FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JÁN MAZÁK

fremsat den 10. juli 2007 [1]

1. Ved dette søgsmål efter artikel 226 EF har Kommissionen nedlagt påstand om, at Domstolen fastslår, at Italien ved at indføre en praksis, der har eksisteret længe, og som stadig følges, om direkte tildeling af kontrakter til selskabet »Agusta« vedrørende indkøb af helikoptere uden for enhver udbudsprocedure for at opfylde behovene hos flere ministerier og styrelser, har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiverne om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, nemlig Rådets direktiv 93/36/EØF [2] og, tidligere, Rådets direktiv 77/62/EØF [3] Rådets direktiv 80/767/EØF [4] og Rådets direktiv 88/295 EØF [5].

2. Italien har bestridt den påståede tilsidesættelse og baserer bl.a. sit forsvar på artikel 296, stk. 1, litra b) EF.

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Rådets direktiv af 14.6.1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, EFT L 199, s. 1.

3 — Rådets direktiv af 21.12.1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, EFT 1977 L 13, s. 1.

4 — Rådets direktiv af 22.7.1980 om ændring og supplering, for så vidt angår visse ordregivende myndigheder, af direktiv 77/62/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, EFT L 215, s. 1.

5 — Rådets direktiv af 22.3.1988 om ændring af direktiv 77/62/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb samt om ophævelse af visse bestemmelser i direktiv 80/767/EØF, EFT L 127, s. 1.

I — Retsforskrifter

A — *Fællesskabslovgivning*

3. Direktiv 93/36 (herefter »direktiv 93/36« eller »direktivet«) samordner fremgangsmåderne ved offentlige indkøbsaftaler og fastlægger krav for indgåelse af sådanne aftaler.

4. Det bestemmes i direktivets artikel 1:

»a) »offentlige indkøbsaftaler«, gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt mellem en leverandør (en fysisk eller

juridisk person) på den ene side og en af de i litra b) definerede ordregivende myndigheder på den anden side, og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer. Levering af sådanne varer kan som tillæg omfatte monterings- og installationsarbejde. […]

d) »offentlig udbud«, national fremgangsmåde, hvorved alle interesserede leverandører kan afgive bud,

e) »begrænset udbud«, national fremgangsmåde, hvorved kun de leverandører, der af de ordregivende myndigheder har modtaget opfordring dertil, kan afgive bud,

f) »udbud efter forhandling«, national fremgangsmåde, hvorved de ordregivende myndigheder henvender sig til bestemte leverandører og forhandler aftalens vilkår med en eller flere af disse.«

5. I henhold til artikel 2, stk. 1, litra b), finder direktivet ikke anvendelse for »indkøbsaftaler, der erklæres hemmelige, eller hvis gennemførelse skal ledsages af særlige sikkerhedsforanstaltninger i henhold til gældende love eller administrative forskrifter i den pågældende medlemsstat, eller når beskyttelsen af medlemsstaternes væsentlige sikkerhedsinteresser kræver det«.

6. I direktivets artikel 3 fastsættes, at »[m]ed forbehold af artikel 2 og 4 og artikel 5, stk. 1, finder dette direktiv anvendelse på alle varer, som er omhandlet i artikel 1, litra a), herunder varer, der omfattes af aftaler, som de ordregivende myndigheder indgår på forsvarsområdet, med undtagelse af de varer, der er omfattet af [artikel 296, stk. 1, litra b), EF].«

7. Det hedder i direktivets artikel 6, at

»1. De ordregivende myndigheder anvender ved indgåelse af offentlige indkøbsaftaler de i artikel 1, litra d), e) og f), definerede procedurer i de nedenfor anførte tilfælde.

[…]

3. De ordregivende myndigheder kan indgå indkøbsaftaler ved udbud efter forhandling uden forudgående offentliggørelse af en udbudsbekendtgørelse i følgende tilfælde: […]

c) når der er tale om varer, hvis fremstilling eller levering af tekniske eller kunstneriske årsager eller af årsager, der vedrører beskyttelsen af en eneret, kun kan overdrages til en bestemt leverandør. […]

e) ved supplerende leveringer fra den oprindelige leverandør til delvis fornyelse af sædvanlige leveringer eller installationer eller til udvidelse af allerede foretagne leveringer eller installationer, når et leverandørskifte ville gøre det nødvendigt for den ordregivende myndighed at anskaffe udstyr, som på grund af en forskel i teknisk beskaffenhed ville medføre teknisk uforenelighed eller uforholdsmæssigt store tekniske vanskeligheder ved drift og vedligeholdelse. Løbetiden for disse aftaler samt for aftaler, der kan fornyes, må generelt ikke overstige tre år.

4. I alle andre tilfælde skal de ordregivende myndigheder indgå indkøbsaftaler ved offentligt udbud eller ved begrænset udbud.«

8. For så vidt angår andre specifikke bestemmelser vil disse blive refereret, når jeg analyserer begrundelsen for den påståede manglende overholdelse af forpligtelser.

II — De faktiske omstændigheder, den forudgående administrative procedure og påstandene

A — *Faktiske omstændigheder*

9. Kommissionen indledte efter modtagelsen af en klage en traktatbrudsprocedure (nr. 2002/4194) angående bekendtgørelse nr. 3231 af 24. juli 2002 fra Den Italienske Republiks ministerpræsident angående bekæmpelse af skovbrande i Italien fra luften, der tillod udbud efter forhandling under fravigelse af Fællesskabets direktiver om indgåelse af offentlige indkøbs- og tjenesteydelsesaftaler. På baggrund af denne bekendtgørelse indkøbte Corpo Forestale dello Stato (Statens Skovvagt) den 28. oktober 2002 to Agusta Bell AB 412 EP-helikoptere for ca. 18 mio. EUR »ved underhåndsaftaler, som undtagelse til lovgivningen nævnt i artikel 4 [i den nævnte bekendtgørelse]«, dvs. særligt

den nationale lovgivning, der gennemfører Fællesskabets direktiver om samordning af procedurerne for indgåelse af offentlige indkøbsaftaler. Kommissionen anlagde sag ved Domstolen i henhold til artikel 226 EF, der resulterede i dom af 27. oktober 2005, Kommissionen mod Italien [6].

10. På baggrund af de oplysninger, der fremkom i forbindelse med den ovennævnte procedure, noterede Kommissionen sig, at det specifikke traktatbrud, der var genstand for ovennævnte retssag, ikke var et isoleret tilfælde, men derimod symptomatisk for en generel praksis om direkte tildeling af kontrakter vedrørende indkøb af helikoptere fremstillet af »Agusta« og »Agusta Bell« for at imødekomme behovene hos forskellige italienske statslige korps uden for enhver udbudsprocedure. Kommissionen iværksatte derfor endnu en traktatbrudsprocedure (nr. 2003/2148).

11. For så vidt angår Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco (brandvæsenet, indenrigsministeriet) bemærkede Kommissionen særligt, at brandvæsenet direkte tildelte selskabet »Agusta« følgende kontrakter uden udbudsprocedure: i) den 10. juni 2002 en kontrakt om indkøb af fire Agusta Bell AB 412-helikoptere til en værdi af ca. 30,5 mio. EUR, ii) den 23. december 2002 en kontrakt om indkøb af fire Agusta A 109 Power-helikoptere til en værdi af ca. 33,6 mio. EUR, og iii) den 19. marts 2003 en kontrakt om leasing af fire A 109 Power-helikoptere til en værdi af ca. 12,8 mio. EUR. Kommissionen noterede, at Corpo Nazionale dei Vigili del Fuocos helikopterflåde hovedsagligt består af »Agusta«- eller »Agusta Bell«-helikoptere.

12. Med hensyn til Corpo Carabinieri (forsvarsministeriet) indikerer de oplysninger, som Kommissionen har modtaget, at ministeriet i perioden 2000-2002 indgik to aftaler med Agusta om indkøb af fire helikoptere uden udbudsprocedure. Kommissionen bemærkede, at Corpo Carabinieris helikopterflåde også hovedsagligt består af »Agusta«- eller »Agusta Bell«-helikoptere.

13. For så vidt angår Corpo Forestale dello Stato (land- og skovbrugsministeriet) skal dette organ ud over indkøbet, der var genstand for sag C-525/03, have indkøbt endnu en Agusta-helikopter. Kommissionen bemærkede også her, at Corpo Forestales helikopterflåde hovedsageligt består af »Agusta«- eller »Agusta Bell«-helikoptere.

6 — Dom af 27.10.2005, sag C-525/03, Sml. I, s. 9405.

14. Angående civilforsvarsstyrelsen blev Kommissionen oplyst om, at denne myndighed indgik en aftale om leasing af »Agusta«-helikoptere.

15. For så vidt angår de andre statslige korps vurderede Kommissionen — på trods af, at den ikke havde oplysninger om de konkrete aftaler — at luftflåderne tilhørende Guardia Costiera (kystvagten), en enhed under Corpo delle Capitanerie di Porto (ministeriet for infrastruktur og transport), Guardia di Finanza (told- og afgiftspolitiet, økonomi- og finansministeriet) og Polizia di Stato (statspolitiet, indenrigsministeriet) også udelukkende eller hovedsagligt bestod af »Agusta«- eller »Agusta-Bell«-helikoptere.

B — *Den forudgående administrative procedure*

16. Kommissionen, der ikke havde anset oplysninger angående en udbudsprocedure på fællesskabsplan for indkøb af helikoptere for at opfylde behovene for ovennævnte italienske ministerier og styrelser, vurderede, at de ovennævnte helikoptere fremstillet af »Agusta« var direkte indkøbt i strid med procedurerne fastlagt i direktiv 93/36 og, tidligere, i direktiv 77/62, 80/767 og 88/295. Den 17. oktober 2003 fremsendte Kommissionen en åbningsskrivelse til den italienske regering med opfordring til at fremkomme med bemærkninger.

17. De italienske myndigheder svarede ved fax af 9. december 2003 fra sin Faste Repræsentation ved Den Europæiske Union. Da Kommissionen ikke fandt de italienske myndigheders svar tilfredsstillende, fremsendte den den 5. februar 2004 en begrundet udtalelse til Den Italienske Republik, hvori denne blev anmodet om at efterkomme udtalelsen inden for en frist på to måneder efter dens meddelelse.

18. De italienske myndigheder besvarede den begrundede udtalelse med tre skrivelser fra sin Faste Repræsentation ved Den Europæiske Union [7].

19. Kommissionen fandt ikke, at de italienske myndigheder var fremkommet med tilstrækkelige argumenter til at imødegå det i den begrundede udtalelse anførte, og anførte, at Den Italienske Republik ikke traf nogen foranstaltninger med henblik på at bringe den påtalte praksis til ophør, hvorfor

7 — i) Den første skrivelse var dateret den 5.4.2004 og videreformidlede en note af 2.4.2004 fra lederen af ministeriet for fællesskabspolitiks juridiske afdeling; ii) det andet var dateret den 13.5.2004 og videresendte en note af 11.5.2004 fra ministerpræsidenten (afdelingen for fællesskabspolitik), og iii) det tredje var dateret den 27.5.2004 og fremsendte en note af 12.5.2004 fra ministerrådets formandskab (civilforsvarsstyrelsen).

Kommissionen anlagde den foreliggende sag den 15. september 2005 [8].

20. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

1) Det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/36/EØF og, tidligere, direktiv 77/62/EØF, 80/767/EØF og 88/295/EØF, da den italienske regering og i særdeleshed indenrigsministeriet, forsvarsministeriet, økonomi- og finansministeriet, land- og skovbrugsministeriet, ministeriet for infrastruktur og transport samt civilforsvarsstyrelsen under formandskabet i ministerrådet for at opfylde behovene hos de militære enheder i brandvæsenet, hos Carabinieri, hos statens skovvagt, hos kystvagten, hos told- og afgiftspolitiet, hos statspolitiet og civilforsvarsstyrelsen har indført en praksis, der har eksisteret længe, og som stadig følges, om direkte tildeling til selskabet »Agusta« vedrørende indkøb af helikoptere af typen »Agusta« og »Agusta Bell« uden for enhver udbudsprocedure og især uden at overholde de fremgangsmåder, der er fastsat i de nævnte direktiver.

2) Den Italienske Republik tilpligtes at betale sagens omkostninger.

21. Den Italienske Republik har gjort gældende, at søgsmålet ikke kan realitetsbehandles og under alle omstændigheder skal forkastes som ugrundet.

22. Begge parter har afgivet mundtlige indlæg under retsmødet den 17. april 2007.

III — Bedømmelse

A — *Indledende bemærkninger*

23. Det er vigtigt at holde sig for øje, at den italienske regering ikke bestrider at have anvendt udbud efter aftale for at indkøbe

8 — Kommissionen har endvidere påpeget, at den italienske regering efter Kommissionens oplysninger i december 2003 ved udbud efter forhandling direkte indkøbte yderligere Agustahelikoptere for at opfylde behovene for Guardia di Finanza, Polizia di Stato, Carabinieri og Corpo Forestale, og det fremgår af indkøbenes registrering hos den italienske revisionsret, at Italien ikke ophævede kontrakterne efter modtagelsen af den begrundede udtalelse.

helikoptere til sine korps direkte hos Agusta uden forudgående udbudsprocedure på fællesskabsplan. Drøftelserne i denne sag fokuserer derfor på, om Italien lovligt kunne fravige Fællesskabets regler om offentlige indkøb [9]. Kommissionens påstand drejer sig ikke udelukkende om direktiv 93/36, men også tidligere direktiver, nemlig direktiv 77/62, direktiv 80/767 og direktiv 88/295. Ikke desto mindre finder jeg i lyset af ligheden mellem de relevante bestemmelser i disse direktiver, som fremført af Kommissionen, at det af hensyn til klarhed og forenkling er tilstrækkeligt, at jeg i min analyse alene henviser direktiv 93/36.

B — *Formaliteten*

24. Den italienske regering har i sit forsvar bestridt, at det foreliggende søgsmål kan realitetsbehandles.

1. Parternes hovedargumenter

25. Italien anfører, at Kommissionen under den forudgående administrative procedure ikke omtalte indkøb af militært udstyr. Der blev alene henvist til indkøb af civilt udstyr under denne procedure. Endvidere opregnede Kommissionen under den forudgående administrative procedure blot en række kontrakter fra de seneste år, dvs. i 2002 og 2003, indgået af Corpo dei Vigili del Fuoco og Corpo Forestale samt Carabinieri med Agusta. Derfor er der ikke overensstemmelse mellem klagepunktet rejst under den forudgående administrative procedure og den foreliggende påstand nedlagt for Domstolen. I tillæg hertil har Italien i duplikken anført, at i betragtning af den vage og upræcise karakter af de faktiske oplysninger, som Kommissionen har gjort gældende, opfylder søgsmålet ikke kravene i henhold til retspraksis. Den Italienske Republik har anført, at dette forhold alvorligt har påvirket retten til forsvar.

26. Den italienske regering har endelig anført, at den del af det foreliggende søgsmål, der vedrører indkøb til Corpo Forestale dello Stato, ikke bør realitetsbehandles, da disse indkøb var baseret på bekendtgørelse nr. 3231. I modsat fald vil princippet om, at der ikke to gange må føres proces om samme spørgsmål, blive tilsidesat, da Domstolen allerede har taget stilling til den bekendtgørelse i sagen Kommissionen mod Italien [10].

27. Kommissionen bestrider Den Italienske Republiks synspunkter. Den finder ikke, at den forudgående administrative procedure

9 — Nemlig direktiv 93/36 og forudgående direktiv 77/62, 80/767 og 88/295.

10 — Nævnt ovenfor i fodnote 6.

på noget tidspunkt angik indkøb af militærudstyr. Den angik tværtimod indkøb af civilt udstyr til brug for opfyldelse af behovet hos bl.a. visse af den italienske regerings militære korps. For så vidt angår den påståede upræcished har Kommissionen anført, at det siden Kommissionens åbningsskrivelse stedse har stået klart, at den praksis med indgåelse af direkte kontrakter med Agusta, der har eksisteret længe, og som stadig følges, var genstand for sagen. Sagens formål har stået klart for Italien, som kunne have forsvaret sig, herunder bl.a. ved fremlæggelse af en række bilagsdokumenter. Herudover har Kommissionen anført, at den sag, der gav anledning til dommen i sagen Kommissionen mod Italien, havde en anden genstand.

29. Det bemærkes herved, at selv om det er rigtigt, at genstanden for en sag anlagt i medfør af artikel 226 EF afgrænses af den administrative procedure, der er foreskrevet i denne bestemmelse, og at de klagepunkter, der fremføres til støtte for Kommissionens begrundede udtalelse og sagsanlægget, følgelig skal være de samme, kan dette krav imidlertid ikke indebære, at der under alle omstændigheder skal være fuldstændigt sammenfald i deres formulering, når sagsgenstanden ikke er blevet udvidet eller ændret, men blot er blevet begrænset. Kommissionen kan således præcisere sine oprindelige klagepunkter i stævningen, forudsat at den ikke ændrer sagens genstand [12].

2. Bedømmelse

28. I henhold til Domstolens faste praksis påhviler det Kommissionen i ethvert søgsmål i medfør af artikel 226 EF præcist at angive de klagepunkter, som Domstolen skal tage stilling til, og i alt fald kort at angive de retlige og faktiske forhold, som klagepunkterne støttes på [11].

30. For det første finder jeg det overbevisende, når Kommissionen forklarer, at adjektivet »militær« ganske entydigt henviser til visse stats-»korps« frem for »indkøb«, som anført af den italienske regering [13]. Det fremgår klart af de for Domstolen foreliggende sagsakter, at Kommissionens sag vedrører indkøb af civilt udstyr indkøbt med henblik på opfyldelse af visse italienske statskorps' behov, hvoraf nogle er af militær karakter og nogle af civil karakter. En sammenligning af den begrundede udtalelse og den foreliggende påstand, der er udformet næsten enslydende, viser faktisk, at de begge

11 — Jf. f.eks. dom af 23.10.1997, sag C-375/95, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 5981, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis.

12 — Jf. senest dom af 26.4.2007, sag C-195/04, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 3351, præmis 18 og den deri nævnte retspraksis. Jf. også dom af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 25-27 og den deri nævnte retspraksis.

13 — Kommissionen har ret i sin påpegning i sit svar af, at Italien selv i sit forsvar har anført, at Carabinieri, Guardia di Finanza og Guardia Costiera er statslige korps af militær karakter. De andre korps er imidlertid civile.

er baseret på samme indvendinger. Under disse omstændigheder kan det af Italien anførte om, at der ikke er overensstemmelse mellem klagepunktet rejst under den forudgående administrative procedure og den foreliggende påstand nedlagt for Domstolen, ikke tiltrædes.

31. For det andet, for så vidt angår den italienske regerings indsigelse om, at Kommissionen har gjort vage og upræcise faktiske oplysninger gældende, er det min opfattelse, at det under den forudgående administrative procedure i den foreliggende sag klart fremgik, hvorfor Kommissionen fandt, at Den Italienske Republik havde tilsidesat sine forpligtelser i direktiverne om offentlige indkøb. I punkt 14 i den begrundede udtalelse og punkt 25 i åbningsskrivelsen fremførte Kommissionen utvetydigt, at den ikke havde været i stand til at skaffe sig oplysninger til bekræftelse af, at den italienske regering havde fulgt fremgangsmåderne for indgåelse af offentlige aftaler på fællesskabsplan i forbindelse med helikopterindkøbet i overensstemmelse med direktiv 93/36, og, tidligere, direktiv 77/62, 80/767 og 88/295/EF. Påstandene var således tilstrækkeligt klare til, at Italien kunne forsvare sig.

32. Endelig finder jeg, at ne bis in idem-princippet ikke er tilsidesat i forbindelse med den foreliggende retssag. Efter min opfattelse var genstanden for sagen Kommissionen mod Italien en specifik national bekendtgørelse (nemlig bekendtgørelse nr. 3231), der tillod underhåndsaftaler under fravigelse af Fællesskabets direktiver om indgåelse af offentlige indkøbs- og tjenesteydelsesaftaler. Dette søgsmål blev ikke realitetsbehandlet under henvisning til bekendtgørelsens midlertidige gyldighed. Der er ikke nedlagt påstand om en fornyet behandling af bekendtgørelse nr. 3231 i denne sag. Dens genstand er derimod den påståede praksis om direkte tildeling af kontrakter til Agusta vedrørende indkøb af helikoptere uden for enhver udbudsprocedure på fællesskabsplan.

33. Som det fremgår af det foregående, må den italienske regerings indsigelse mod realitetsbehandling forkastes.

C — *Realiteten*

1. »In-house«-karakteren af forholdet til Agusta

34. For at afklare, om Italien faktisk tilsidesatte direktiverne om offentlige indkøb, vil jeg først behandle den italienske regerings påstand om, at den frem til udgangen af 1990'erne havde et »in-house«-forhold til Agusta.

a) Parternes hovedargumenter

35. Italien har anført, at forholdet til Agusta var ganske internt og redegør i sit forsvar for udviklingen af offentlig deltagelse i Agusta. Selv om Italien medgiver, at statens direkte indgåelse af kontrakter med et firma, hvori staten havde kapital på det pågældende tidspunkt, var vanskelig at forlige med retspraksis for »in-house«-transaktioner, gør medlemsstaten gældende, at Agustas forhold til den italienske stat mere havde karakter af, hvad Italien kalder »selvproduktion af varer og ydelser« — benyttet af staten, og som udgjorde en grundlæggende del af produktionen for virksomheder med statslig deltagelse.

36. Ifølge Kommissionen har de italienske myndigheder ikke godtgjort, at kriterierne indført af Domstolen i Teckal-dommen var opfyldt i den foreliggende sag [14], da Italien har begrænset sig til at fremlægge vage og upræcise oplysninger.

14 — Dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Sml. I, s. 8121.

b) Bedømmelse

37. Som Kommissionen rigtigt har fremført, er det vigtigt at holde sig for øje, at udbud i henhold til direktiverne om offentlige indkøb ifølge Domstolens praksis ikke er obligatorisk, selv når aftaleparten er en enhed, der retligt er selvstændig i forhold til den ordregivende myndighed, når to kumulative krav er opfyldt. For det første skal den offentlige myndighed, der er en ordregivende myndighed, udøve en kontrol med den selvstændige enhed, der svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, og for det andet skal denne enhed udføre hovedparten af sin virksomhed sammen med den lokale myndighed eller myndighederne, der kontrollerer den [15].

38. Det påhvilede Italien ikke kun at påberåbe sig eksistensen af et sådant forhold mellem de ordregivende myndigheder og Agusta, men også at fremlægge beviser, der ville sætte Domstolen i stand til utvetydigt at konstatere, at de to ovennævnte betingelser var opfyldt. Det fremgår imidlertid af de for Domstolen foreliggende sagsakter, at Italiens påstande i den henseende er ret ufyldestgørende og ikke understøttet af relevante dokumenter. Den italienske regering har derfor i sagen ikke påvist, at de to betingelser er opfyldt.

15 — Jf. Teckal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 50, og senest dom af 19.4.2007, sag C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) mod Transformación Agraria SA (Tragsa) og Administración del Estado, Sml. I, s. 2999, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis.

39. Dertil kommer, at Domstolen for nylig fastslog, at den omstændighed, at en privat virksomhed ejer en andel af kapitalen i et selskab, som den pågældende ordregivende myndighed også ejer en andel af, under alle omstændigheder udelukker, at den ordregivende myndighed kan udøve en kontrol over dette selskab, som svarer til den kontrol, den fører med sine egne tjenestegrene, også selv om den private virksomheds andel kun er en minoritetsandel [16].

40. I lyset af de omstændigheder, som Kommissionen har fremhævet, om, at Agusta i 1970'erne og 1990'erne på intet tidspunkt var fuldt ud ejet af den italienske stat, er dette derfor i sig selv tilstrækkeligt til at udelukke et »in-house«-forhold til Agusta [17]. Endvidere må »in-house«-forholdet til den italienske stat også udelukkes for så vidt angår perioden efter 2000, hvor der blev etableret et joint-venture, »Agusta Westland«, med det britiske firma Westland.

41. Jeg vil således nu vurdere, om direktiverne om offentlige indkøb er tilsidesat.

16 — Jf. dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle, Sml. I, s. 1, præmis 49 og 50.

17 — Italiens anbringende om, at Stadt Halle-dommen ikke er relevant, da dommen blev afsagt efter tidspunktet for de faktiske omstændigheder i foreliggende sag, er efter min opfattelse ikke træffende, da denne dom blot fortolkede retten, som den burde have været fortolket ab initio.

2. Eksistensen af den påtalte praksis

a) Parternes hovedargumenter

42. På baggrund af, at de omhandlede offentlige indkøb opfylder betingelserne i direktiv 93/36, idet de høje priser på helikoptere indebærer, at kontrakternes værdi altid overskred tærskelværdien på 130 000 særlige trækningsrettigheder (SDR) [18], har Kommissionen fastholdt, at de burde have været genstand for et offentlig eller et begrænset udbud i overensstemmelse med direktivets artikel 6, men ikke for et udbud efter forhandling. Kommissionen gør derfor gældende, at der er påvist en tilsidesættelse af fællesskabsretten. Da de italienske myndigheder udtrykkeligt har erkendt at have indkøbt Agusta-helikopterne uden for enhver udbudsprocedure på fællesskabsplan før 2000, hævder Kommissionen, at praksissen med direkte kontraktindgåelse med Agusta er fortsat efter 2000, hvilket bekræftes af kontrakterne vedlagt Kommissionens sagsanlæg.

43. For så vidt angår indkøbene foretaget før 2000 anfører Italien i det væsentlige, at der er tale om ganske interne indkøb, mens der med hensyn til de nyere indkøb er indgået

18 — Som det fremgår af artikel 5, stk. 1, litra a), nr. ii). Beløbet angivet i SDR svarer til ca. 162 000 EUR for 2002 og 2003.

direkte kontrakter under henvisning til den internationale sikkerhedssituation efter 11. september 2001. Civile helikoptere skal derfor sidestilles med militære helikoptere. Indkøbene var derfor undtaget fra fællesskabsretten efter artikel 296 EF.

b) Bedømmelse

44. Kommissionen har gjort gældende, at den omhandlede praksis var »generel« og »systematisk«, og at den tilsidesætter direktiv 93/36 og direktiv 77/62 samt andre direktiver, der har været gældende i mellemtiden. Det fremgår heraf, at praksissen med at indgå kontrakter om indkøb af helikoptere direkte med Agusta meget vel kan have pågået i mere end 30 år.

45. Den italienske regering bestrider ikke den ovennævnte praksis. I bilagene til sit forsvar bekræfter Italien faktisk Kommissionens påstand på dette punkt. Følgelig har Italien rent faktisk anvendt udbud efter forhandling uden iværksættelse af en udbudsprocedure på fællesskabsplan. Det er derfor nødvendigt at vurdere, om Italien lovligt kunne fravige direktivet.

46. I 12. betragtning til direktiv 93/36 anføres klart, at fremgangsmåden med udbud efter forhandling bør betragtes som en undtagelse, og den bør derfor kun anvendes i et begrænset antal tilfælde. Med henblik herpå angives i direktivets artikel 6, stk. 2 og 3, udtømmende og udtrykkeligt de tilfælde, hvor aftaler om offentlige indkøb kan indgås ved udbud efter forhandling uden forudgående bekendtgørelse [19].

47. Der bør også erindres om, at undtagelser fra reglerne, som skal sikre, at de traktatfæstede rettigheder i forbindelse med offentlige bygge- og anlægsaftaler bliver virksomme, må fortolkes indskrænkende [20]. For ikke at fratage direktiv 93/36 den effektive virkning, kan medlemsstaterne derfor ikke bestemme, at fremgangsmåden med udbud efter forhandling kan finde anvendelse i andre tilfælde end dem, som er fastsat i nævnte direktiv, eller opstille nye betingelser i de tilfælde, som udtrykkeligt er nævnt i direktivet, med den virkning, at adgangen til at anvende den nævnte fremgangsmåde bliver udvidet [21]. Hertil kommer, at bevisbyrden for,

19 — Jf. Teckal-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 43, hvoraf fremgår, »[…] at de eneste lovlige undtagelser fra anvendelsesområdet for direktiv 93/36 er dem, der udtømmende og udtrykkeligt er opregnet i direktivet (jf. for så vidt angår direktiv 77/62 dom af 17.11.1993, sag C-71/92, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5923, præmis 10)«. For så vidt angår henvisninger til direktiv 93/37/EØF, se dom af 17.9.1998, sag C-323/96, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 5063, præmis 34.

20 — Jf. dom af 10.3.1987, sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1039, præmis 14.

21 — Jf. dom af 13.1.2005, sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 139, præmis 48, 58 og den dispositive del samt den deri nævnte retspraksis.

at de særlige omstændigheder, som berettiger undtagelsen, faktisk foreligger, påhviler den, der vil påberåbe sig dem [22].

48. Det er derfor nødvendigt at undersøge, om Italien opfylder betingelserne, der gælder for de påberåbte undtagelser, som udtrykkeligt er fastlagt i traktaten og/eller direktivet.

3. Det legitime hensyn til nationale interesser

a) Parternes hovedargumenter

49. Italien har gjort gældende, at indkøbet af de omhandlede helikoptere opfylder det legitime hensyn til nationale interesser, som omhandles i artikel 296 EF og direktivets artikel 2, stk. 1, litra b). Italien anfører, at disse bestemmelser finder anvendelse, fordi de omhandlede helikoptere er »varer med dobbelt anvendelse«, dvs. varer, der kan anvendes både til civile og militære formål.

50. Italien henviser først til, at artikel 296 EF omfatter alle indkøb til den italienske stats militære korps. For så vidt angår de andre korps har Italien fremhævet, at siden 2001 har indkøb til disse korps i stigende grad været omfattet af et særligt område vedrørende statens sikkerhedsinteresser (eller »hjemmeforsvar«) og underkastet en ordning i retning af sidestillelse med indkøb af militært udstyr [23]. Italien finder, at Domstolen i dommen i Leifer-sagen [24], der angik undtagelse fra artikel 28 EF om varer med dobbelt anvendelse, udtrykkeligt anerkendte, at medlemsstaterne råder over et vist skøn ved vedtagelsen af foranstaltninger, som anses for nødvendige for at garantere en medlemsstats offentlige sikkerhed, både internt og eksternt.

51. I den forbindelse har Italien henvist til Retten i Første Instans' dom i Fiocchi Munizioni-sagen [25], hvoraf det hedder, at ordningen i artikel 296, stk. 1, litra b), EF har til formål at opretholde medlemsstaternes handlefrihed på visse områder, der vedrører forsvar og national sikkerhed. Medlemsstaterne har i medfør af artikel 296, stk. 1, litra

22 — Dom af 10.3.1987, sag 199/85, Kommissionen mod Italien, nævnt ovenfor i fodnote 20, præmis 14. Seneste dom for så vidt angår direktiv 93/38/ØF er dom af 2.6.2005, sag C-394/02, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4713, præmis 33.

23 — Italien hævder, at den omstændighed, at den militære eller paramilitære anvendelse af de omhandlede helikoptere alene er en mulighed, ikke sår tvivl om deres »ikke civile« karakter, da behovet for at sikre helikopternes anvendelighed til militære formål kræver foranstaltninger på ordreafgivelses- og indkøbsstadiet, især af fortrolighedshensyn.

24 — Dom af 17.10.1995, sag C-83/94, Sml. I, s. 3231, præmis 35.

25 — Dom af 30.9.2003, sag T-26/01, Sml. II, s. 3951, præmis 58.

b), EF en særlig vid skønsbeføjelse ved vurderingen af de behov, der gør sig gældende ved en sådan beskyttelse.

52. For det andet fastholder Italien, at idet de omhandlede helikoptere både kan blive inddraget i kampen mod terror og i missioner for at beskytte den offentlige orden, finder undtagelsen i direktivets artikel 2, stk. 1, litra b), anvendelse. Italien påberåber sig endvidere fortrolighedshensyn med hensyn til indkøbene af helikopterne.

53. Kommissionen anfører, at Italien i den foreliggende sag ikke har bevist eksistensen af hensyn, der retfærdiggjorde anvendelsen af artikel 30 EF og argumentet om »varer med dobbelt anvendelse«. Endvidere har Kommissionen med hensyn til direktivets artikel 2, stk. 1, litra b), og argumentet om, at afsløringen af bestemte forhold omkring det omhandlede indkøb ville være i strid med Italiens væsentlige sikkerhedsinteresser, hævdet, at Italien ikke nærmere har redegjort for, hvori disse »forhold« består. Med hensyn til artikel 296 EF drejer det sig her ikke om »handel med våben, ammunition og krigsmateriel«, men nærmere om indkøb af helikoptere hovedsagelig med henblik på civilt brug. Italien har ikke påvist, at der i den foreliggende sag var tale om en situation, hvor indkøbene var nødvendige for at beskytte Italiens væsentlige interesser, herunder sikkerhedsinteresser, som er en ufravigelig betingelse efter artikel 296 EF. Kommissionen anfører, at det alene ligger fast, at helikopterne skal anvendes til civile formål, mens deres anvendelse til militære formål alene er en potentiel og usikker mulighed. Artikel 296 EF finder derfor ikke anvendelse. Uanset om de omhandlede varer hypotetisk set skulle være af militær karakter, ville artikel 296 ikke tillade en automatisk undtagelse under omstændighederne i den foreliggende sag, således om Italien har gjort. At fjerne en hel industrisektor fra konkurrenceprocedurernes anvendelsesområde med det formål at beskytte national sikkerhed er hverken forholdsmæssigt eller nødvendigt.

b) Bedømmelse

54. Domstolen har fastslået, at traktatens undtagelsesbestemmelser vedrørende situationer, hvor den offentlige sikkerhed er truet, alene findes i artikel 30 EF, 39 EF, 46 EF, 58 EF, 64 EF, 296 EF og 297 EF, der angår usædvanlige, klart afgrænsede tilfælde. Det kan ikke udledes af disse bestemmelser, at traktaten indeholder et almindeligt forbehold om udelukkelse af samtlige foranstaltninger, der træffes af hensyn til den offentlige sikkerhed, fra fællesskabsrettens anvendelsesområde. Såfremt der antoges at gælde et sådant almindeligt forbehold, uafhængigt af de nærmere betingelser i traktatens bestemmelser, ville fællesskabsrettens bindende

karakter og ensartede anvendelse kunne undergraves [26]. Den offentlige sikkerhed kan således kun påberåbes, når der foreligger en virkelig og tilstrækkelig alvorlig trussel mod et grundlæggende samfundshensyn. Begrundelserne må heller ikke drejes bort fra deres egentlige funktion for at tjene rent økonomiske formål [27].

55. Domstolen har også fastslået, at det påhviler den medlemsstat, som ønsker at påberåbe sig disse undtagelser, at fremlægge bevis for, at sådanne undtagelser ikke overskrider grænserne for de nævnte tilfælde, og at de er nødvendige for at beskytte dets væsentlige sikkerhedsinteresser [28].

56. Italien støtter især sit forsvar på artikel 296 EF. Formålet med artikel 296 EF er såvel at koordinere som at afbalancere forhold og spændinger mellem beskyttelsen af konkurrencen på det fælles marked og beskyttelsen af medlemsstaternes væsentlige sikkerhedsinteresser, som vedrører medlemsstaternes fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel, således at medlemsstaterne vil kunne fravige fællesskabsretten, men alene under de anførte strenge betingelser.

57. Som undtagelse må artiklen fortolkes strengt.

58. Denne undtagelse, ligesom f.eks. undtagelsen i artikel 30 EF, kan følgelig ikke anses for en automatisk og/eller blanco-undtagelse, som medlemsstater kan påberåbe sig uanset de nærmere omstændigheder i en given situation. Artikel 296 EF bør derfor anvendes af medlemsstaterne efter en konkret og individuel vurdering, og i en sag som den foreliggende skal hver enkelt indkøbskontrakt vurderes individuelt. De foranstaltninger, som en medlemsstat træffer i henhold til artikel 296 EF, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel, skal være *nødvendige* for at beskytte dens væsentlige sikkerhedsinteresser. Anvendelsen af artikel 296 EF forudsætter tillige, at »disse foranstaltninger [ikke] må […] forringe konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som

26 — Dom af 11.3.2003, sag C-186/01, Dory mod Bundesrepublik Deutschland, Sml. I, s. 2479, præmis 31, af 15.5.1986, sag 222/84, Johnston, Sml. s. 1651, præmis 26, af 26.10.1999, sag C-273/97, Sirdar, Sml. I, s. 7403, præmis 16, og af 11.1.2000, sag 285/98, Kreil, Sml. I, s. 69, præmis 16.

27 — Dom af 14.3.2000, sag C-54/99, Association Eglise de scientologie de Paris og Scientology International Reserves Trust mod Premier ministre, Sml. I, s. 1335, præmis 17 og den deri nævnte retspraksis.

28 — Dom af 16.9.1999, sag C-414/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5585, præmis 22, og af 4.10.1991, sag C-367/89, Richardt og »Les Accessoires Scientifiques«, Sml. I, s. 4621, præmis 20 og 21 og den deri nævnte retspraksis.

ikke er bestemt *specielt* til militære formål.« Artikel 296 EF finder endvidere alene anvendelse på varer, der er opregnet i listen tilhørende en rådsbeslutning af 15. april 1958 [29].

59. Det er min opfattelse, at når anvendelsen af artikel 296 EF forringer konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet, skal den omhandlede medlemsstat bevise, at varerne er bestemt specielt til militære formål [30]. Efter min opfattelse udelukker dette i sig selv allerede varer med dobbelt anvendelse [31].

60. Karakteren af varerne på 1958-listen og den udtrykkelige henvisning i artikel 296 EF til »specielt til militære formål« bekræfter, at alene handel med udstyr, der er konstrueret, udviklet og produceret specielt til militære formål, kan undtages fra Fællesskabets konkurrenceregler med henvisning til artikel 296, stk. 1, litra b), EF [32]. Kravet om, at varerne skal være bestemt specielt til militære formål, indebærer f.eks., at indkøb af helikoptere til *militære korps*, der skal bruges til *civile formål*, skal opfylde kravene i reglerne om offentlige indkøb. Så meget mere må helikoptere, der leveres til visse af en medlemsstats *civile styrelser*, og som alene hypotetisk vil blive anvendt, som hævdet af Italien, også til militære formål, uundgåeligt skulle opfylde kravene i disse regler.

61. I den foreliggende sag har Italien på intet tidspunkt hævdet, at de omhandlede helikoptere blev indkøbt specielt til militære formål. Derimod gør den italienske regering i det væsentlige gældende, at de omhandlede helikoptere *også* hypotetisk kan anvendes til militære formål, men de anvendes imidlertid samtidigt til civile formål. Det fremgår således af de for Domstolen foreliggende sagsakter, at de omhandlede helikoptere ikke var bestemt til specielt militære formål. Italien kan følgelig ikke støtte sit forsvar på artikel 296, stk. 1, litra b), EF.

62. Italien har ikke søgt at påvise, at betænkelighederne med hensyn til fortrolighed ikke kunne have været løst efter procedurerne fastlagt i direktivet, navnlig det begrænsede udbud, der er nævnt i direktivets artikel 1, litra e). Tværtimod har Italien fjernet en betragtelig del af indkøbene af helikoptere til centrale dele af den italienske statsadministration fra anvendelsesområdet for reglerne om offentlige indkøb ved systematisk at

29 — Rådet har den 15.4.1958 vedtaget en liste over varer, som denne artikel finder anvendelse på. Selve listen har aldrig været offentliggjort eller ændret, men den er ikke beskyttet af copyright. Skriftlig forespørgsel E-1324/01 af Bart Staes (Verts/ALE) til Rådet: EF-traktatens artikel 296, stk. 1, litra b), E FT C 364 E af 20.12.2001, s. 85.

30 — I dommen i sagen Kommissionen mod Spanien, nævnt ovenfor i fodnote 28, udtalte Domstolen i præmis 22, »[at det] påhviler […] den medlemsstat, som ønsker at påberåbe sig disse undtagelser [dvs. bl.a. artikel 30 EF og artikel 296 EF], at fremlægge bevis for, at sådanne [fritagelser] ikke overskrider grænserne for de nævnte tilfælde.«

31 — *Modsat* skal jeg imidlertid bemærke, at varerne, der fremgår af listen, og som ikke udelukkende er tiltænkt et militært formål, er omfattet af reglerne om offentlige indkøb.

32 — Jf. dommen i Fiocchi Munizioni-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 25, præmis 59 og 61.

kontrahere direkte med Agusta. Denne praksis er åbenbart uforholdsmæssig i forhold til de udtrykte betænkeligheder angående beskyttelse af fortrolighed [33].

63. Med hensyn til direktivets artikel 2, stk. 1, litra b), svækker den omstændighed, at de omhandlede helikoptere er bestemt udelukkende eller hovedsageligt til civile formål, Italiens argument om nødvendigheden af at beskytte fortroligheden i forbindelse med indkøbene af helikopterne i den foreliggende sag, og derfor finder undtagelsen ifølge bestemmelsen ikke anvendelse på de indkøb af helikoptere, der er genstand for nærværende retssag.

4. Om flådens homogenitet/interoperabilitet

a) Parternes hovedargumenter

64. Italien har gjort gældende, at på baggrund af helikopteres tekniske særkende og det forhold, at der ved de omhandlede indkøb var tale om supplerende leveringer, var den italienske regering berettiget til at kontrahere ved udbud efter forhandling, jf. artikel 6, stk. 3, litra c) og e), i direktiv 93/36.

65. Kommissionen gør gældende, at de to ovennævnte undtagelser ikke er relevante i den foreliggende sag. For så vidt angår supplerende leveringer har Kommissionen yderligere gjort gældende, at den generelle treårsregel, der fremgår af direktivets artikel 6, stk. 3, litra e), fandt anvendelse, og at de supplerende leveringer, idet de forudgående leveringer havde været ulovlige, under alle omstændigheder pr. definition også var ulovlige.

b) Bedømmelse

66. Det er tilstrækkeligt at anføre, at Italien har undladt at forklare og bevise i fornødent omfang, hvad der førte til dets antagelse af, at alene Agustas helikoptere besad de nødvendige karakteristika, der berettigede til at foretage indkøbene i henhold til direktivets artikel 6, stk. 3, litra c) og e). Endvidere deler jeg Kommissionens synspunkt om, at det forhold, at Italien hævder, at andre helikopter-

33 — Jeg er enig med Kommissionen i, at det i den forbindelse er relevant at inddrage Generaladvokat Légers forslag til afgørelse i sag C-349/97, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 3851, punkt 249-257, hvori han konkluderede, at fortrolighedshensyn ikke kunne påberåbes til støtte for at undtage en offentlig aftale fra konkurrence. I den sag fandt direktiv 77/62 anvendelse, som blev erstattet af direktiv 93/36.

producerende medlemsstater følger samme procedure, ikke er relevant for nærværende retssag.

67. På baggrund af de foregående overvejelser foreslår jeg følgelig, at Domstolen erklærer, at Italien har tilsidesat sine forpligtelser i henhold direktiv 93/36 og, tidligere, direktiv 77/62/EØF, 80/767/EØF og 88/295/EØF.

IV — Sagens omkostninger

68. I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, bør Italien som tabende part tilpligtes at betale sagens omkostninger.

V — Forslag til afgørelse

69. På baggrund af de foregående overvejelser forslår jeg Domstolen at

1) fastslå, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/36/EØF om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb og, tidligere, direktiv 77/62/EØF, 80/767/EØF og 88/295/EØF, da den italienske regering og i særdeleshed indenrigsministeriet, forsvarsministeriet, økonomi- og finansministeriet, land- og skovbrugsministeriet, ministeriet for infrastruktur og transport samt civilforsvarsstyrelsen under formandskabet i ministerrådet for at

opfylde behovene hos de militære enheder i brandvæsenet, hos Carabinieri, hos statens skovvagt, hos kystvagten, hos told- og afgiftspolitiet, statspolitiet samt civilforsvarsstyrelsen har indført en praksis, der har eksisteret længe, og som stadig følges, om direkte tildeling til selskabet »Agusta« vedrørende indkøb af helikoptere af typen »Agusta« og »Agusta Bell« uden for enhver udbudsprocedure og især uden at overholde de fremgangsmåder, der er fastsat i de nævnte direktiver, og

2) pålægge Den Italienske Republik at betale sagens omkostninger.