Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 19. januar 2012 [1]

Sag C-615/10

Insinööritoimisto InsTiimi Oy

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Korkein hallinto-oikeus, Finland)

»Offentlige indkøbskontrakter — artikel 10 i direktiv 2004/18/EF — artikel 296 EF — beskyttelse af en medlemsstats væsentlige sikkerhedsinteresser — handel med krigsmateriel — varer, der indkøbes af den ordregivende myndighed bestemt specielt til militære formål, for hvilke der dog i vidt omfang findes en tilsvarende civil anvendelsesmulighed — drejeskiveudstyr til elektromagnetiske målinger«

I – Indledning

1. De betingelser, der skal være opfyldt, for at medlemsstaterne i sammenhæng med deres forsvar og væbnede styrker kan fravige EU-retten, giver fra tid til anden anledning til retstvister [2].

2. I det foreliggende tilfælde anmodes Domstolen om at præcisere, under hvilke betingelser en medlemsstats væbnede styrker under fravigelse af bestemmelserne i den europæiske retsorden om indgåelse af kontrakter kan indgå offentlige indkøbskontrakter vedrørende varer, der er bestemt til militær anvendelse.

3. Det finske forsvar udbød i 2008 en kontrakt om levering af et drejeskiveudstyr [3] til elektromagnetiske målinger, der i forbindelse med »elektronisk krigsførelse« skulle anvendes ved simulering og øvelse af militære scenarier. I den forbindelse blev den i direktiv 2004/18/EF [4] fastsatte udbudsprocedure ikke fuldt ud overholdt.

4. En finsk domstol rejser nu spørgsmålet om, hvordan undtagelsesbestemmelsen for offentlige kontrakter på forsvarsområdet, der følger af artikel 10 i direktiv 2004/18, sammenholdt med artikel 296 EF (nu artikel 346 TEUF), skal forstås. Med udgangspunkt i dommen i Agusta-sagen [5] vil Domstolen ved besvarelsen af denne præjudicielle forelæggelse navnlig skulle afklare, om varer kan anses for »bestemt specielt til militære formål«, når der foruden deres militære anvendelse ligeledes i vidt omfang findes en tilsvarende civil anvendelsesmulighed.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Jf. f.eks. retspraksis vedrørende kvinders adgang til beskæftigelse i de væbnede styrker i medlemsstaterne dom af 26.10.1999, sag C-273/97, Sirdar, Sml. I, s. 7403, og af 11.1.2000, sag C-285/98, Kreil, Sml. I, s. 69, vedrørende værnepligt for mænd dom af 11.3.2003, sag C-186/01, Dory, Sml. I, s. 2479, vedrørende momspligt for våben dom af 16.9.1999, sag C-414/97, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 5585, og vedrørende den toldretlige behandling af forsvarsmateriel domme af 15.12.2009, sag C-284/05, Kommissionen mod Finland, Sml. I, s. 11705, sag C-294/05, Kommissionen mod Sverige, Sml. I, s. 11777, sag C-372/05, Kommissionen mod Tyskland, Sml. I, s. 11801, sag C-387/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 11831, sag C-409/05, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 11859, sag C-461/05, Kommissionen mod Danmark, Sml. I, s. 11887, og sag C-239/06, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 11913, samt dom af 4.3.2010, sag C-38/06, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 1569.

3 — Engelsk: »tiltable turntable«.

4 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

5 — Dom af 8.4.2008, sag C-337/05, Kommissionen mod Italien, »Agusta«, Sml. I, s. 2173, præmis 47.

5. Til forskel fra helikopterne i Agusta-sagen er det i denne sag omtvistede drejeskiveudstyr indkøbt af den ordregivende myndighed udelukkende med henblik på militære formål, hvorfor de således ikke udgør en genstand med dobbelt anvendelsesmulighed i snæver forstand. Dog kan det ifølge forelæggelsesafgørelsen meget vel tænkes, at private institutioner og virksomheder på deres side vil kunne anvende sådant drejeskiveudstyr.

II – Retlige rammer

A – *EU-retten*

6. Den EU-retlige ramme for denne sag fastsættes af artikel 10 i direktiv 2004/18, sammenholdt med artikel 296 EF.

7. Artikel 10 i direktiv 2004/18 indeholder under overskriften »Kontrakter inden for forsvarsområdet« i sin oprindelige affattelse[6] denne præcisering af anvendelsesområdet for bestemmelserne for offentlige kontrakter:

»Dette direktiv finder anvendelse på offentlige kontrakter, der indgås af ordregivende myndigheder på forsvarsområdet, jf. dog bestemmelserne i traktatens artikel 296«

8. Artikel 296 (tidligere EØF-traktatens artikel 223) havde, indtil den blev afløst af artikel 346 TEUF efter Lissabontraktatens ikrafttræden[7], følgende ordlyd:

»(1) Denne traktats bestemmelser er ikke til hinder for følgende regler:

[…]

b) hver medlemsstat 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; disse foranstaltninger må ikke forringe konkurrencevilkårene inden for fællesmarkedet for varer, som ikke er bestemt specielt til militære formål.

(2) Rådet fastlægger med enstemmighed på forslag af Kommissionen ændringer til den liste, det har fastlagt den 15. april 1958, over de varer, hvorpå bestemmelserne i stk. 1, litra b), finder anvendelse.«

9. Rådets afgørelse 255/58 af 15. april 1958, med hvilken den i artikel 296, stk. 2, EF nævnte liste blev fastsat (herefter 1958-listen), er affattet således[8]:

»Traktatens artikel 223, stk. 1, litra b), finder anvendelse på nedenstående våben, ammunition og krigsmateriel, herunder våben, der er konstrueret til anvendelse af atomenergi:

[…]

6 — Ordlyden af artikel 10 i direktiv 2004/18 er ændret ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2009/81/EF af 13.7.2009 om samordning af fremgangsmåderne ved ordregivende myndigheders eller ordregiveres indgåelse af visse bygge- og anlægs-, vareindkøbs- og tjenesteydelseskontrakter på forsvars- og sikkerhedsområdet og om ændring af direktiv 2004/17/EF og 2004/18/EF (EUT L 216, s. 76). Denne nye affattelse trådte imidlertid først i kraft den 21.8.2009, og medlemsstaterne havde frist indtil den 21.8.2011 til at gennemføre den (jf. artikel 72, stk. 1, og artikel 74 i direktiv 2009/81), således at denne nye affattelse ikke finder anvendelse på den foreliggende sag.

7 — Lissabontraktaten trådte i kraft den 1.12.2009.

8 — Denne afgørelse blev ikke offentliggjort i *Det Europæiske Fællesskabs Tidende*, men uddrag heraf er gengivet i Den Europæiske Unions Råds dokument nr. 14538/4/08 af 26.11.2008, der er offentligt tilgængeligt via Rådets internetside på adressen http://register.consilium.europa.eu/ (sidst besøgt den 12.12.2011). Endvidere gengives indholdet i den nævnte liste i et svar fra Kommissionen på et parlamentarisk spørgsmål (besvarelse af 27.9.2001 på skriftligt spørgsmål E-1324/01 fra parlamentsmedlem Bart Staes, EFT C 364 E, s. 85).

5. militært affyringskontroludstyr:

a) affyringscomputere og infrarøde styresystemer og andre natstyreanordninger

b) afstandsmålere, positionsvisere, højdemålere

c) elektroniske sporingskomponenter, herunder gyroskopiske, optiske og akustiske

d) bombe- og kanonsigteanordninger, periskoper til udstyr opført på denne liste.

[…]

11. militært elektronisk udstyr

[…]

14. særlige dele og produkter fremstillet af materiale, der er opført på denne liste, hvis de er af militær karakter

15. maskiner, udstyr og produkter, der udelukkende er designet til undersøgelse, fremstilling, prøvning og kontrol af våben, ammunition og udstyr af udelukkende militær karakter, som er opført på denne liste.«

10. Supplerende skal henvises til tiende betragtning til direktiv 2009/81:

»I dette direktiv bør der ved »militært materiel« navnlig forstås de produkttyper, som er opført på listen over våben, ammunition og krigsmateriel i Rådets afgørelse 255/58 af 15. april 1958 […], og medlemsstaterne kan ved gennemførelsen af dette direktiv henholde sig alene til denne liste. Listen omfatter kun materiel, som er designet, udviklet og fremstillet til specifikt militære formål. Der er dog tale om en generisk liste, som skal fortolkes bredt i lyset af den løbende udvikling, som teknologien, indkøbspolitikkerne og de militære behov undergår, og den heraf følgende udvikling af nye typer af materiel, f.eks. på grundlag af Unionens fælles liste over militært udstyr. I dette direktiv bør der ved militært materiel endvidere forstås produkter, som oprindeligt har været beregnet til civil anvendelse, men siden er blevet tilpasset til militære formål med henblik på anvendelse som våben, ammunition eller krigsmateriel.«

B – *National ret*

11. I Finland blev direktiv 2004/18 gennemført ved lov nr. 348/2007 om indgåelse af offentlige kontrakter[9] (herefter »lov om indgåelse af offentlige kontrakter«), hvis anvendelsesområde blev begrænset på følgende måde i § 7, stk. 1:

»Denne lov gælder ikke for kontrakter,

1) der er fortrolige, eller hvis gennemførelse kræver særlige sikkerhedsforanstaltninger, der er fastsat ved lov, eller hvis statens væsentlige sikkerhedsinteresser taler herfor

2) hvis genstand hovedsageligt tjener militære formål.«

9 — Julkisista hankinnoista annettu laki.

12. Endvidere skal bl.a. det finske forsvarsministeriums anordning nr. 76 af 17. marts 1996 overholdes ved indgåelsen af kontrakter, der vedrører indkøb af forsvarsmateriel, i medfør af forsvarsministeriets forvaltningsforskrift af 28. maj 2008.

13. I § 1 i den nævnte anordning nr. 76 defineres, hvad der skal anses for en vare eller tjenesteydelse, der hovedsageligt er bestemt for militære formål, og som ikke er omfattet af lov om indgåelse af offentlige kontrakter. Dette gælder navnlig for »specialudstyr til militære aktiviteter og uddannelse eller til øvelser til simulering af militære scenarier samt komponenter, tilbehør og udstyr, der er udviklet særligt hertil«, som det fremgår af § 1, sammenholdt med litra m) i bilaget til denne anordning.

III – Faktiske omstændigheder og hovedsagen

14. I 2008 gennemførte den tekniske prøveanstalt ved det finske forsvar [10] en udbudsprocedure til indkøb af drejeskiveudstyr til elektromagnetiske målinger til en værdi af 1 650 000 EUR. Med henblik herpå opfordrede prøveanstalten den 5. februar 2008 fire virksomheder til at afgive tilbud, herunder også ingeniørfirmaet Insinööritoimisto InsTiimi Oy (herefter »InsTiimi«).

15. Kontrakten blev tildelt i en »forhandlingsprocedure«, der efter oplysningerne i forelæggelsesafgørelsen er forskellig fra den udbudsprocedure, der er fastsat i direktiv 2004/18. InsTiimi er af den opfattelse, at udbudsproceduren skulle være gennemført i overensstemmelse med retningslinjerne i direktiv 2004/18, og har derfor anlagt hovedsagen ved de finske retter. Desuden deltager det finske forsvar, repræsenteret ved generalstaben [11], i sagen.

16. InsTiimi fik ikke medhold ved Markkinaoikeus [12], der er retten i første instans. Markkinaoikeus fandt det godtgjort, at det omhandlede drejeskiveudstyr hovedsageligt er egnet til militære formål, og at den ordregivende myndighed udelukkende ønskede at anvende det til militære formål. Markkinaoikeus konkluderede derfor, at den omtvistede kontrakt er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i § 7, stk. 1, nr. 2), i lov om indgåelse af offentlige kontrakter.

17. Efter en appel, iværksat af InsTiimi, verserer sagen nu i anden instans for Korkein hallinto-oikeus [13], som er den forelæggende ret.

18. InsTiimi har for denne ret anført, at drejeskiven er en teknisk innovation fra det civile område og ikke tiltænkt en funktion som militær udrustning. Drejeskiven anvendes alment i forskningen som hjælperedskab og underlag og giver ikke i sig selv nogen nye oplysninger om genstanden for forskningen. Kontraktens tekniske udførelse baserer sig på en sammensætning af materialer, komponenter og moduler, der er fuldstændig frit tilgængelige, og den tilhørende plan omfatter blot de pågældende komponenters hensigtsmæssige sammensætning til opfyldelse af retningslinjerne i opfordringen til at afgive bud.

19. De finske forsvar har hertil for Korkein hallinto-oikeus fremført, at drejeskiven udelukkende er indkøbt til et militært formål, og at den ligeledes er bestemt til simulering af militære scenarier. Med drejeskiven simuleres og øves militære modforanstaltninger mod luftrekognoscering fra bestemte vinkler samt måludpegning. Den sensor, der simulerer truslen, kan kun blive bragt i den til truslen svarende vinkel, idet målet, f.eks. en kampvogn, der placeres på drejeskiven, ved hjælp af drejeskiven bøjes i den rigtige vinkel.

10 — Suomen Puolustusvoimien Teknillinen Tutkimuslaitos.

11 — Pääesikunta.

12 — Konkurrencedomstol.

13 — Øverste forvaltningsret.

20. Ifølge det finske forsvars argumentation er drejeskiven en central del af en målebane på åbent terræn, som bygges til måling, simulering og øvelse af elektronisk krigsførelse, og således er den designet til forskning i våben til militære formål. Drejeskiven er et produkt som omhandlet i litra m) i bilaget til forsvarsministeriets anordning nr. 76.

IV – Det præjudicielle spørgsmål og retsforhandlingerne ved Domstolen

21. Ved mellemafgørelse af 13. december 2010 traf Korkein hallinto-oikeus afgørelse om at udsætte sagen og at forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen

»Skal direktiv 2004/18/EF under hensyntagen til det nævnte direktivs artikel 10, artikel 346, stk. 1, litra b), TEUF og listen over våben, ammunition og krigsmateriel i Rådets afgørelse af 15. april 1958 anvendes ved en kontrakt, der i øvrigt henhører under direktivets anvendelsesområde, og hvor kontraktens genstand ifølge de ordregivende myndigheder har et anvendelsesformål, der er udelukkende militært, men der for kontraktens genstand også findes vidtgående tilsvarende tekniske anvendelser på det civile marked?«

22. I retsforhandlingerne ved Domstolen har foruden de to parter i hovedsagen – InsTiimi og det finske forsvar – den finske, den tjekkiske og den portugisiske regering samt Europa-Kommissionen indgivet skriftlige indlæg. Med undtagelse af den tjekkiske og den portugisiske regering har disse deltagere i sagen også deltaget i den mundtlige forhandling den 12. december 2011.

V – Bedømmelse

23. Det afgørende for besvarelsen af det foreliggende præjudicielle spørgsmål er fortolkningen af artikel 296 EF (nu artikel 346 TEUF), som der henvises til i artikel 10 i direktiv 2004/18.

24. Artikel 296, stk. 1, litra b), første sætningsled, EF tillader, at en medlemsstat ensidigt[14] træffer foranstaltninger, som den anser for nødvendige til beskyttelse af sine væsentlige sikkerhedsinteresser, og som vedrører fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel. Direktiv 2004/18 tager i artikel 10 udgangspunkt heri med henblik på definitionen af dette direktivs anvendelsesområde.

25. Som Kommissionen med rette har fremhævet, og som den finske regering også har medgivet, opstiller artikel 296, stk. 1, litra b), første sætningsled, EF to kumulative betingelser for iværksættelse af ensidige nationale foranstaltninger:

— For det første skal fabrikation af eller handel med våben, ammunition og krigsmateriel være berørt heraf.

— For det andet skal foranstaltningerne anses for nødvendige til beskyttelse af den berørte medlemsstats væsentlige sikkerhedsinteresser.

26. Den forelæggende ret fokuserer med sin anmodning om præjudiciel afgørelse navnlig på den første af disse to betingelser: Den beskæftiger sig alene med konceptet »varer, som er bestemt specielt til militære formål«. Imidlertid kan den anden betingelse hverken ved bedømmelsen af formaliteten vedrørende den præjudicielle forelæggelse (jf. hertil straks under afsnit A), eller ved den materielle

14 — Den omstændighed, at der er tale om ensidige foranstaltninger, har Domstolen allerede tidligt fastslået i dom af 15.7.1964, sag 6/64, Costa mod ENEL, Sml. 1954-1964, s. 531. org.ref.: Rec. s. 1253, på s. 1270.

bedømmelse af det præjudicielle spørgsmål (jf. nedenfor under afsnit B) lades helt ude af betragtning. Jeg vil derfor i det følgende, i det omfang det er påkrævet, ligeledes behandle denne anden betingelse, således som en række af procesdeltagerne i øvrigt også har gjort, ikke mindst under den mundtlige forhandling.

A – *Formaliteten vedrørende den præjudicielle forelæggelse*

27. Den omstændighed, at den forelæggende ret i sin anmodning om præjudiciel afgørelse alene har forholdt sig til det første kriterium i artikel 296, stk. 1, litra b), EF – konceptet »varer, som er bestemt specielt til militære formål« – kan ikke i sig selv rejse tvivl om, hvorvidt den præjudicielle forelæggelse skal antages til realitetsbehandling.

28. Ganske vist ville det for Domstolen forelagte præjudicielle spørgsmål skulle anses for hypotetisk, hvis det lå fast, at det andet kumulative kriterium i artikel 296, stk. 1, litra b), EF under alle omstændigheder ikke var opfyldt i den foreliggende sag, dvs. hvis fravigelsen af de udbudsretlige bestemmelser i direktiv 2004/18 ikke kunne begrundes med Finlands væsentlige sikkerhedsinteresser. Herfor indeholder sagen for Domstolen imidlertid ikke tilstrækkelige holdepunkter.

29. Forelæggelsesafgørelsen indeholder ikke udtømmende oplysninger om, hvorvidt den ordregivende myndighed i den foreliggende sag i overensstemmelse med det andet kriterium har påberåbt sig Finlands væsentlige sikkerhedsinteresser. Den forelæggende ret har alene anført, at det finske forsvar ikke på den måde, som er anbefalet af Europa-Kommissionen [15], har konkretiseret, hvilke væsentlige sikkerhedsinteresser der er berørt af indkøbet af drejeskiveudstyret, og hvorfor det i dette tilfælde var nødvendigt at undlade at anvende direktiv 2004/18. Den finske regering og forsvarets generalstab har ikke desto mindre gjort gældende, at sådanne sikkerhedsinteresser blev gjort gældende i den nationale procedure.

30. Den forelæggende ret har endvidere fremhævet, at InsTiimis søgsmål vil skulle afvises, såfremt den offentlige kontrakt ikke måtte være omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18 og lov nr. 348/2007. Med henblik på vurderingen heraf er det nødvendigt også at skaffe klarhed om det første kriterium – konceptet »varer, som er bestemt specielt til militære formål«.

31. Det kan under disse omstændigheder ikke antages, at det er *åbenbart*, at det forelagte spørgsmål ikke er relevant for afgørelsen [16]. Derimod er der ifølge fast retspraksis en formodning for, at dette spørgsmål er relevant for afgørelsen [17].

32. Der er således ikke betænkeligheder ved at besvare spørgsmålet.

B – *Materiel bedømmelse af det forelagte spørgsmål*

33. Den forelæggende ret ønsker med det præjudicielle spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om der kan ses bort fra bestemmelserne i direktiv 2004/18 ved indgåelse af offentlige kontrakter på forsvarsområdet, når kontraktens genstand ganske vist udelukkende anvendes til militære formål, men der for denne genstand i vidt omfang findes tilsvarende civile anvendelsesmuligheder.

15 — Den forelæggende ret har herved henvist til Kommissionens fortolkende meddelelse af 7.12.2006 om anvendelse af artikel 296 i traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab (EF-traktaten) på offentlige indkøb af forsvarsmateriel (KOM(2006) 779 endelig), herefter »Kommissionens meddelelse«.

16 — Vedrørende afvisningsgrunden, at det er *åbenbart*, at spørgsmålet ikke er relevant for afgørelsen, jf. bl.a. dom af 3.6.2008, sag C-308/06, Intertanko m.fl., Sml. I, s. 4057, præmis 31 og 32, af 12.10.2010, sag C-45/09, Rosenbladt, Sml. I, s. 9391, præmis 32 og 33, og af 25.10.2011, forenede sager C-509/09 og C-161/10, eDate Advertising m.fl., Sml. I, s. 10269, præmis 32 og 33.

17 — Dom af 7.9.1999, sag C-355/97, Beck und Bergdorf, Sml. I, s. 4977, præmis 22, Rosenbladt-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 16, præmis 33, og dom af 5.4.2011, sag C-119/09, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable, Sml. I, s. 2551, præmis 21.

34. Baggrunden for spørgsmålet er, at der for drejeskiveudstyr som det, der er indkøbt i denne sag, ifølge de for så vidt uimodsagte oplysninger fra InsTiimi ikke primært består militære, men overvejende civile anvendelsesmuligheder.

35. Procesdeltagerne har meget forskellige opfattelser. Mens InsTiimi og Kommissionen er af den opfattelse, at kravene i direktiv 2004/18 skulle være overholdt i den foreliggende sag, har det finske forsvar og alle de i sagen deltagende regeringer lagt til grund, at det efter artikel 296, stk. 1, litra b), EF var begrundet at fravige dette direktiv.

36. De EU-retlige bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter gælder principielt også på forsvarsområdet. Dette fulgte allerede på tidspunktet for indgåelsen af den omtvistede kontrakt af artikel 10 i direktiv 2004/18. For tiden efter den 21. august 2011 bekræftes dette i direktiv 2009/81[18]. Ved anvendelse af EU-retlige bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter styrkes den frie bevægelighed for varer, den frie etableringsret og den frie bevægelighed for tjenesteydelser inden for Unionen, og derved ydes et bidrag til virkeliggørelsen af det indre marked[19].

37. EU-retten anerkender dog samtidigt medlemsstaternes berettigede interesse i at beskytte deres væsentlige sikkerhedsinteresser, hvilket navnlig kommer til udtryk i artikel 296 EF. I artikel 10 i direktiv 2004/18, der udtrykkeligt henviser til den nævnte traktatbestemmelse, kommer den spænding mellem princippet for det indre marked og de nationale sikkerhedsinteresser, der kan opstå ved indgåelsen af offentlige kontrakter, til udtryk.

38. Det følger af artikel 10 i direktiv 2004/18, sammenholdt med artikel 296, stk. 1, litra b), EF, at en medlemsstat kan fravige de EU-retlige bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter, når for det første handel med våben, ammunition og krigsmateriel er berørt (første kriterium), og når det for det andet til beskyttelse af denne medlemsstats væsentlige sikkerhedsinteresser anses for nødvendigt at fravige de EU-retlige bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter (andet kriterium).

39. I betragtning af den grundlæggende betydning af de grundlæggende friheder og princippet for det indre marked i traktatsystemet[20] skal disse kriterier i overensstemmelse med den retspraksis, der findes vedrørende artikel 296 EF, fortolkes strengt[21].

1. Første kriterium: Militære varer

40. Artikel 296, stk. 1, litra b), første sætningsled, EF finder anvendelse på våben, ammunition og krigsmateriel – kort: *militære varer*. Hvilke kategorier af genstande, der hermed nærmere menes, har Rådet fastsat i 1958-listen.

18 — Jf. navnlig artikel 10 i direktiv 2004/18, som affattet ved direktiv 2009/81, samt artikel 2 i direktiv 2009/81 og første punktum i tiende betragtning til direktiv 2009/81.

19 — Anden betragtning til direktiv 2004/18. Jf. i samme retning Domstolens faste praksis vedrørende forskellige direktiver om koordinering af bestemmelserne om offentlige kontrakter f.eks. dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 16, af 13.11.2007, sag C-507/03, Kommissionen mod Irland, Sml. I, s. 9777, præmis 27, og af 13.12.2007, sag C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., Sml. I, s. 11173, præmis 38.

20 — Jf. hidtil artikel 2 EU og artikel 3, stk. 1, litra c), EF (for fremtiden artikel 3, stk. 3, første punktum, TEU).

21 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Spanien (sag C-414/97, præmis 21), i sagen Kommissionen mod Finland (sag C-284/05, præmis 46), i sagen Kommissionen mod Sverige (sag C-294/05, præmis 44), i sagen Kommissionen mod Tyskland (sag C-372/05, præmis 69), i sagen Kommissionen mod Italien (sag C-387/05, præmis 46), i sagen Kommissionen mod Grækenland (sag C-409/05, præmis 51), i sagen Kommissionen mod Danmark (sag C-461/05, præmis 52), i sagen Kommissionen mod Italien (sag C-239/06, præmis 47) og i sagen Kommissionen mod Portugal (sag C-38/06, præmis 63), alle nævnt ovenfor i fodnote 2.

41. Jeg deler Den Europæiske Unions Rets opfattelse (dengang Retten i Første Instans)[22], hvorefter det materielle anvendelsesområde for artikel 296, stk. 1, litra b), EF er udtømmende fastsat ved 1958-listen, hvortil der udtrykkeligt henvises i artikel 296, stk. 2, EF[23]. Retten henviste med rette til, at undtagelsesbestemmelsen i artikel 296, stk. 1, litra b), EF ikke kan finde anvendelse på virksomhed, der vedrører andre varer end de militære varer, der er nævnt i 1958-listen[24].

42. En fravigelse af den i direktiv 2004/81 fastsatte udbudsprocedure med støtte i artikel 296, stk. 1, litra b), EF forudsætter først og fremmest, at en vare som det omtvistede drejeskiveudstyr overhovedet kan henføres under en af de kategorier af genstande, der er opført i 1958-listen. Den forelæggende ret, som har enekompetence til at fastlægge og bedømme de faktiske omstændigheder, vil skulle prøve og bedømme dette i detaljer.

43. Da det omtalte drejeskiveudstyr ifølge oplysninger fra det finske forsvar gør det muligt at gennemføre elektromagnetiske målinger og skal anvendes til simulering af militære scenarier, hvormed der øves måludpegning, kunne der være tale om en del af udstyr til prøvning og kontrol af våben (nr. 15, sammenholdt med nr. 11 og 14, i 1958-listen). Derudover kunne drejeskiveudstyret teoretisk anses for del af en positionsviser eller en sporingskomponent [nr. 5, litra b) og c), sammenholdt med nr. 14, i 1958-listen][25].

44. Imidlertid kan den omstændighed alene, at drejeskiveudstyret eventuelt kan henføres under den ene eller den anden kategori af genstande i henhold til 1958-listen, ikke som sådan begrunde en fravigelse af de EU-retlige bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter. Angivelsen af en bestemt genstand på 1958-listen er således ganske vist en nødvendig, men ikke tilstrækkelig forudsætning for påberåbelse af artikel 10 i direktiv 2004/18, sammenholdt med artikel 296, stk. 1, litra b), første sætningsled, EF.

45. Anvendelsen af artikel 296, stk. 1, litra b), første sætningsled, EF forudsætter endvidere, at den omhandlede genstand skal være *bestemt specielt til militære formål*[26]. Dette følger modsætningsvis af bestemmelsens andet sætningsled, der omhandler »varer, der ikke er bestemt specielt til militære formål«. 1958-listen indeholder ligeledes talrige formuleringer, hvoraf følger, at en vare som omhandlet i artikel 296, stk. 1, litra b), EF, ikke kun skal være henført efter art i en kategori af genstande, men derudover skal være bestemt specielt til militære formål[27]. Dette har unionslovgiver ligeledes bekræftet for nylig[28].

46. Spørgsmålet, om en vare er bestemt specielt til militære formål, kan ikke alene besvares ud fra, at en medlemsstats væbnede styrker optræder som køber, eller at en anden offentlig myndighed erhverver varen for de væbnede styrker. I modsat fald ville enhver blyant blive til en militær vare, blot fordi den er indkøbt til militæret. Dette ville være i strid med kravet om en streng fortolkning af artikel 296, stk. 1, litra b), EF og påvirke princippet for det indre marked i urimelig grad.

22 — Jf. Rettens dom af 30.9.2003, sag T-26/01, Fiocchi munizioni mod Kommissionen, Sml. II, s. 3951).

23 — Dette udelukker ganske vist ikke, at listen fortolkes og anvendes tidsvarende med henblik på at tage udviklingen i betragtning. Som det følger af tiende betragtning til direktiv 2009/81, er der tale om »en generisk liste, som skal fortolkes bredt i lyset af den løbende udvikling, som teknologien, indkøbspolitikkerne og de militære behov undergår, og den heraf følgende udvikling af nye typer af materieller« (tilsvarende fremgår af Kommissionens meddelelse, nævnt ovenfor i fodnote 15, afsnit 3). Listen finder således ikke alene anvendelse på de militære varer, der var kendte i 1958, men også på de militære varer, der i dag anvendes af medlemsstaternes væbnede styrker, såfremt de kan henføres under de kategorier, der er beskrevet i listen.

24 — Dommen i sagen Fiocchi munizioni mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 61.

25 — Henførelsen under nr. 5 i 1958-listen forudsætter, at der er tale om »militært affyringskontroludstyr«. En henvisning til »affyringskontrol« kan i princippet forstås således, at det omtvistede drejeskiveudstyr skulle finde anvendelse med henblik på »elektronisk krigsførelse« ved simulering og øvelse af »måludpegning« og i sidste ende forberede »modforanstaltninger mod luftrekognoscering«. Dog lagde deltagerne i den mundtlige forhandling med Domstolen til grund, at der ikke forelå en sådan sammenhæng med affyringskontrol.

26 — Agusta-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 47, og dom af 2.10.2008, sag C-157/06, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 7313, præmis 26.

27 — Jf. f.eks. nr. 5 og 11 (»militært […]udstyr«) samt nr. 14 i 1958-listen (»hvis de er af militær karakter«).

28 — »[1958-listen] omfatter kun materiel, som er designet, udviklet og fremstillet til specifikt militære formål« (andet punktum i tiende betragtning til direktiv 2009/81).

47. Det er heller ikke tilstrækkeligt, at der er tale om en vare, der blot er *egnet* til militær anvendelse og dermed *muligvis* vil blive anvendt i militært øjemed. I overensstemmelse hermed fastslog Domstolen i Agusta-sagen, at de helikoptere, som den italienske stat ved en mangeårige praksis erhvervede uden forudgående udbud, ikke var omfattet af artikel 296, stk. 1, litra b), EF, idet de havde et sikkert civilt formål og kun eventuelt et militært formål [29].

48. Anvendelsen af artikel 296, stk. 1, litra b), EF forudsætter, at der er tale om en vare, der ud over blot at være egnet til anvendelse i militært øjemed, har et *specifikt militært anvendelsesformål*, både i subjektiv og i objektiv forstand. Den omhandlede genstand skal således ikke blot efter sin konkrete anvendelse [30] (altså *subjektivt*), som defineret af den ordregivende myndighed, men også efter sin udformning og sine egenskaber [31] (altså *objektivt*) være bestemt specifikt til militære formål.

49. Ved visse varer forekommer dette specifikke militære anvendelsesformål at være indlysende. Man behøver blot at tænke på de i 1958-listen opførte panserværnskanoner, bomber og krigsskibe [32]. De er designet som rent militære genstande (objektivt anvendelsesformål) og indkøbes af den ordregivende myndighed udelukkende med henblik på militære formål (subjektivt anvendelsesformål).

50. Ved andre varer, som f.eks. de ligeledes i 1958-listen opførte køretøjer, luftfartøjer og eksplosivstoffer, ammunition og afstandsmålere, skal det specifikke militære anvendelsesformål derimod godtgøres konkret [33], da man ligeledes kan forestille sig et civilt anvendelsesformål.

51. Netop sådan forholder det sig også i det foreliggende tilfælde.

52. Det ligger naturligvis fast, at det omtvistede drejeskiveudstyr *i subjektiv forstand* havde et specifikt militært anvendelsesformål: Det skulle efter den ordregivende myndigheds ønske anvendes af det finske forsvar ved simulering af militære scenarier og øvelse af måludpegning. For så vidt adskiller den foreliggende sag sig altså fra Agusta-sagen, hvor der ikke kunne konstateres et specifikt militært anvendelsesformål for de indkøbte varer [34].

53. Der består imidlertid alvorlig tvivl om, at dette drejeskiveudstyr har egenskab af vare med et specifikt militært anvendelsesformål *i objektiv forstand*. Ganske vist var deltagerne i den mundtlige procedure ikke enige i spørgsmålet, om et drejeskiveudstyr som det her omhandlede i tilfælde af forsvarets senere salg heraf ville kunne finde en køber på det civile marked. Efter den forelæggende rets oplysninger, der er de eneste relevante i en præjudiciel procedure [35], findes der dog i vidt omfang tilsvarende tekniske anvendelsesmuligheder på det civile marked for sådant drejeskiveudstyr. Tilsvarende har InsTiimi – for så vidt uimodsagt – anført, at drejeskiver ligeledes vil kunne anvendes i den civile sektor; de er endda oprindeligt designet til civile anvendelsesformål og først senere gjort anvendelige til militære formål.

29 — Agusta-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, navnlig præmis 48 og 49. Jf. ligeledes dommen i sagen Kommissionen mod Italien (C-157/06, præmis 27), nævnt ovenfor i fodnote 26.

30 — Jf. igen Agusta-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, navnlig præmis 48 og 49, hvor der tages udgangspunkt i det anvendelsesformål, som den offentlige ordregiver har defineret.

31 — Tilsvarende fremgår ligeledes af tiende betragtning til direktiv 2009/81, hvorefter 1958-listen »kun [omfatter] materiel, som er *designet, udviklet og fremstillet* til specifikt militære formål« (kun fremhævet her). Jf. ligeledes Kommissionens meddelelse, nævnt ovenfor i fodnote 15, afsnit 3, hvor der er tale om udstyr, »*hvis art og formål er rent militært*« (ligeledes fremhævet i originalen).

32 — Nr. 2, litra a), nr. 4, nr. 9, litra a), i 1958-listen.

33 — Nr. 3, nr. 5, litra a), nr. 6, nr. 8, litra b), og nr. 10 i 1958-listen.

34 — Agusta-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, navnlig præmis 48 og 49.

35 — Dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089, præmis 10, af 29.4.2004, forenede sager C-482/01 og C-493/01, Orfanopoulos og Oliveri, Sml. I, s. 5257, præmis 42, og af 25.1.2011, sag C-382/08, Neukirchinger, Sml. I, s. 139, præmis 41.

54. Sådanne genstande, der ganske vist oprindeligt er designet til civile formål, men som senere tilpasses militære formål, bør ifølge EU-lovgiver [36] principielt ikke holdes ude af anvendelsesområdet for den EU-retlige procedure for indgåelse af offentlige kontrakter [37].

55. Det kan bestemt ikke udelukkes, at den i den foreliggende sag indkøbte drejeskive er blevet ændret på sådanne centrale punkter med henblik på den militære anvendelse, at der er opstået et helt andet produkt end det produkt, der kunne anvendes i den civile sektor. En sådan tilpasning kunne f.eks. have fundet sted i forbindelse med indbygningen af drejeskiven i en særligt designet »målebane på åbent terræn« til målinger, simulering og øvelse i »elektronisk krigsførelse«.

56. Såfremt der måtte være foretaget en sådan grundlæggende ændring – hvilket det tilkommer den forelæggende ret at prøve – ville den omhandlede drejeskive have opnået et specifikt militært anvendelsesformål, ikke blot i subjektiv, men også i objektiv forstand. I det tilfælde (og kun i det) ville den ordregivende myndighed med rette have klassificeret drejeskiven som en militær vare som omhandlet i artikel 296, stk. 1, litra b), første sætningsled, EF.

57. Skulle den forelæggende rets hidtidige antagelse, hvorefter det omtvistede drejeskiveudstyr efter sin udformning og egenskaber – også som del af et militært specialanlæg for elektromagnetiske målinger og simulering af kamphandlinger – ikke adskiller sig væsentligt fra de drejeskiver, der sædvanligvis anvendes i den civile sektor, derimod blive bekræftet i hovedsagen, ville udstyret savne et specifikt militært anvendelsesformål i objektiv forstand, uagtet at den ordregivende myndighed har indkøbt drejeskiven med henblik på et specifikt militært anvendelsesformål.

58. I sidstnævnte tilfælde skulle den udbudsprocedure, der er fastsat i EU-retten, have været anvendt ved indkøbet af den omhandlede drejeskive.

59. Sammenfattende skal det konkluderes:

En genstand, der efter den ordregivende myndigheds oplysninger er bestemt specielt til militære formål, men som objektivt ikke adskiller sig væsentligt fra tilsvarende genstande, der anvendes i den civile sektor, kan ikke under påberåbelse af artikel 296, stk. 1, litra b), EF, sammenholdt med artikel 10 i direktiv 2004/18, unddrages den i dette direktiv fastsatte udbudsprocedure.

2. Andet kriterium: Beskyttelse af væsentlige sikkerhedsinteresser

60. Selv i det tilfælde, at den omtvistede drejeskive måtte skulle kvalificeres som militær vare [første kriterium for anvendelsen af artikel 296, stk. 1, litra b), EF], ville den forelæggende ret yderligere skulle undersøge, om en fravigelse af den udbudsprocedure, der er fastsat i EU-retten, i det foreliggende tilfælde skal anses for nødvendig til beskyttelse af Finlands væsentlige sikkerhedsinteresser [andet kriterium for anvendelsen af artikel 296, stk. 1, litra b), EF].

36 — Sidste punktum i tiende betragtning til direktiv 2009/81. Selv om dette udsagn stammer fra en retsakt, der ikke finder tidsmæssig anvendelse på den foreliggende sag, forekommer der ikke at være noget, der taler imod, at de tilgrundliggende bedømmelser tages i betragtning ved fortolkningen af direktiv 2004/18 i den affattelse, der relevant i hovedsagen. I hvert fald indeholder nævnte tiende betragtning i det væsentlige præciseringer til betydningen af 1958-listen, som den hidtil har skullet opfattes.

37 — Domstolen har på helt samme måde udtalt, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig artikel 296 EF for at fritage indførsler af materiel, der både tjener civile og militære formål, for told, »uanset om [materiellet] er blevet indført udelukkende til militære formål eller ej« (jf. de ovenfor i fodnote 2 nævnte domme i sagerne Kommissionen mod Sverige, sag C-294/05, præmis 53, og i sagen Kommissionen mod Italien, sag C-387/05, præmis 55).

61. Domstolen har i denne forbindelse allerede fastslået, at en medlemsstat ikke kan begrunde en fravigelse af EU-retten blot ved påberåbelse af sine sikkerhedsinteresser [38].

62. Den enkelte medlemsstat har ganske vist en vid skønsbeføjelse med henblik på definitionen af væsentlige sikkerhedsinteresser [39]. Dette fremgår allerede af anvendelsen af ordene »som den anser« i artikel 296, stk. 1, litra b), EF. Dog har de nationale myndigheder bevisbyrden for, at forudsætningerne for anvendelsen af denne bestemmelse er opfyldt [40].

63. Som Kommissionen med rette har anført, vil den ordregivende myndighed i den foreliggende sag skulle redegøre for, at det blev anset for nødvendigt [41], og at det var forholdsmæssigt [42], at fravige den i direktiv 2004/18 fastsatte udbudsprocedure med henblik på at beskytte Finlands væsentlige sikkerhedsinteresser.

64. Hertil skal bemærkes, at et muligt behov for fortrolighed med hensyn til visse militære oplysninger ikke i sig selv er en hindring for, at der gennemføres en udbudsprocedure for en kontrakt. [43]. Der kan nemlig også inden for rammerne af en udbudsprocedure, som fastsat i EU-retten, træffes de nødvendige forholdsregler til beskyttelse af følsomme oplysninger [44].

65. Ifølge uimodsagte oplysninger fra InsTiimi skal den ordregivende myndighed i den foreliggende sag i forvejen have givet udførlige oplysninger i et finsk dagblad om kontraktens genstand og drejeskivens funktionsmåde. Under disse omstændigheder forekommer det mindre nærliggende, at der i forbindelse med udbudsproceduren kan have været en berettiget interesse i fortrolighed for den finske stat.

66. Visse fravigelser af den i EU-retten fastsatte udbudsprocedure kan dog begrundes i, at en medlemsstat ikke ønsker uden videre at afsløre sikkerhedsrelevante oplysninger for udenlandske eller udenlandsk kontrollerede virksomheder, navnlig når der er tale om virksomheder og personer fra tredjestater. Endvidere kan en medlemsstat legitimt sikre sig, at den ikke bringer sig i et afhængighedsforhold til tredjestater eller virksomheder fra tredjestater med hensyn til militært udstyr. Den tjekkiske regering har med rette henvist til disse to forhold.

67. Der er imidlertid ikke – så vidt det kan erkendes – holdepunkter for at antage, at der består sådanne sikkerhedsbetænkeligheder for den ordregivende myndighed i den foreliggende sag. Det tilkommer dog i sidste ende den forelæggende ret at vurdere dette på baggrund af en omfattende bedømmelse af alle omstændigheder i den konkrete sag.

38 — Dommen i sagen Kommissionen mod Finland (sag C-284/05, præmis 47), i sagen Kommissionen Sverige (sag C-294/05, præmis 45), i sagen Kommissionen mod Tyskland (sag C-372/05, præmis 70), i sagen Kommissionen mod Italien, (sag C-387/05, præmis 47), i sagen Kommissionen mod Grækenland (sag C-409/05, præmis 52), i sagen Kommissionen mod Danmark (sag C-461/05, præmis 53), i sagen Kommissionen mod Italien (sag C-239/06, præmis 48) og i sagen Kommissionen mod Portugal (sag C-38/06, præmis 64), alle nævnt ovenfor i fodnote 2.

39 — Dommen i sagen Fiocchi munizioni mod Kommissionen, nævnt ovenfor i fodnote 22, præmis 58. Se ligeledes Kommissionens meddelelse, nævnt ovenfor i fodnote 15, hvorefter artikel 296 EF »er blevet anerkendt som givende medlemsstaterne vide skønsbeføjelser« ved afgørelsen om, hvordan de vil beskytte deres væsentlige sikkerhedsinteresser (meddelelsens afsnit 4), og at »[d]et er medlemsstaternes prærogativ at definere deres væsentlige sikkerhedsinteresser« (meddelelsens afsnit 5).

40 — Dommen i sagen Kommissionen mod Spanien (sag C-414/97, præmis 22 og 24), i sagen Kommissionen mod Sverige (sag C-294/05, præmis 47), i sagen Kommissionen mod Finland, (sag C-284/05, præmis 49), i sagen Kommissionen mod Tyskland (sag C-372/05, præmis 72), i sagen Kommissionen mod Italien (sag C-387/05, præmis 49), i sagen Kommissionen mod Grækenland (sag C-409/05, præmis 54), i sagen Kommissionen mod Danmark (sag C-461/05, præmis 55), i sagen Kommissionen mod Italien (sag C-239/06, præmis 50) og i sagen Kommissionen mod Portugal (sag C-38/06, præmis 66), alle nævnt ovenfor i fodnote 2.

41 — Jf. ligeledes Kommissionens meddelelse (nævnt ovenfor i fodnote 15, afsnit 3).

42 — Agusta-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, navnlig præmis 53, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, sag C-157/06, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 31. Se tilsvarende Kommissionens meddelelse, nævnt ovenfor i fodnote 15, afsnit 5, hvorefter det skal godtgøres, hvorfor det af hensyn til beskyttelsen af væsentlige sikkerhedsinteresser er *nødvendigt* i det konkrete tilfælde at undlade at anvende direktivet om offentlige indkøb.

43 — Agusta-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, navnlig præmis 52, og dommen i sagen Kommissionen mod Italien, sag C-157/06, nævnt ovenfor i fodnote 26, præmis 30.

44 — Vedrørende fortrolighed af den ordregivende myndigheds klassificerede oplysninger henvises navnlig til artikel 7, 20 og 22 i direktiv 2009/81. Vedrørende fortrolighed af de oplysninger, som tilbudsgiverne fremsender, henvises f.eks. til artikel 6 i direktiv 2004/18 og artikel 6 i direktiv 2009/81 samt dom af 14.2.2008, sag C-450/06, Varec, Sml. I, s. 581.

VI – Forslag til afgørelse

68. På baggrund heraf foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålet fra Korkein hallinto-oikeus således:

»En genstand, der efter den ordregivende myndigheds oplysninger er bestemt specielt til militære formål, men som objektivt ikke adskiller sig væsentligt fra tilsvarende genstande, der anvendes i den civile sektor, kan ikke under påberåbelse af artikel 296, stk. 1, litra b), EF, sammenholdt med artikel 10 i direktiv 2004/18, unddrages den i dette direktiv fastsatte udbudsprocedure.«