sektorn för offentliga byggtreprenader kan uteslutas från en upphandling av det skälet att dess huvudaktieägare inte har lyckats motbevisa den presumtion som

belastar denne i egenskap av släkting till en ägare, en delägare, en huvudaktieägare eller en företagsledare i medieföretag, enligt vilken vederbörande uppträder som mellanhand för detta företag och inte för egen räkning, är förenlig med gemenskapsrätten. Det förefaller nämligen som om den uppräknade av grunder för uteslutande som återfinns i artikel 24 i direktiv 93/37 är uttömmande och att det följaktligen är uteslutet att sådana grunder för uteslutande läggs till som den som anges i artikel 14.9 i den grekiska konstitutionen. Även om det antas att direktiv 93/37 i detta avseende endast har inneburit att en delvis harmonisering har förverkligats, beror legaliteten med hänsyn till gemenskapsrätten av ytterligare fall av uteslutande som en medlemsstat föreskriver på huruvida strävan är att uppfylla ett mål som rör allmänintresset och som är förenligt med gemenskapsrätten och med iakttagandet av proportionalitetsprincipen. Om domstolen slutligen skulle finna att förteckningen av grunder för uteslutande i artikel 24 i nämnda direktiv är uttömmande, frågar sig den hänskjutande domstolen om det förbud, som man härav får sluta sig till, mot att inrätta en ordning som hindrar att mediernas verksamhetsområde förenas med området för offentliga upphandlingar inte angriper de principer som hör samman med skyddet av ett välfungerande demokratiskt styrelsesätt, iakttagandet av öppenhet vid offentlig upphandling, principen om fri och lojal konkurrens och subsidiaritetsprincipen.

grunder för uteslutande i artikel 24 i direktiv 93/37 är av uttömmande slag. Den andra handlar om dels huruvida det mål som eftersträvas genom inrättandet av hinder mot att förena ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller företagsledare i ett medieföretag med ställningen som ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller företagsledare i ett företag som har tilldelats ett offentligt upphandlingskontrakt för att utföra byggtreprenad, leverera varor eller tillhandahålla tjänster är förenligt med de allmänna principerna i gemenskapsrätten, dels huruvida det absoluta förbud, som följer av detta, mot att tilldela de berörda entreprenörerna offentliga upphandlingskontrakt är förenligt med den gemenskapsrättsliga proportionalitetsprincipen. Den tredje frågan rör giltigheten av direktiv 93/37 med hänsyn till de allmänna principerna om konkurrenskydd, öppenhet och subsidiaritet, för det fall direktivet ska förstås så, att det hindrar att det som grund för att utesluta ett företag från förfarandet för offentlig upphandling av en byggtreprenad föreskrivs det fall då företaget självt, dess ledning (antingen ägaren av företaget, huvudaktieägaren, en delägare eller en företagsledare), eller personer som utgör mellanhänder åt nämnda personer med ledande befattningar, är verksamma som medieföretag, vilka på ett otillbörligt sätt kan påverka förfarandet vid offentlig upphandling av byggtreprenader, genom det generella inflytande de har.

11. Den nationella domstolen har följaktligen ställt tre tolkningsfrågor till EG-domstolen. Den första avser huruvida förteckningen över

12. Innan jag försöker ge ett svar på dessa tolkningsfrågor ska jag uttala mig om de invändningar som har framställts mot att frågorna tas upp till sakprövning.

### III — Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

13. Den grekiska regeringen har ifrågasatt domstolens behörighet att pröva förevarande begäran om förhandsavgörande, med hänvisning till att tvisten vid den nationella domstolen endast står mellan två grekiska företag avseende en grekisk upphandlande myndighets tilldelning av ett upphandlingskontrakt. Målet vid den nationella domstolen rör endast en fråga som är en helt intern angelägenhet för den grekiska staten. Gemenskapsrätten är inte tillämplig och följaktligen är frågorna, som avser tolkningen av dessa bestämmelser, inte relevanta. Den grekiska regeringen har även ifrågasatt relevansen av de frågor som ställts av det skälet att de inte står i samband med en tolkning av gemenskapsrätten som svarar mot ett objektivi behov för lösningen av tvisten vid den nationella domstolen, vilken inte handlar om den grekiska konstitutionens förenlighet med gemenskapsrätten.

14. För att tillbakavisa dessa två invändningar avseende upptagandet till sakprövning av förevarande begäran om förhandsavgörande kan den grekiska regeringen omedelbart få genmälet att det enligt fast rättspraxis, ”inom ramen för det samarbete mellan EG-domstolen och de nationella domstolarna som har inrättats genom artikel 177 i fördraget ... utslutande ankommer på den nationella domstol vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet

att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen” och att ”[d]omstolen ... följaktligen i princip [är] skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts av den nationella domstolen avser tolkningen av gemenskapsrätten”<sup>3</sup>. Det följer emellertid även av rättspraxis att det i undantagsfall ankommer på EG-domstolen att – för att pröva sin egen behörighet – granska de omständigheter under vilka den nationella domstolen har framställt sin begäran om förhandsavgörande, och att den kan anse att en tolkningsfråga inte kan prövas bland annat då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller när den inte svarar mot ett objektivi behov för det beslut som den nationella domstolen har att fatta i det förfarande som är anhängigt vid den eller, ytterligare, när frågan är hypotetisk<sup>4</sup>.

15. Vad gäller den första invändningen, som avser att tvisten vid den nationella domstolen saknar gemenskapsdimension, är det riktigt att EG-domstolen inte är behörig att meddela

3 — Dom av den 13 mars 2001 i mål C-379/98, PreussenElektra (REG 2001, s. I-2099), punkt 38. Se även dom av den 15 december 1995 i mål C-415/93, Bosman (REG 1995, s. I-4921), punkt 59, och av den 21 januari 2003 i mål C-318/00, Bacardi-Martini och Cellier des Dauphins (REG 2003, s. I-905), punkt 41.

4 — Se beslut av den 16 maj 1994 i mål C-428/93, Monin Automobiles (REG 1994, s. I-1707; svensk specialutgåva, volym 15, s. I-105), och av den 25 maj 1998 i mål C-361/97, Nour (REG 1998, s. I-3101), domen i det ovannämnda målet PreussenElektra, punkt 39, dom av den 15 juni 1999 i mål C-421/97, Tarantik (REG 1999, s. I-3633), punkt 33, och av den 9 mars 2000 i mål C-437/97, EKW och Wein & Co (REG 2000, s. I-1157), punkt 52.

förhandsavgörande beträffande gemenskapsrättsliga bestämmelser i fall då omständigheterna i målet vid den nationella domstolen inte omfattas av gemenskapsrättens tillämpningsområde.<sup>5</sup> Domstolen har emellertid vid ett flertal tillfällen påmint om att gemenskapsrätten inte är tillämplig,<sup>6</sup> i synnerhet inte fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster och de bestämmelser som antagits för att genomföra dessa bestämmelser,<sup>7</sup> på situationer vars samtliga moment är förlagda inom en medlemsstat och som därför inte har någon anknytning till de förhållanden som avses i gemenskapsrätten. I sådana fall har den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen, och det svar som lämnas är inte användbart för den nationella domstolen, förutom om den nationella rätten ger en av sina medborgare samma rättigheter som medborgare från andra medlemsstater skulle ha enligt gemenskapsrätten i samma situation,<sup>8</sup> eller hänvisar till innehållet i en gemenskapsbestämmelse för att fastställa vilka regler som är tillämpliga i en situation som är helt intern.<sup>9</sup>

16. Domstolen har emellertid alltid meddelat förhandsavgöranden i frågor som har sin upprinnelse i mål rörande offentlig upphandling eller, i en vidare bemärkelse, offentliga kontrakt, även när omständigheterna i fallet skulle tala för att det förmodligen rör sig om en helt intern situation. Så har varit fallet, med undantag för ett enda tillfälle,<sup>10</sup> när den tolkning som har efterfrågats har avsett bestämmelser i primärrätten, bland annat dem som handlar om friheten att tillhandahålla tjänster.<sup>11</sup> Så har utan undantag varit fallet när tolkningen har avsett bestämmelser i direktiven om offentlig upphandling.<sup>12</sup> Allmänt sett står orsaken i samband med själva syftena med gemenskapsrätten om offentlig upphandling, som är att säkerställa största möjliga tillgång till nämnda kontrakt, utan diskriminering på grund av nationalitet, och att befrämja en effektiv och jämlik konkurrens inom området. Det betyder således föga att samtliga parter i ett visst förfarande för offentlig upphandling kommer från samma medlemsstat som den upphandlande myndigheten, när företagen i andra medlemsstater även hade kunnat vara berörda.<sup>13</sup> Ur detta perspektiv får de, för övrigt, genom direktiven om offentlig upphandling tillgång till samtliga upphandlingar som överskrider ett i direktiven fastställt belopp, utan villkor som rör nationalitet eller anbudsgivarnas etableringsort.<sup>14</sup> I likhet

5 — Se även nyligen meddelat beslut av den 16 april 2008 i mål C-186/07, Club Náutico de Gran Canaria, punkt 19.

6 — Se exempelvis dom av den 19 mars 1992 i mål C-60/91, Batista Morais (REG 1992, s. I-2085), punkterna 6–9, av den 2 juli 1998 i de förenade målen C-225/95–C-227/95, Kapasakalis m.fl. (REG 1998, s. I-4239), punkterna 17–24, och av den 11 oktober 2001 i de förenade målen C-95/99–C-98/99 och C-180/99, Khalil m.fl. (REG 2001, s. I-7413), punkterna 70 och 71.

7 — Se dom av den 21 oktober 1999 i mål C-97/98, Jägerskiöld (REG 1999, s. I-7319), punkterna 42–44, och av den 11 juli 2002 i mål C-60/00, Carpenter (REG 2002, s. I-6279), punkt 28.

8 — Se dom av den 5 december 2000 i mål C-448/98, Guimont (REG 2000, s. I-10663), punkterna 18–24, av den 5 mars 2002 i de förenade målen C-515/99, C-519/99–C-524/99 och C-526/99–C-540/99, Reich m.fl. (REG 2002, s. I-2157), punkterna 24–26, av den 15 maj 2003 i mål C-300/01, Salzmann (REG 2003, s. I-4899), punkterna 32 och 33, och av den 31 januari 2008 i mål C-380/05, Centro Europa 7 (REG 2008, s. I-349), punkt 69.

9 — Se, bland annat, dom av den 18 oktober 1990 i de förenade målen C-297/88 och C-197/89, Dzodzi (REG 1990, s. I-3763); svensk specialutgåva, volym 10, s. 531), av den 17 juli 1997 i mål C-28/95, Leur-Bloem (REG 1997, s. I-4161, och av den 11 december 2007 i mål C-280/06, ETI m.fl., (REG 2007, s. I-10893), punkt 21.

10 — Se dom av den 9 september 1999 i mål C-108/98, RLSAN. (REG 1999, s. I-5219), punkterna 21–23.

11 — Se dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress (REG 2000, s. I-10745), av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname (REG 2005, s. I-7287), av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen (REG 2005, s. I-8585). Se även mitt förslag till avgörande i mål C-347/06, ASM Brescia, där domstolen meddelade dom den 17 juli 2008 (REG 2008, s. I-5641), punkt 33.

12 — Se dom av den 25 april 1996 i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (REG 1996, s. I-2043), domen i det ovannämnda målet Telaustria och Telefonadress, dom av den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE (REG 2000, s. I-11037), och beslut av den 30 maj 2002 i mål C-358/00, Buchhändler-Vereinigung (REG 2002, s. I-4685).

13 — Se, för ett liknande resonemang, ovannämnda dom av den 25 april 1996 i målet kommissionen mot Belgien, punkt 33, domen i det ovannämnda målet Coname, punkt 17, och domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 55.

14 — För en påminnelse, av vilken det följer att direktivet om offentlig upphandling inte kan vara otillämpligt på grund av en situation som kan anses vara helt intern, se ovannämnda dom i målet kommissionen mot Belgien, punkterna 31–33.

med vad som gäller för de övriga direktiv som har sin grund i artikel 95 EG (f.d. artikel 100a i EG-fördraget), kan deras tillämplighet inte vara beroende av frågan huruvida de faktiska situationer som är aktuella i målen vid de nationella domstolarna har en tillräcklig koppling till utövandet av de grundläggande fria rörligheterna.<sup>15</sup> Följaktligen kan den grekiska regeringens första invändning mot att förevarande begäran om förhandsbedömning tas upp till sakprövning, avseende förekomsten av en helt intern situation, inte annat än avslås.

17. Vad gäller det andra skälet till invändningen mot relevansen av de frågor som ställts, som avser att den efterfrågade tolkningen av gemenskapsrätten inte svarar mot ett objektivt behov för lösningen av tvisten vid den nationella domstolen, eftersom denna endast handlar om lagens förenlighet med gemenskapsrätten, har inte detta bättre framgång. Det ska förvisso medges att om det i förevarande fall skulle styrkas att bestämmelserna i lag nr 3021/2002 är oförenliga med artikel 14.9 i konstitutionen, berövas det intyg om hinder som upprättats av ESR sin rättsliga

grund, vilket således räcker för att sökandens talan i målet vid den nationella domstolen ska gillas.

18. Inte desto mindre talar processekonomiska skäl, i detta skede, för att frågan om den aktuella konstitutionella bestämmelsens förenlighet med gemenskapsrätten är relevant, såsom den hänskjutande domstolen har understrukit. Även om EG-domstolen fann att den inte var behörig att meddela förhandsbesked om tolkningen, och först låta den hänskjutande domstolen avgöra frågan huruvida bestämmelserna i lag nr 3021/2002 är i överensstämmelse med artikel 14.9 i konstitutionen, skulle det nämligen finnas all anledning att misstänka att, för det fall nämnda domstol skulle ogiltigförklara intyget av det skälet att denna lag strider mot konstitutionen, risken är överhängande att frågan om den omtvistade konstitutionella bestämmelsens överensstämmelse med gemenskapsrätten förr eller senare skulle återkomma till EG-domstolen, eftersom ESR med största sannolikhet skulle vara tvunget att vägra att utställa det intyg som krävs för tilldelningen av det aktuella upphandlingskontraktet av det skälet att entreprenören vid de aktuella offentliga byggarbetena (K. Sarantopoulos) inte lyckas visa att han inte omfattas av det hinder som anges i konstitutionen. Den slutliga lösningen av tvisten vid den nationella domstolen beror således på om en specifik ordning med hinder mot att området för offentlig upphandling av byggtreprenader förenas med mediernas verksamhetsområde är förenlig med gemenskapsrätten. Det finns således processekonomiska skäl till att redan nu ge den hänskjutande domstolen en tolkning av gemenskapsrätten som gör det möjligt för den att avgöra frågan, eftersom den – om den skulle sluta sig till att nämnda ordning, såsom den fastställs i konstitutionen och genomförs i lag nr 3021/2002, är oförenlig

15 — Se, för ett liknande resonemang, på tal om Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter, vilket i likhet med direktiv 93/37 antogs med stöd av f.d. artikel 100a i EG-fördraget, dom av den 20 maj 2003 i de förenade målen C-465/00, C-138/01 och C-139/01, Österreichischer Rundfunk m.fl. (REG 2003, s. I-4989) punkterna 39–43, och av den 6 november 2003 i mål C-101/01, Lindqvist (REG 2003, s. I-12971), punkterna 40 och 41.



med gemenskapsrätten – inte skulle ha något annat val än att underlåta att tillämpa den, såsom den nationella domstolen har medgett, och följaktligen ogilla Michanikis talan och bekräfta att Pantekniki tilldelas upphandlingskontraktet.

#### IV — Svaren på tolkningsfrågorna

*A — Huruvida grunderna för uteslutande i artikel 24 i direktiv 93/37 är uttömmande angivna*

19. Den nationella domstolen vill genom sin första fråga till EG-domstolen huvudsakligen få klarhet i huruvida medlemsstaterna får föreskriva andra grunder för uteslutande av en entreprenör från deltagande i en offentlig upphandling av byggentreprenader än dem som anges i artikel 24 i direktiv 93/37.

20. Den grekiska regeringen har bestritt att uppräknningen av grunder för uteslutande i artikel 24 i direktiv 93/37 skulle vara av uttömmande slag, med hänvisning till att nämnda direktiv endast innebär en samordning av nationella upphandlingsförfaranden avseende byggentreprenader och att det inte har medfört att en fullständig harmonisering

skett inom området för offentlig upphandling av byggentreprenader. Detta är förvisso sant. Domstolen har tillstått att det ”framgår ... av direktivets rubrik och punkt 2 i skälen i detta att syftet med direktivet endast är samordning av nationella förfaranden vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, och att det inte i detta föreskrivs ett fullständigt system med gemenskapsregler på området”.<sup>16</sup> Likaså har domstolen, vad gäller direktiv 71/305, förklarat att någon enhetlig och uttömmande gemenskapsrättslig reglering inte har erhållits genom detta<sup>17</sup>. Medlemsstaterna får följaktligen, ”inom ramen för de gemensamma regler som direktiven innehåller, ... behålla eller anta materiella och processuella regler om offentlig upphandling, under förutsättning att alla relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser respekteras, särskilt de förbud som följer av fördragets principer inom området för etableringsrätt och friheten att tillhandahålla tjänster”<sup>18</sup>. Exempelen är många på de nationella åtgärder eller de bestämmelser som lagts till gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling och som på så vis har befunnits vara tillåtna. Det räcker att nämna att miljökriterier<sup>19</sup> och kriterier som avser bekämpandet av arbetslösheten<sup>20</sup> har godkänts som kriterier för tilldelning vid offentlig upphandling, eller att en nationell bestämmelse har tillåtits som innebär att det är förbjudet att efter det att anbud har lämnats ändra sammansättningen hos en entreprenörsgroup som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten.<sup>21</sup>

16 — Dom av den 27 november 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani (REG 2001, s. I-9233), punkt 33.

17 — Se dom av den 20 september 1988 i mål 31/87, Beentjes (REG 1988, s. 4635), punkt 20, och av den 9 juli 1987 i de förenade målen 27/86–29/86, CEI och Bellini (REG 1987, s. 3347), punkt 15.

18 — *Ibidem*.

19 — Se dom av den 17 september 2002 i mål C-513/99, Concordia Bus Finland (REG 2002, s. I-7213).

20 — Se dom av den 26 september 2000 i mål C-225/98, kommissionen mot Frankrike (REG 2000, s. I-7445).

21 — Se dom av den 23 januari 2003 i mål C-57/01, Makedoniko Metro och Michaniki (REG 2003, s. I-1091).

21. Den omständigheten att direktiv 93/37 inte har inneburit en fullständig harmonisering av bestämmelserna om offentlig upphandling av byggtreprenader betyder emellertid inte att inte vissa av dess bestämmelser kan förstås så, att de innehåller en uttömmande reglering av vissa frågor. Och flera element talar de facto starkt för att de fall då en entreprenör kan uteslutas från förfarandet för offentlig upphandling av byggtreprenader i artikel 24 i nämnda direktiv är uttömmande angivna. Redan själva syftena i texten talar för detta. Medan direktiv 93/37 syftar till att utveckla konkurrensen inom området för offentlig upphandling av byggtreprenader genom att befrämja att deltagandet i offentliga upphandlingar blir så stort som möjligt,<sup>22</sup> minskar tillägg av nya grunder för uteslutande av anbudsgivare av nödvändighet de anbudssökandes tillträde till nämnda upphandlingar och begränsar följaktligen konkurrensen. Det förefaller mig dessutom som om detta är den riktning som rättspraxis har tagit. I denna riktning går redan förbudet för medlemsstater att kräva av en anbudsgivare att denne styrker sin tekniska, ekonomiska och finansiella kapacitet och sin heder på andra sätt än dem som räknas upp i artiklarna 23–26 i det tidigare direktivet om offentlig upphandling av byggtreprenader nr 71/305, med andra ord får i synnerhet inte en kontroll av förekomsten av ett av de hinder som nämns i artikel 24 i nämnda direktiv, som berör en anbudssökande, göras på annat sätt än på

grundval av de uttömmande föreskrivna bevismedlen.<sup>23</sup> Ännu en sak är att det redan har bedömts att artiklarna 17–25 i det tidigare direktivet 77/62 om offentlig upphandling av varor på ett ”uttömmande och tvingande” sätt angav de kvalitativa urvals- och anbudskriterierna för upphandlingen, däribland, i artikel 20 i detsamma, dem som rörde den anbudssökandes professionella heder, och det var, följaktligen, därigenom inte möjligt att endast de företag där staten eller den offentliga sektorn stod för större delen av aktiekapitalet fick delta i en upphandling av varor<sup>24</sup>. Till sist, och i synnerhet, har domstolen vid tolkningen av artikel 29 i direktiv 92/50 om offentlig upphandling av tjänster, vilken i huvudsak är identisk med artikel 24 i direktiv 93/37, funnit att det i denna bestämmelse, som innehåller sju fall i vilka en anbudssökande kan uteslutas från deltagande i en upphandling, vilka har att göra med anbudssökandenas yrkesmässiga hederlighet, solvens och tillförlitlighet, ”fastställs de enda gränser som finns för medlemsstaternas spelrum ... nämligen att dessa inte kan föreskriva andra fall för uteslutning än dem som anges i bestämmelsen”<sup>25</sup>.

22. Mot denna rättspraxis har den grekiska regeringen likväl anfört domstolens avgörande i målet *Fabricom*.<sup>26</sup> Tvistefrågan var huruvida nationella bestämmelser som innebar att det inte var tillåtet för en person som hade haft ansvar för forskning, experi-

22 — Det framgår av direktivets ingress och av dess andra och tionde skäl att det syftar till att avskaffa hindren för etableringsfriheten och för friheten att tillhandahålla tjänster med avseende på offentlig upphandling av byggtreprenader, för att låta dessa upphandlingar bli föremål för en effektiv konkurrens mellan medlemsstaternas entreprenörer (för en erinran ur rättspraxis, se exempelvis dom av den 27 november 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, *Lombardini och Mantovani*, REG 2001, s. I-9233, punkt 34, och av den 12 december 2002 i mål C-470/99, *Universale-Bau m.fl.*, REG 2002, s. I-11617, punkt 89).

23 — Se dom av den 10 februari 1982 i mål 76/81, *Transporoute et travaux* (REG 1982, s. 417; svensk specialutgåva, volym 6, s. 319), och av den 26 september 2000 i mål C-225/98, *kommissionen mot Frankrike* (REG 2000, s. I-7445), punkt 88.

24 — Dom av den 26 april 1994 i mål C-272/91, *kommissionen mot Italien* (REG 1994, s. I-1409), punkt 35.

25 — Dom av den 9 februari 2006 i de förenade målen C-226/04 och C-228/04, *La Cascina m.fl.* (REG 2006, s. I-1347), point 22.

26 — Dom av den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom* (REG 2005, s. I-1559).

ment, analys eller utveckling med avseende på byggentreprenader, varor eller tjänster vid en offentlig upphandling att lämna anbud inom ramen för förfarandet för samma offentliga upphandling var förenliga med direktiven om offentlig upphandling. Långt ifrån att företa en prövning av det hinder som uppstår mellan att delta i den förberedande fasen i en offentlig upphandling och att lämna anbud i samma upphandling – mot bakgrund av bestämmelserna i nämnda direktiv i vilka fallen av uteslutande från deltagande i förfaranden för införande av anbud anges, och i synnerhet med hänsyn till artikel 24 i direktiv 93/37 – begränsade sig domstolen till en prövning av huruvida den omtvistade åtgärden syftade till att säkerställa likabehandling av samtliga anbudsgivare och huruvida den skillnad i behandling som skapades var proportionerlig med hänsyn till detta syfte.

23. En sådan lösning är a priori svårförenlig med lösningar som utgår ifrån att de fall av uteslutande som anges i de relevanta bestämmelserna i direktiven om samordning av förfarandena offentliga upphandlingar är uttömmande. Motsägelsen är emellertid endast skenbar. Det är riktigt att gemenskapsdirektiven är avsedda att på ett i princip uttömmande sätt reglera fallen av uteslutande från deltagande i förfarandena för offentliga upphandlingar. Detta är i synnerhet avsikten med artikel 24 i direktiv 93/37. Emellertid kan ett iakttagande av andra regler och principer som finns i, eller följer av, nämnda direktiv även kräva att andra fall av uteslutande inrättas. Så är i synnerhet fallet med principen om likabehandling av de anbudssökande vid en offentlig upphandling. Denna princip – av vilken skyldigheten att möjliggöra öppenhet är en nödvändig följd –<sup>27</sup> som följer

27 — Se, bland annat, dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress* (REG 2000, s. I-10745), punkt 61, och av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, *HI* (REG 2002, s. I-5553), punkt 45, samt domen, av den 12 december 2002 i det ovan nämnda målet *Universale Bau*, punkt 91.

av de grundläggande friheterna att etablera sig och att tillhandahålla tjänster<sup>28</sup> och som understöder gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling i deras helhet<sup>29</sup> kan nämligen motivera uteslutandet av konkurrenter från att delta i en upphandling, i den mån konkurrensen mellan tjänsteleverantörer, vilken direktiven inom området för offentlig upphandling syftar till att befrämja och vilken förutsätter största möjliga deltagande i upphandlingsförfarandena, är verklig endast om den kommer till stånd under iakttagande av principen om likabehandling av anbudsgivare.<sup>30</sup> För att ge en bild av detta är det därför svårt att föreställa sig att gemenskapsrätten skulle utgöra hinder för själva den principen att medlemsstaterna har inrättat ett hinder mot att utöva vissa offentliga tjänster och samtidigt vara anbudssökande i en offentlig upphandling. Det måste således tillstås att medlemsstaterna får föreskriva andra fall av uteslutande än dem som finns upptagna i förteckningen i artikel 24 i direktiv 93/37, om det behövs för att förhindra eventuella intressekonflikter och, således, för att säkerställa öppenhet och likabehandling. Detta är för övrigt meningen med uppmaningen i artikel 6.6 i direktiv 93/37, enligt vilken "[d]e upphandlande myndigheterna skall se till att det inte förekommer någon diskriminering mellan olika leverantörer". Detta är också den lärdom som kan dras av målet *Fabricom*<sup>31</sup>. Det hinder som föreskrivs i den nationella lagstiftningen, mot att delta i den förberedande fasen i en offentlig upphandling

28 — Såsom domstolen erinrade om vid tillfället; se, för ett tydligt liknande resonemang, domen av den 20 september 1998 i det ovan nämnda målet *Beentjes*, punkt 20, och domen av den 26 september 2000 i det ovan nämnda målet kommissionen mot Frankrike, punkt 50.

29 — Se domen i det ovan nämnda målet *Universale-Bau m.fl.*, punkt 91, domen i det ovan nämnda målet *HI*, punkt 45, och dom av den 19 juni 2003 i mål C-315/01, *GAT* (REG 2003, s. I-6351), punkt 73.

30 — Såsom jag redan har haft tillfälle att påpeka. Se mitt förslag till avgörande i de förenade målen C-226/04 och C-228/04, *La Cascina m.fl.*, där domstolen meddelade dom den 9 februari 2006 (REG 2006, s. I-1347), punkt 26. Se även generaladvokaten Légers förslag till avgörande i det ovan nämnda målet *Fabricom*, punkterna 22 och 36.

31 — I vilket, och jag upprepar, bland annat tolkningen av artikel 6.6 i direktiv 93/37 var i fråga.

och att därefter träda in som anbudssökande i densamma, syftar till att förhindra att en person som deltar i vissa förberedande arbeten ska kunna påverka villkoren för en upphandling på ett sätt som därefter blir gynnsamt för redovisningen av dennes anbud eller att personen får en fördel när det gäller att formulera anbudet, på grund av den information som denne kan ha fått om den ifrågavarande offentliga upphandlingen, när vederbörande utförde nämnda förberedande arbeten.<sup>32</sup>

24. Svaret på den första tolkningsfrågan blir således att förteckningen över grunder för uteslutande av byggentreprenörer i artikel 24 i direktiv 93/37 inte är uttömmande.

*B — De villkor som ställs för ytterligare fall av uteslutande*

25. Det är således inte förbjudet, enligt direktiv 93/37, för medlemsstater att lägga till ytterligare grunder för uteslutande från deltagande i en offentlig upphandling av byggentreprenader, i förhållande till den förteckning som återfinns i artikel 24 i detsamma, när dessa syftar till att säkerställa öppenhet och likabehandling.

26. Just detta är fallet med de skäl som den grekiska regeringen har angett till stöd för det hinder som stadgas i artikel 14.9 i den grekiska konstitutionen, mot att mediasektorn förenas med sektorn för offentliga byggentreprenader. Den har hävdats att nämnda hinder syftar till att säkerställa öppenhet och likabehandling vid offentlig upphandling genom att förhindra varje möjlighet för ett anbudsgivande företag att, vid en anbudsinfordran, använda sin mediala makt till att påverka det slutliga upphandlingsbeslutet till sin fördel. Uteslutandet av medieentreprenörer och entreprenörer som har koppling till medie företag tar således fasta på att dessa, med tanke på det tryck som de tack vare sin mediala makt kan utöva på den upphandlande enheten, har större chanser att tilldelas ett upphandlingskontrakt än vad deras konkurrenter har och att de följaktligen inte nödvändigtvis befinner sig i samma situation som dessa, vad gäller förfarandet vid denna upphandling, och med hänsyn till gemenskapsrättens syfte att öppna upp för konkurrens inom området.

27. Den grekiska regeringen har förvisso även gjort gällande att det hinder som föreskrivs i den nationella konstitutionen även syftar till att skydda mångfalden inom press och media. Det handlar om att förhindra att en upphandlande myndighet utövar tryck på ett medie företag som är anbudssökande vid en offentlig upphandling av byggentreprenader för att på så vis säkerställa en viss välvillighet i den framställning som det ger av myndighetens politik eller också, såsom den grekiska regeringen har hävdats, handlar det om att förhindra att ett medie företag, som är anbudssökande vid en upphandling av byggentreprenad, försöker påverka det slutliga

<sup>32</sup> — Se domen i det ovannämnda målet *Fabricom*, punkterna 29 och 30.

upphandlingsbeslutet genom utfästelser eller genom att ge en välvillig framställning av offentliga myndigheters politik, till priset av oberoende och mångfald inom pressen. I detta särskilda sammanhang för tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt är dock egentligen detta syfte, som har proklamerats till försvar av pressens mångfald, endast av subsidiär karaktär, och det har inte någon verklig självständighet i förhållande till syftet att säkerställa öppenhet och likabehandling. Det är nämligen endast om och i den mån den upphandlande enheten i urvalsprocessen avseende de anbudssökande inte iakttar objektiva, transparenta och icke diskriminerande kriterier som den skulle kunna utnyttja sin makt att tilldela upphandlingskontrakt för att utöva ett inflytande på den redaktionella policyn hos ett medie företag som är anbudssökande vid en offentlig upphandling av byggtreprenader eller för att "belöna" företagets redaktionella policy.

28. Med andra ord syftar de skäl till uteslutande som förskrivs i den grekiska rätten till att förhindra intressekonflikter mellan de upphandlande enheterna och medieföretagen, som skulle kunna uppmuntra till bestickning och mutbrott av ett sådant slag att det kan snedvrída urvalsprocessen avseende entreprenörerna vid upphandling av byggtreprenader. Det framgår således att sådana bestämmelser som dem som är i fråga i målet vid den nationella domstolen medverkar till att den likabehandling som är nödvändig för att iaktta det eftersträvade målet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling, nämligen att utveckla en effektiv konkurrens, iakttas. Det framgår också att de svarar mot ett behov inom

området, som inte omfattades av bestämmelserna i direktiv 93/37. Om detta vittnar den omständigheten att direktiv 2004/18, som ersätter direktiv 93/37, har tillfogat ytterligare fall av uteslutande från deltagande i förfarandena vid offentlig upphandling, bland annat det som handlar om bestickning,<sup>33</sup> vilket delvis täcker det fall som avses i den grekiska konstitutionen.

29. En av intervenienterna i målet vid den nationella domstolen har i sitt yttrande vid förhandlingen bestritt att det generella hinder mot att förena mediesektorn och sektorn för offentliga byggtreprenader som föreskrivs i den grekiska konstitutionen har detta ändamål. Enligt intervenientens åsikt går det inte att, a priori, principiellt anse att utövandet av en ekonomisk verksamhet i dess helhet kan hota öppenheten och likabehandlingen inom ramen för förfarandena vid offentliga upphandlingar. Om den ståndpunkt som den grekiska regeringen försvarar, enligt vilken utövandet av medieverksamhet kan påverka ett beslut att tilldela ett upphandlingskontrakt, skulle finnas vara legitim, skulle ett liknande förhållningssätt kunna intas mot en rad andra slag av ekonomisk verksamhet. Bland annat skulle en bank, som tillika var aktieägare i ett företag verksamt inom området för offentliga byggtreprenader, själv lika gärna, genom sin verksamhet med tecknande av statliga lån, kunna utöva tryck på den upphandlande enheten och påverka dess beslut att tilldela upphandlingskontrakt.

33 — Se artikel 45 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

30. Emellertid ska varje medlemsstat tillerkännas, under domstolens kontroll, ett visst utrymme för skönsmässig bedömning vid bestämmandet av vilka fall av uteslutande som är lämpliga för att säkerställa öppenhet och likabehandling i förfarandena vid offentlig upphandling. Den berörda medlemsstaten är själv den bästa att med hänsyn till nationella förhållanden uppskatta vilka de mest troliga intressekonflikterna är som kan hota principerna om öppenhet och likabehandling, principer som ska iakttas vid offentliga upphandlingar. De grekiska myndigheternas bedömning fick dem att, under de förhållanden som råder i Grekland, befara att det fanns intressekonflikter som kunde leda till en utveckling av korruption genom mutbrott och bestickning från de upphandlande enheternas sida om myndigheterna inte uteslöt byggen-treprenadsföretag som var kopplade till medieföretag från upphandlingsförfarandena. Därav det hinder som föreskrivs i artikel 14.9 i den grekiska konstitutionen. I denna särskilda bedömning av vad de finner bör säkerställa respekt, i Grekland, för de gemenskapsrättsliga principerna om öppenhet och likabehandling vid offentlig upphandling, gör de grekiska myndigheterna således, på sätt och vis, gällande en nationell konstitutionell bedömning. Det framgår så av skälen till beslutet om hänskjutande att en debatt uppstod i fråga om huruvida denna omständighet kunde påverka bedömningen av om nämnda uteslutandegrund är förenlig med gemenskapsrätten.

31. Det är riktigt att Europeiska unionen är skyldig att respektera medlemsstaternas

konstitutionella identitet. Denna skyldighet har förelegat sedan upprinnelsen. Den medverkar faktiskt till själva essensen av det europeiska projekt som inleddes i början av 1950-talet och som handlar om att gå fram på integrationsvägen samtidigt som staternas egen politik bevaras. Om detta vittnar det faktum att det för första gången uttryckligen angavs vid en översyn av fördragen, i vilka det föreskrevs en fortsatt integration som, i de konstituerandes ögon, gjorde det nödvändigt att erinra om detta. Således anges i artikel F 1 i Maastrichtfördraget, nu artikel 6.3 i fördraget om Europeiska unionen, att "[u]nionen skall respektera den nationella identiteten hos sina medlemsstater". Den nationella identitet som avses inbegriper uppenbarligen medlemsstatens konstitutionella identitet. Detta bekräftas, om så skulle behövas, av det förtydligande av de olika delar av den nationella identiteten som eftersträvas i artikel I-5 i konstitutionen för Europa och i artikel 4.2 i fördraget om Europeiska unionen, i dess lydelse enligt Lissabonfördraget. Det framgår nämligen av den identiska lydelsen av dessa två texter att unionen ska respektera "medlemsstaternas ... nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer".

32. Denna skyldighet att respektera medlemsstaternas nationella identitet, inbegripet dess konstitutionella dimension, som Europeiska unionen har ålagts i de grundläggande texterna har redan fått följderna i rättspraxis. Om den uttyds noggrant framgår det att en medlemsstat, i vissa fall och givetvis under domstolens kontroll, kan göra gällande

bevarandet av dess nationella identitet för att motivera ett undantag från tillämpningen av de grundläggande fria rörligheterna. Den kan till att börja med uttryckligen åberopa det som ett legitimt och självständigt motiv till att göra ett undantag. Domstolen har nämligen uttryckligen godkänt att skyddet för den nationella identiteten ”utgör ett legitimt mål som beaktas i gemenskapens rättsordning”<sup>34</sup>, även om den fann att den inskränkning som var i fråga i det fallet var opropor­tionerlig, eftersom det intresse som åberopades kunde skyddas på ett effektivt sätt genom andra medel. Skyddet av den konstitutionella identiteten kan också möjliggöra för en medlemsstat att inom vissa gränser utveckla sin egen definition av ett legitimt intresse av sådant slag att det motiverar ett hinder för en grundläggande fri rörlighet. Till en medlemsstat som på så sätt gör gällande det skydd som beror på principen om människovärdet, som garanteras i dess nationella konstitution, för att motivera en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster, har domstolen förvisso svarat att människovärdet skyddas i gemenskapens rättsordning som en allmän rättsprincip. Domstolen har emellertid tillerkänt medlemsstaterna en stor frihet när det gäller att bestämma innehållet i och omfattningen av denna, i enlighet med den föreställning medlemsstaten har om det skydd som beror på denna grundläggande rättighet inom dess territorium, med beaktande av de specifika nationella dragen.<sup>35</sup> Att den föreställning om den grundläggande rätten som medlemsstaten omfattar inte delas av de övriga medlemsstaterna hindrar följaktligen inte nämnda medlemsstat från att göra den gällande för att motivera en inskränkning av den fria rörligheten för tjänster.

33. Om iakttagandet av medlemsstaternas konstitutionella identitet på detta vis kan utgöra ett legitimt intresse som i princip motiverar inskränkningar i de skyldigheter som följer av gemenskapsrätten, kan en medlemsstat *a fortiori* åberopa detta för att motivera sin bedömning av de konstitutionella åtgärder som ska komplettera gemenskapslagstiftningen för att säkerställa att principer och regler som den formulerar eller stöder iakttas inom dess territorium. Det måste likväl preciseras att detta iakttagande av medlemsstaternas konstitutionella identitet inte ska förstås som ett absolut hänsynstagande till samtliga nationella konstitutionella regler. Om så var fallet skulle de nationella konstitutionerna kunna bli ett instrument för medlemsstaterna att frigöra sig från gemenskapsrätten inom bestämda områden.<sup>36</sup> Det skulle vidare kunna leda till diskriminering av medlemsstater sinsemellan beroende på det innehåll som var och en av dem gav sin nationella konstitution. På samma sätt som medlemsstaternas konstitutionella identitet beaktas i gemenskapsrätten måste den nationella konstitutionella rätten anpassas efter kraven i gemenskapernas rättsordning. I förevarande fall kan de nationella konstitutionella reglerna beaktas, i den mån de omfattas av det utrymme för skönsmässig bedömning som medlemsstaterna förfogar över för att säkerställa att den princip om likabehandling som fastställs i fördraget iakttas. Ianspråkstagandet av detta utrymme för skönsmässig bedömning måste emellertid ske inom de gränser som sätts genom denna princip och genom själva direktivet. Den nationella konstitutionella regeln är, i förevarande fall, således relevant för att identifiera det nationella sammanhang i vilket principen om likabehandling mellan anbudssökande vid en

34 — Inom ramen för ett mål där medlemsstaten åberopade detta för att motivera att medborgare från andra medlemsstater ej beviljades tillträde till tjänster inom det offentliga utbildningsväsendet (se dom av den 2 juli 1996 i mål C-473/93, kommissionen mot Luxemburg, REG 1996, s. I-3207, punkt 35).

35 — Se dom av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, Omega (REG 2004, s. I-9609).

36 — Det ska emellertid erinras om att det i princip följer av domstolens rättspraxis att en medlemsstat inte kan åberopa sin författning som grund för att inte erkänna verkan av en gemenskapsrättslig norm inom dess territorium (dom av den 17 december 1970 i mål 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, REG 1970, s. 1125; svensk specialutgåva, volym 1, s. 503).

offentlig upphandling ska tillämpas, detta för att, i detta sammanhang, avgöra vilka intressekonflikter som kan befaras och, slutligen, för att bedöma vilken vikt förebyggandet av intressekonflikter ska tillmätas inom den nationella rättsordningen och, således, på vilken lagstiftningsnivå regeln ska träda in.

34. Gemenskapsrätten utgör således i princip inte hinder för att en medlemsstat utesluter byggentreprenörer som har kopplingar till medieentreprenörer från att delta i förfaranden vid upphandling av byggentreprenader i syfte att säkerställa att de gemenskapsrättsliga principerna om öppenhet och likabehandling mellan anbudsgivare iaktas. Det krävs emellertid också att det hinder som har inrättats mot att förena sektorn för offentliga byggentreprenader och mediesektorn är förenligt med proportionalitetsprincipen. Det krävs således att det är nödvändigt och proportionerligt för syftet att trygga likabehandling och, följaktligen, utvecklingen av en effektiv konkurrens. Om däremot den uteslutande grund som lagts till i den nationella rätten är utformad så att den omfattar ett, i förhållande till vad som är nödvändigt för att säkerställa en likabehandling mellan anbudsgivare, orimligt antal potentiella tjänsteleverantörer, avlägsnar den sig i praktiken från det som är direktivets syfte, nämligen att utveckla en effektiv konkurrens, som den är ämnad att tjäna. Även där ska medlemsstaten tillerkännas ett visst utrymme för skönsässig bedömning för att den ska kunna bestämma den omfattning av hindret som för medlemsstaten, i det nationella sammanhanget, förfaller uppfylla de krav som följer av proportionalitetsprincipen. Det kan således inte

uteslutas att de åtgärder som vidtas är nödvändiga och proportionella, endast av det skälet att övriga medlemsstater inte har vidtagit samma åtgärder.<sup>37</sup>

35. Återstår att säga att denna frihet med avseende på bedömningen inte är utan gränser. Friheten utövas under domstolskontroll. Även om det i princip ankommer på den nationella domstol vid vilken det aktuella målet har anhängiggjorts och inte på EG-domstolen, till vilken frågan har förts med stöd av artikel 234 EG, att göra en sådan prövning, framgår det att en sådan oförenlighet av en sådan omfattning som den som har inrättats genom artikel 14.9 i den grekiska konstitutionen under alla omständigheter är oförenlig med proportionalitetsprincipen. Detta är bland annat fallet på grund av att den omfattar samtliga byggentreprenörer som har en koppling till medieentreprenörer, oavsett hur stor spridning dessa medier har. Ett sådant hinder överskrider nämligen de mått och steg som krävs för att trygga likabehandling och, således, skyddet av en effektiv konkurrens, eftersom det förefaller vara svårt att hävda att en entreprenör inom medierna med regional spridning förfogar över en medial makt som gör det möjligt för vederbörande att utöva påtryckningar på en upphandlande enhet som finns i en annan region eller, tvärtom, att en sådan enhet skulle vara benägen att utöva påtryckningar på en sådan entreprenör. Så är bland annat också

37 — Se dom av den 14 oktober 2004 i det ovannämnda målet Omega, punkterna 37 och 38.



fallet på grund av att hindret berör samtliga byggtreprenörer som har ett släktband, vilket som helst, med en medieentreprenör. Det förefaller nämligen osannolikt att en upphandlande myndighet skulle kunna utöva påtryckningar på en medieentreprenör vars släktband med byggtreprenören är avlagset eller, omvänt, att en sådan medieentreprenör skulle kunna utöva påtryckningar på den upphandlande myndigheten.

ling som krävs för att utveckla en effektiv konkurrens och den är förenlig med proportionalitetsprincipen. En bestämmelse i vilken det föreskrivs ett generellt hinder mot att förena ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller företagsledare i ett medieföretag med ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller företagsledare i ett företag som av staten, eller av en juridisk person inom den offentliga sektorn i vid bemärkelse, har fått sig tilldelat ett kontrakt för att utföra byggtreprenad, leverera varor eller tillhandahålla tjänster, strider mot proportionalitetsprincipen.

36. Den andra tolkningsfrågan ska således besvaras så, att det är förenligt med gemenskapsrätten att i den nationella rätten lägga till en grund för uteslutande, utöver dem som anges i förteckningen i artikel 24 i direktiv 93/37, när denna grund syftar till att säkerställa den öppenhet och likabehand-

37. Med hänsyn till min föreslagna lösning på den andra frågan saknas anledning att pröva den tredje frågan

## V — Förslag till avgörande

38. Mot bakgrund av det ovan anförda föreslår jag att domstolen besvarar de tolkningsfrågor som Symvoulio tis Epikrateias (högsta förvaltningsdomstolen i Grekland) har ställt på följande sätt:

- Förteckningen över grunder för uteslutande av byggtreprenörer i artikel 24 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten är inte uttömmande.

- Det är förenligt med gemenskapsrätten att i den nationella rätten lägga till en grund för uteslutande, utöver de grunder som anges i förteckningen i artikel 24 i direktiv 93/37, under förutsättning att grunden syftar till att säkerställa den öppenhet och likabehandling som krävs för att utveckla en effektiv konkurrens och den är förenlig med proportionalitetsprincipen. En bestämmelse i vilken det föreskrivs ett generellt hinder mot att förena ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller företagsledare i ett medieföretag med ställningen som ägare, delägare, huvudaktieägare eller företagsledare i ett företag som av staten, eller av en juridisk person inom den offentliga sektorn i vid bemärkelse, har fått sig tilldelat ett kontrakt för att utföra byggentreprenad, leverera varor eller tillhandahålla tjänster strider mot proportionalitetsprincipen.