DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

8. april 2008 *

I sag C-337/05,

angående et traktatbrudssøgsmål i henhold til artikel 226 EF, anlagt den 15. september 2005,

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved D. Recchia og X. Lewis, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøger,

mod

Den Italienske Republik ved I.M. Braguglia, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato G. Fiengo, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

har

* Processprog: italiensk.

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, A. Rosas, K. Lenaerts og G. Arestis samt dommerne K. Schiemann, J. Makarczyk (refererende dommer), P. Kūris, E. Juhász, E. Levits og A. Ó Caoimh,

generaladvokat: J. Mazák,
justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 17. april 2007,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 10. juli 2007,

afsagt følgende

Dom

1 I stævningen har Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber nedlagt påstand om, at det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT L 199, s. 1), som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets

direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997 (EFT L 328, s. 1, herefter »direktiv 93/36«), og tidligere Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb (EFT 1977 L 13, s. 1), som ændret og suppleret ved Rådets direktiv 80/767/EØF af 22. juli 1980 (EFT L 215, s. 1) og Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988 (EFT L 127, s. 1, herefter »direktiv 77/62«), idet den har iværksat en praksis, der har eksisteret og været opretholdt længe, hvorefter Agusta SpA (herefter »Agusta«) direkte tildeles aftaler vedrørende indkøb af helikoptere af mærkerne Agusta og Agusta Bell til dækning af behovene hos flere af den italienske stats militære og civile korps uden en udbudsprocedure og navnlig uden at følge de procedurer, der er fastsat i disse direktiver.

Retsforskrifter

2 Kommissionen har anlagt sag med påstand om, at det fastslås, at der foreligger et traktatbrud i henhold til direktiv 93/36 og, for så vidt angår perioden inden dettes ikrafttrædelse, i henhold til direktiv 77/62. Som følge af ligheden mellem disse direktivers bestemmelser og af hensyn til klarheden vil der udelukkende blive henvist til direktiv 93/36.

3 12. betragtning til direktiv 93/36 er affattet således:

»[F]remgangsmåden med udbud efter forhandling bør betragtes som en undtagelse, og den bør derfor kun anvendes i et begrænset antal tilfælde.«

4 I artikel 1 i direktiv 93/36 bestemmes det, at der dette i direktiv forstås ved:

»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.

b) »ordregivende myndigheder«, staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en/et eller flere af disse lokale myndigheder eller offentligretlige organer

[…]

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 direktivets artikel 2, stk. 1, finder dette ikke anvendelse på:

»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 Direktivets artikel 3 bestemmer:

»Med 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 Artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 93/36 har følgende ordlyd:

»a) Afsnit II, III og IV samt artikel 6 og 7 finder anvendelse på offentlige indkøbsaftaler:

i) der indgås af ordregivende myndigheder som omhandlet i artikel 1, litra b), herunder indkøbsaftaler, der af de i bilag I nævnte ordregivende myndigheder

indgås på forsvarsområdet vedrørende varer, der ikke er omfattet af bilag II, såfremt den anslåede værdi eksklusive moms mindst andrager modværdien i [euro] af 200 000 særlige trækningsrettigheder (SDR)

ii) der indgås af de i bilag I opførte ordregivende myndigheder, såfremt den anslåede værdi eksklusive moms mindst andrager modværdien i [euro] af 130 000 SDR; for så vidt angår ordregivende myndigheder på forsvarsområdet gælder dette kun for aftaler vedrørende varer, der er omfattet af bilag II.«

8 Direktivets artikel 6, stk. 1-3, bestemmer:

»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.

2. De ordregivende myndigheder kan indgå indkøbsaftaler ved udbud efter forhandling, når der i forbindelse med et offentlig eller et begrænset udbud afgives bud, der ikke er forskriftsmæssige, eller når der afgives bud, der er uantagelige i henhold til nationale bestemmelser, der er i overensstemmelse med afsnit IV, forudsat at de oprindelige udbudsbetingelser ikke ændres væsentligt. De ordregivende myndigheder skal i så fald offentliggøre en udbudsbekendtgørelse, medmindre de i udbuddet efter forhandling medtager alle de virksomheder, som opfylder betingelserne i artikel 20 til 24, og som under det forudgående offentlige eller begrænsede udbud har afgivet bud, der opfylder udbudsprocedurens formelle krav.

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.«

9 Artikel 33 i direktiv 93/36 er affattet som følger:

»Direktiv 77/62/EØF […] ophæves, dog uden at dette berører medlemsstaternes forpligtelser med hensyn til de i bilag V anførte gennemførelses- og anvendelsesfrister.

Henvisninger til det ophævede direktiv gælder som henvisninger til nærværende direktiv og læses i henhold til den i bilag VI anførte sammenligningstabel.«

Den administrative procedure

10 Da Kommissionen ikke havde fået kendskab til oplysninger om, at der blev afholdt et udbud på fællesskabsretligt plan for leveringen af helikoptere, der skulle dække behovene hos flere af den italienske stats korps, antog den, at disse helikoptere af mærkerne Agusta og Agusta Bell blev indkøbt direkte, uden en udbudsprocedure på fællesskabsretligt plan, hvilket var i strid med bestemmelserne i direktiv 77/62 og 93/36. Derfor sendte Kommissionen den 17. oktober 2003 en åbningsskrivelse til den Italienske Republik, hvori denne blev anmodet om at fremsætte sine bemærkninger inden for 21 dage regnet fra modtagelsen af denne skrivelse.

11 De italienske myndigheder besvarede denne skrivelse ved telefax af 9. december 2003.

12 Kommissionen fandt ikke, at de italienske myndigheder havde fremlagt tilstrækkelige argumenter til at tilbagevise de bemærkninger, der var fremsat i åbningsskrivelsen, og uden yderligere oplysninger fra myndighedernes side, og sendte den 5. februar 2004 Den Italienske Republik en begrundet udtalelse, hvori den opfordrede den til at efterkomme udtalelsen inden to måneder regnet fra dens meddelelse.

13 De italienske myndigheder besvarede den begrundede udtalelse ved tre skrivelser af 5. april, 13. og 27. maj 2004.

14 Kommissionen anså de argumenter, som Den Italienske Republik havde fremført som svar på den begrundede udtalelse, for utilstrækkelige og fastslog, at Italien ikke havde truffet foranstaltninger med henblik på at bringe den påtalte praksis med tildeling af offentlige indkøbsaftaler til ophør, hvorfor Kommissionen anlagde den foreliggende sag.

Søgsmålet

Formaliteten

Parternes argumenter

15 Den Italienske Republik har gjort gældende, at sagen må afvises, eftersom Kommissionen som led i den administrative procedure ikke har anfægtet de militære indkøbsaftaler. Den har kun været tale om de civile indkøbsaftaler. Som følge heraf er der ikke overensstemmelse mellem de klagepunkter, der er fremsat under den administrative procedure, og de punkter, der er fremsat i nærværende søgsmål.

16 Den Italienske Republik har ligeledes anført, at den del af søgsmålet, der vedrører indkøbsaftaler indgået til dækning af behovene hos Corpo forestale dello Stato (den italienske skov- og naturstyrelse), må afvises. Princippet om ne bis in idem vil nemlig

blive tilsidesat, idet Domstolen allerede har behandlet og påkendt traktatbruddet vedrørende denne type aftaler i sin dom af 27. oktober 2005 i sagen Kommissionen mod Italien (sag C-525/03, Sml. I, s. 9405).

17 I duplikken har Den Italienske Republik endvidere gjort gældende, at søgsmålet ikke opfylder kravene om sammenhæng og præcision, der følger af retspraksis, eftersom de faktiske oplysninger, som Kommissionen har anført i såvel åbningsskrivelsen som i den begrundede udtalelse, er vage og upræcise, hvorved denne medlemsstats ret til forsvar er blevet skadet.

18 Kommissionen har bestridt, at den administrative fase aldrig har vedrørt levering af militært udstyr, men at den vedrørte levering af civilt udstyr, som navnlig skulle opfylde behovene hos visse af den italienske stats militære korps. Kommissionen har ligeledes understreget, at proceduren, der lå til grund for dommen i sagen Kommissionen mod Italien, vedrørte en anden sagsgenstand end den foreliggende sag.

Domstolens bemærkninger

19 Den administrative procedure har ifølge fast retspraksis til formål at give den berørte medlemsstat lejlighed til dels at opfylde sine fællesskabsretlige forpligtelser, dels virkningsfuldt at tage til genmæle over for Kommissionens klagepunkter (jf. bl.a. dom af 10.5.2001, sag C-152/98, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 3463, præmis 23, af 15.1.2002, sag C-439/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 305, præmis 10, og af 27.11.2003, sag C-185/00, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 14189, præmis 79).

20 En forskriftsmæssig administrativ procedure udgør således en med EF-traktaten tilsigtet væsentlig garanti, med henblik på at beskytte den pågældende medlemsstats rettigheder. Det er kun, når denne garanti har været iagttaget, at den kontradiktoriske procedure for Domstolen kan gøre det muligt for denne at afgøre, om medlemsstaten faktisk har undladt at opfylde de forpligtelser, som Kommissionen påstår er tilsidesat (jf. bl.a. dom af 5.6.2003, sag C-145/01, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 5581, præmis 17).

21 Det skal i betragtning af denne retspraksis undersøges, om Kommissionen sikrede, at Den Italienske Republiks ret til forsvar blev overholdt under den administrative procedure.

22 For det første skal det, hvad angår den påståede uoverensstemmelse mellem de klagepunkter, som er fremsat under den administrative procedure, og de to, der er fremsat for Domstolen, blot fastslås, at den begrundede udtalelse og stævningen, som er affattet næsten enslydende, er støttet på de samme klagepunkter. Som følge heraf kan Den Italienske Republiks argument om, at de klagepunkter, der er blevet rejst under den administrative procedure, ikke svarer til de klagepunkter, der er fremsat som led i denne sag, ikke tages til følge.

23 Det skal for det andet, hvad angår den påståede manglende klarhed og præcision ved fastsættelsen af de klagepunkter, der er blevet fremsat i forhold til Den Italienske Republik som led i den administrative procedure, bemærkes, at selv om den begrundede udtalelse i henhold til artikel 226 EF skal indeholde en sammenhængende og detaljeret redegørelse for grundene til, at den pågældende medlemsstats efter Kommissionens opfattelse har tilsidesat en af de forpligtelser, der påhviler den i medfør af traktaten, kan der ikke stilles samme strenge krav med hensyn til åbningsskrivelsen, som nødvendigvis kun kan være en kortfattet første sammenfatning af klagepunkterne (jf. bl.a. dom af 28.3.1985, sag 274/83, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1077, præmis 21, af 16.9.1997, sag C-279/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4743, præmis 15, og af 18.5.2006, sag C-221/04, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 4515, præmis 36).

24 I denne sag var Kommissionens påstande under den administrative procedure tilstrækkeligt klare til, at Den Italienske Republik kunne gøre sin modargumentation gældende, hvilket afviklingen af denne fase i proceduren viser.

25 Der skal for det tredje, hvad angår den påståede tilsidesættelse af princippet om ne bis in idem, henvises til, at sagens genstand i dommen af 27. oktober 2005 i sagen Kommissionen mod Italien var en anden, eftersom Kommissionens søgsmål i dette tilfælde vedrørte en bekendtgørelse udstedt af den italienske ministerpræsident, hvorved udbud efter forhandling i strid med fællesskabsdirektiverne om offentlige indkøbsaftaler blev tilladt. Dette søgsmål blev afvist, idet alle virkningerne af denne bekendtgørelse var blevet udtømt inden udløbet af den frist, der var fastsat i den begrundede udtalelse. Den foreliggende sag tilsigter på ingen måde en fornyet undersøgelse af ovennævnte bekendtgørelse, men vedrører den italienske stats faste praksis med direkte tildeling af kontrakter vedrørende indkøb af helikoptere af mærkerne Agusta og Agusta Bell, uden en udbudsprocedure på fællesskabsplan.

26 Følgelig kan Den Italienske Republiks afvisningspåstand ikke tages til følge.

Realiteten

Parternes argumenter

27 Kommissionen har til støtte for sit søgsmål gjort gældende, at den har konstateret, at der foreligger en almindelig praksis med direkte tildeling af kontrakter vedrørende indkøb af helikoptere af mærkerne Agusta og Agusta Bell for at dække behovene hos forskellige af den italienske stats militære og civile korps.

28 Kommissionen har henvist til flere aftaler, der er indgået mellem 2000 og 2003 med Corpo dei Vigili del Fuoco (brandvæsenet), Carabinieri (gendarmeriet), Corpo forestale dello Stato, Guardia Costiera (kystvagten), Guardia di Finanza (told- og afgiftspolitiet), Polizia di Stato (statspolitiet) samt afdelingen for civil beskyttelse af ministerpræsidenten. Hvad angår perioden før 2000 har de italienske myndigheder erkendt, at de har købt helikoptere af mærkerne Agusta og Agusta Bell uden at afholde nogen form for udbudsprocedure. Kommissionen har endelig fremhævet, at de pågældende statslige korps' flåder udelukkende består af helikoptere af de nævnte mærker, hvoraf ingen er indkøbt efter afholdelsen af en udbudsprocedure på fællesskabsplan.

29 Eftersom disse aftaler opfylder de i direktiv 93/36 fastsatte betingelser, har Kommissionen fundet, at aftalerne skulle have været gjort til genstand for et offentligt eller begrænset udbud i henhold til direktivets artikel 6, men ikke udbud efter forhandling.

30 Den Italienske Republik har først og fremmest gjort gældende, at leveringerne til den italienske stats militære korps var omfattet af artikel 296 EF samt artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36. Det er nemlig denne medlemsstats opfattelse, at disse bestemmelser finder anvendelse, fordi de pågældende helikoptere er formuegoder med dobbelt anvendelse, dvs. de kan anvendes til såvel civile som militære formål.

31 Den nævnte medlemsstat har endvidere gjort gældende, at den kunne have benyttet sig af udbud efter forhandling i henhold til artikel 6, stk. 3, litra c) og e), i direktiv 93/36 som følge af helikopternes tekniske karakter, og da de pågældende leveringer var supplerende.

32 Medlemsstaten har generelt understreget, at dens praksis ikke adskiller sig fra den, der er iværksat i de fleste af de medlemsstater, der fremstiller helikoptere.

33 Endelig har Den Italienske Republik gjort gældende, at den italienske stats forbindelse med Agusta indtil slutningen af halvfemserne skal anses for »in house«-forbindelser i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i dommen af 18. november 1999 i sagen Teckal (sag C-107/98, Sml. I, s. 8121).

Domstolens bemærkninger

34 Det skal straks fremhæves, at det er ubestridt mellem parterne, at de pågældende aftalers værdi overstiger den værdi, der er fastsat i artikel 5, stk. 1, litra a), i direktiv 93/36, hvorefter de er omfattet af dette direktivs anvendelsesområde.

35 Det skal ligeledes bemærkes, at de akter om helikopterindkøbet, der er bilagt Den Italienske Republiks svarskrift, bekræfter Kommissionens formodning, hvorefter indkøbet af de nævnte helikoptere ved udbud efter forhandling følger af en langvarig praksis.

— »In house«-forbindelsen mellem staten og Agusta

36 Det følger af Domstolens faste praksis, at offentligt udbud i overensstemmelse med direktiverne om indgåelse af offentlige aftaler ikke er obligatorisk, selv om

medkontrahenten er en i forhold til den ordregivende myndighed juridisk særskilt enhed, når to betingelser er opfyldt. Dels skal den offentlige myndighed, som er en ordregivende myndighed, udøve en kontrol med den pågældende særskilte enhed, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene, dels skal denne enhed udføre hovedparten af sin virksomhed med den eller de offentlige myndigheder, som den ejes af (jf. Teckal-dommen, præmis 50, samt dom af 11.1.2005, sag C-26/03, Stadt Halle og RPL Lochau, Sml. I, s. 1, præmis 49, af 13.1.2005, sag C-84/03, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 139, præmis 38, af 10.11.2005, sag C-29/04, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 9705, præmis 34, af 11.5.2006, sag C-340/04, Carbotermo og Consorzio Alisei, Sml. I, s. 4137, præmis 33, og af 19.4.2007, sag C-295/05, Asemfo, Sml. I, s. 2999, præmis 55).

37 Følgelig skal det prøves, om de to betingelser, der er opstillet i den i foregående præmis nævnte retspraksis, er opfyldt i forhold til Agusta.

38 Hvad angår den første betingelse om den offentlige myndigheds kontrol bemærkes, 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 (jf. dommen i sagen Stadt Halle og RPL Lochau, præmis 49).

39 Som det fremgår af den undersøgelse, der er bilagt svarskriftet, vedrørende den italienske stats ejerandel i EFIM (Ente Participazione e Finanziamento Industrie Manifatturiere), Finmeccanica og Agusta, blev sidstnævnte oprettet som et privatretligt selskab i 1974 og har fra starten været et halvoffentligt selskab, dvs. et selskab, hvis kapital udgøres af en aktieandel, der ejes af dels den pågældende stat, dels private aktionærer.

40 Eftersom Agusta er et selskab, der til dels er åbent for privat kapital og derfor opfylder det i denne doms præmis 38 nævnte kriterium, er det ligeledes udelukket, at den italienske stat kan udøve en kontrol over dette selskab, der svarer til den, som den fører med sine egne tjenestegrene.

41 Under disse omstændigheder, og uden at det er nødvendigt at undersøge, om Agusta udøver hovedparten af sin virksomhed sammen med den ordregivende offentlige myndighed, skal Den Italienske Republiks argument om, at der består en »in house«-forbindelse mellem dette selskab og den italienske stat, afvises.

— Legitime nationale hensyn

42 Indledningsvis bemærkes, at de foranstaltninger, medlemsstaterne vedtager som led i de legitime nationale hensyn, ikke som helhed er unddraget anvendelsen af fællesskabsretten, blot fordi de træffes af hensyn til den offentlige sikkerhed eller det nationale forsvar (jf. dom af 11.3.2003, sag C-186/01, Dory, Sml. I, s. 2479, præmis 30).

43 Som tidligere fastslået af Domstolen, findes traktatens undtagelsesbestemmelser vedrørende situationer, hvor den offentlige sikkerhed er truet, navnlig i artikel 30 EF, artikel 39 EF, artikel 46 EF, artikel 58 EF, artikel 64 EF, artikel 296 EF og artikel 297 EF, der angår usædvanlige, klart afgrænsede tilfælde. Disse bestemmelser

giver ikke hjemmel for at antage, at der efter traktaten gælder et almindeligt forbehold for samtlige foranstaltninger, der træffes af hensyn til den offentlige sikkerhed, og som udelukker disse 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 (jf. i denne retning dom 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 C-285/98, Kreil, Sml. I, s. 69, præmis 16, samt Dorydommen, præmis 31).

44 Det påhviler herved den medlemsstat, som ønsker at påberåbe sig disse undtagelser, at fremlægge bevis for, at sådanne undtagelser ikke overskrider grænserne for de nævnte tilfælde (jf. i denne retning dom af 16.9.1999, sag C-414/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5585, præmis 22).

45 I denne sag har Den Italienske Republik gjort gældende, at indkøbet af helikoptere af mærkerne Agusta og Agusta Bell opfylder det legitime hensyn til nationale interesser, som omhandles i artikel 296 EF og artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36, fordi disse helikoptere er varer med dobbelt anvendelse, dvs. de kan anvendes til såvel civile som militære formål.

46 For det første skal det understreges, at hver medlemsstat i henhold til artikel 296, stk. 1, litra b), EF kan træffe de foranstaltninger, som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel, forudsat at disse foranstaltninger ikke forringer konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.

47 Det fremgår af affattelsen af denne bestemmelse, at de pågældende varer skal være bestemt specielt til militære formål. Heraf følger, at indkøb af udstyr, hvis anvendelse til militære formål er usikker, nødvendigvis skal overholde reglerne for indgåelse af offentlige aftaler. Indkøbet af helikoptere til militære korps med henblik på civil anvendelse skal overholde de samme regler.

48 Det står imidlertid fast, at de pågældende helikoptere har et sikkert civilt formål og eventuelt et militært formål, hvilket Den Italienske Republik har anerkendt.

49 Som følge heraf kan Den Italienske Republik ikke med føje påberåbe sig artikel 296, stk. 1, litra b), EF, som der henvises til i artikel 3 i direktiv 93/36, for at begrunde anvendelsen af udbud efter forhandling ved indkøb af de nævnte helikoptere.

50 For det andet har nævnte medlemsstat for at begrunde, at der blev indgået aftaler med Agusta ved udbud efter forhandling, påberåbt sig, at de data, der blev udleveret for at iværksætte produktionen af helikopterne fremstillet af dette selskab, var fortrolige. Den Italienske Republik har i den forbindelse påberåbt sig artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 93/36.

51 Det skal imidlertid fastslås, at Den Italienske Republik ikke har anført årsagerne til, at den fortrolige karakter af de data, der er udleveret til brug for Agustas produktion af helikopterne, er dårligere sikret, hvis denne produktion overlades til andre selskaber i Italien eller i andre medlemsstater.

52 Nødvendigheden af at fastsætte en fortrolighedsforpligtelse er i den forbindelse på ingen måde til hinder for, at der gennemføres en udbudsprocedure for en kontrakt.

53 Følgelig forekommer det i forhold til formålet med at hindre spredning af følsomme oplysninger om produktionen af helikopterne uforholdsmæssigt at henvise til artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36 for at begrunde, at indkøbet af disse er sket ved udbud efter forhandling. Den Italienske Republik har nemlig ikke godtgjort, at et sådant formål ikke kunne forfølges inden for rammerne af en udbudsprocedure i henhold til direktivet.

54 Som følge heraf kan Den Italienske Republik ikke med føje påberåbe sig artikel 2, stk. 1, litra b), i direktiv 93/36 for at begrunde anvendelsen af udbud efter forhandling ved indkøb af de nævnte helikoptere.

— Kravene om helikopterflådens ensartethed

55 Den Italienske Republik har for at begrunde anvendelsen af udbud efter forhandling ligeledes påberåbt sig artikel 6, stk. 3, litra c) og e), i direktiv 93/36. Den har gjort gældende, at fremstillingen af de pågældende helikoptere af tekniske årsager udelukkende kunne overlades Agusta, samt at det var nødvendigt at sikre, at helikopterflåden kunne fungere sammen, navnlig for at nedbringe de logistiske og operationelle omkostninger samt omkostningerne til uddannelse af piloter.

56 Som det fremgår af 12. betragtning til direktiv 93/36, bør fremgangsmåden med udbud efter forhandling betragtes som en undtagelse, og den kan derfor kun anvendes i et begrænset antal tilfælde. På denne baggrund bemærkes, at direktivets artikel 6, stk. 2 og 3, udtømmende opregner de tilfælde, hvor fremgangsmåden med udbud efter forhandling kan anvendes (jf. i denne retning, 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 direktiv 93/36, Teckal-dommen, præmis 43, og dommen af 13.1.2005 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 47).

57 Ifølge Domstolens praksis må fravigelser fra de regler, som skal sikre, at de rettigheder, som er fastsat i traktaten, bliver virksomme inden for området for offentlige kontrakter, fortolkes indskrænkende (dom af 18.5.1995, sag C-57/94, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 1249, præmis 23, af 28.3.1996, sag C-318/94, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 1949, præmis 13, og af 2.6.2005, sag C-394/02, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4713, præmis 33). Medlemsstaterne kan derfor ikke uden at fratage direktiv 93/36 sin effektive virkning bestemme, at fremgangsmåden med udbud efter forhandling kan finde anvendelse i andre tilfælde end dem, som er fastsat i dette direktiv, eller opstille nye betingelser i de tilfælde, som udtrykkeligt er nævnt i det pågældende direktiv, med den virkning, at adgangen til at anvende den nævnte fremgangsmåde bliver udvidet (jf. i denne retning dommen af 13.1.2005 i sagen Kommissionen mod Spanien, præmis 48).

58 Det skal endvidere bemærkes, at bevisbyrden påhviler den part, som påberåber sig, at de ekstraordinære omstændigheder, der berettiger en undtagelse, rent faktisk foreligger (jf. dom af 10.3.1987, sag 199/85, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 1039, præmis 14, og dommen i sagen Kommissionen mod Grækenland, præmis 33).

59 Det skal i dette tilfælde fastslås, at Den Italienske Republik ikke fyldestgørende har godtgjort årsagen til, at udelukkende de af Agusta fremstillede helikoptere ville have de krævede særlige tekniske egenskaber. Endvidere har denne medlemsstat blot understreget fordelene ved, at de helikoptere, der benyttes af forskellige korps, kan anvendes sammen. Medlemsstaten har dog ikke godtgjort, hvorledes en ændring af leverandør ville tvinge den til at erhverve udstyr, som fremstilles efter en anden teknik, hvilket ville medføre, at det ikke var foreneligt med det andet udstyr, eller uforholdsmæssige tekniske vanskeligheder ved anvendelsen eller vedligeholdelsen.

60 Under hensyn til det ovenstående skal det fastslås, at Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til direktiv 93/36, og tidligere direktiv 77/62, idet den har iværksat en praksis, der har eksisteret og været opretholdt længe, hvorefter Augusta direkte tildeles aftaler vedrørende indkøb af helikoptere af mærkerne Agusta og Agusta Bell til dækning af behovene hos flere af den italienske stats militære og civile korps uden en udbudsprocedure og navnlig uden at følge de procedurer, der er fastsat i disse direktiver.

Sagens omkostninger

61 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Den Italienske Republik har tabt sagen og bør derfor pålægges sagens omkostninger i overensstemmelse med Kommissionens påstand herom.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Store Afdeling):

1) **Den Italienske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til Rådets direktiv 93/36/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 97/52/EF af 13. oktober 1997, og tidligere Rådets direktiv 77/62/EØF af 21. december 1976 om samordning af fremgangsmåderne ved offentlige indkøb, som ændret og suppleret ved Rådets direktiv 80/767/EØF af 22. juli 1980 og Rådets direktiv 88/295/EØF af 22. marts 1988, idet den har iværksat en praksis, der har eksisteret og været opretholdt længe, hvorefter Agusta SpA direkte tildeles aftaler vedrørende indkøb af helikoptere af mærkerne Agusta og Agusta Bell til dækning af behovene hos flere af den italienske stats militære og civile korps uden en udbudsprocedure og navnlig uden at følge de procedure, der er fastsat i disse direktiver.**

2) **Den Italienske Republik betaler sagens omkostninger.**

Underskrifter