CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. KOKOTT
van 19 januari 2012 [1]

Zaak C-615/10

Insinööritoimisto InsTiimi Oy

[verzoek van de Korkein hallinto-oikeus (Finland) om een prejudiciële beslissing]

„Overheidsopdrachten voor leveringen — Artikel 10 van richtlijn 2004/18/EG — Artikel 296 EG — Bescherming van wezenlijke veiligheidsbelangen van lidstaat — Handel in oorlogsmateriaal — Goederen aangekocht door aanbestedende overheidsdienst voor specifiek militaire doeleinden, waarvoor echter een vrijwel soortgelijke gebruiksmogelijkheid in de civiele sfeer bestaat — Draaitafelinstallatie voor elektromagnetische metingen”

I – Inleiding

1. De voorwaarden waaronder de lidstaten in verband met hun defensie en strijdkrachten van de regels van het Unierecht mogen afwijken, geven steeds weer aanleiding tot geschillen. [2]

2. In de onderhavige zaak wordt het Hof verzocht te verduidelijken onder welke voorwaarden de strijdkrachten van een lidstaat buiten de Europese aanbestedingsregels om goederen bestemd voor militair gebruik mogen aanschaffen.

3. De Finse strijdkrachten hebben in 2008 een opdracht geplaatst voor de levering van een draaitafelinstallatie [3] voor elektromagnetische metingen, die in het kader van de „elektronische oologsvoering” bij simulaties en oefeningen van militaire scenario’s zou worden gebruikt. Daarbij was de in richtlijn 2004/18/EG [4] voorgeschreven aanbestedingsprocedure niet geheel in acht genomen.

4. Een Finse rechter vraagt nu hoe de uitzonderingsregeling voor overheidsopdrachten op het gebied van defensie — artikel 10 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 296 EG (thans artikel 346 VWEU) — moet worden opgevat. Gelet op het arrest in de zaak Agusta [5] zal het Hof bij de beantwoording van deze prejudiciële vraag in het bijzonder moeten verduidelijken, of goederen kunnen worden geacht „bestemd [te zijn] voor specifiek militaire doeleinden” wanneer zij, behalve militair, ook op vrijwel soortgelijke wijze in de civiele sfeer kunnen worden gebruikt.

1 — Oorspronkelijke taal: Duits.

2 — Zie bijvoorbeeld de rechtspraak met betrekking tot de toegang van vrouwen tot functies bij de nationale strijdkrachten (arresten van 26 oktober 1999, Sirdar, C-273/97, Jurispr. blz. I-7403, en 11 januari 2000, Kreil, C-285/98, Jurispr. blz. I-69), de dienstplicht voor mannen (arrest van 11 maart 2003, Dory, C-186/01, Jurispr. blz. I-2479), de verplichting tot btw-betaling over wapens (arrest van 16 september 1999, Commissie/Spanje, C-414/97, Jurispr. blz. I-5585), en de voor militaire uitrusting geldende douanerechtelijke voorschriften (arresten van 15 december 2009, Commissie/Finland, C-284/05, Jurispr. blz. I-11705; Commissie/Zweden, C-294/05, Jurispr. blz. I-11777; Commissie/Duitsland, C-372/05, Jurispr. blz. I-11801; Commissie/Italië, C-387/05, Jurispr. blz. I-11831; Commissie/Griekenland, C-409/05, Jurispr. blz. I-11859; Commissie/Denemarken, C-461/05, Jurispr. blz. I-11887, en Commissie/Italië, C-239/06, Jurispr. blz. I-11913, en arrest van 4 maart 2010, Commissie/Portugal, C-38/06, Jurispr. blz. I-1569).

3 — In het Engels: „tiltable turntable”.

4 — Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114).

5 — Arrest van 8 april 2008, Commissie/Italië („Agusta”, C-337/05, Jurispr. blz. I-2173, punt 47).

5. Anders dan de helikopter in de zaak Agusta werd de in casu omstreden draaitafelinstallatie wel door de aanbestedende overheidsdienst voor uitsluitend militaire doeleinden aangekocht, en is deze dan ook geen „dual-use-goed" in strikte zin. Het is echter volgens de verwijzingsbeslissing absoluut mogelijk dat particuliere instellingen en ondernemingen van een dergelijke draaitafelinstallatie gebruikmaken.

II – Toepasselijk recht

A – *Recht van de Unie*

6. Het Unierecht dat in deze zaak van toepassing is, is artikel 10 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 296 EG.

7. De oorspronkelijke versie van artikel 10 van richtlijn 2004/18 [6], getiteld „Opdrachten op het gebied van defensie", bevatte de volgende verduidelijking over de werkingssfeer van de bepalingen van de richtlijn ten aanzien van overheidsopdrachten:

„Deze richtlijn is van toepassing op overheidsopdrachten die door aanbestedende diensten op het gebied van defensie worden geplaatst, onverminderd artikel 296 van het Verdrag."

8. Artikel 296 EG (voorheen artikel 223 EG-Verdrag) luidde, voordat dit artikel bij de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon [7] werd vervangen door artikel 346 VWEU, als volgt:

„1. De bepalingen van dit Verdrag vormen geen beletsel voor de volgende regels:

[...]

b) elke lidstaat kan de maatregelen nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal; die maatregelen mogen de mededingingsverhoudingen op de gemeenschappelijke markt niet wijzigen voor producten die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden.

2. De Raad kan met eenparigheid van stemmen op voorstel van de Commissie wijzigingen aanbrengen in de lijst van de producten waarop de bepalingen van lid 1, sub b, van toepassing zijn, die hij op 15 april 1958 heeft vastgesteld."

9. Besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958, waarbij de in artikel 296, lid 2, EG genoemde lijst is vastgesteld (hierna ook: „lijst van 1958"), luidt voor zover van belang [8]:

„De bepalingen van artikel 223, lid 1, sub b, van het Verdrag gelden voor de hierna vermelde wapens, munitie en oorlogsmateriaal, met inbegrip van kernwapens:

[...]

6 — De formulering van artikel 10 van richtlijn 2004/18 is gewijzigd door richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG (PB L 216, blz. 76). Deze nieuwe versie is echter pas op 21 augustus 2009 in werking getreden en moest door de lidstaten op 21 augustus 2011 zijn omgezet (zie de artikelen 72, lid 1, en 74 van richtlijn 2009/81), zodat deze op de onderhavige zaak nog niet van toepassing is.

7 — Het Verdrag van Lissabon is op 1 december 2009 in werking getreden.

8 — Dit besluit is niet bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen*, maar een uittreksel ervan is opgenomen in document nr. 14538/4/08 van de Raad van 26 november 2008, dat voor het publiek toegankelijk is op de internetsite van de Raad op het adres http://register.consilium.europa.eu (laatstelijk bezocht op 12 december 2011). Bovendien is de inhoud van deze lijst opgenomen in een antwoord van de Commissie op een parlementaire vraag (antwoord van 27 september 2001 op schriftelijke vraag E-1324/01 van het parlementslid Bart Staes, PB C 364 E, blz. 85).

5. Vuurleidingsmaterieel voor militair gebruik:

a) vuurleidingsrekentoestellen en infrarood-richttoestellen en ander materieel voor het richten bij nacht;

b) telemeters, plaatsbepalers, hoogtemeters;

c) elektronische, gyroscopische, optische en akoestische waarnemingsinrichtingen;

d) bommenrichtkijkers en kanonopzetters, periscopen voor de in deze lijst genoemde artikelen.

[...]

11. Elektronisch materieel voor militair gebruik.

[...]

14. Speciale delen en onderdelen van het in deze lijst genoemde materieel, voor zover zij een militair karakter dragen.

15. Machines, uitrusting en gereedschap, uitsluitend ontworpen voor het bestuderen, het vervaardigen, het beproeven en het controleren van de in deze lijst genoemde wapenen, munitie en voorwerpen uitsluitend voor militair gebruik."

10. Volledigheidshalve vestig ik de aandacht op punt 10 van de considerans van richtlijn 2009/81: „Voor deze richtlijn moeten onder militair materiaal met name de producttypen worden begrepen die zijn opgenomen in de lijst van wapens, munitie en oorlogsmateriaal, vastgesteld bij besluit 255/58 van de Raad van 15 april 1958 [...] en de lidstaten mogen zich bij de omzetting van deze richtlijn tot uitsluitend deze lijst beperken. Deze lijst omvat alleen materiaal dat is ontworpen, ontwikkeld en geproduceerd voor specifiek militaire doeleinden. De lijst is evenwel generiek en moet ruim worden geïnterpreteerd in het licht van de ontwikkeling van de technologie, het aanbestedingsbeleid en de militaire behoeften, die leiden tot de ontwikkeling van nieuwe typen van materiaal, bijvoorbeeld op basis van de gemeenschappelijke militaire lijst van de Unie. Voor deze richtlijn moet ‚militair materiaal' ook betrekking hebben op producten die, hoewel zij oorspronkelijk zijn ontworpen voor civiel gebruik, later zijn aangepast aan militaire doeleinden, om te worden gebruikt als wapens, munitie of oorlogsmateriaal."

B – *Nationaal recht*

11. In Finland is richtlijn 2004/18 omgezet door wet nr. 348/2007 inzake het plaatsen van overheidsopdrachten [9] (hierna: „aanbestedingswet"), waarvan de werkingssfeer in § 7, lid 1, als volgt wordt afgebakend:

„Deze wet is niet van toepassing op opdrachten,

1) die geheim moeten blijven of waarvan de uitvoering bijzondere wettelijke veiligheidsmaatregelen vereist dan wel de wezenlijke nationale veiligheidsbelangen dat vereisen;

2) waarvan het voorwerp hoofdzakelijk geschikt is voor militaire doeleinden; [...]"

9 — Julkisista hankinnoista annettu laki.

12. Bovendien moet volgens een circulaire van het Finse ministerie van Defensie van 28 mei 2008 tot nader order onder meer beschikking nr. 76 van het ministerie van Defensie van 17 maart 1995 worden nageleefd bij het plaatsen van opdrachten op defensiegebied.

13. § 1 van beschikking nr. 76 geeft aan wat moet worden verstaan onder hoofdzakelijk voor militaire doeleinden bestemde goederen of diensten, waarop de aanbestedingswet niet van toepassing is. Dit betreft blijkens § 1 juncto punt M van de bijlage bij deze beschikking in het bijzonder „speciaal militair actie- en oefenmaterieel of apparatuur voor het nabootsen van militaire scenario's, en speciaal ontworpen onderdelen, aanverwante apparatuur en toebehoren daarvoor".

III – Feiten en hoofdgeding

14. In 2008 heeft de technische keuringsdienst van de Finse strijdkrachten [10] een aanbestedingsprocedure in gang gezet voor de levering van een draaitafelinstallatie voor elektromagnetische metingen ter waarde van 1 650 000 EUR. Daartoe heeft hij op 5 februari 2008 bij vier ondernemingen offerte gevraagd, waaronder het ingenieursbureau Insinööritoimisto InsTiimi Oy (hierna: „InsTiimi").

15. De opdracht werd geplaatst in een procedure van gunning via onderhandelingen, die volgens de verwijzingsbeslissing verschilde van de in richtlijn 2004/18 voorgeschreven aanbestedingsprocedure. InsTiimi is van mening dat de aanbestedingsprocedure had moeten worden uitgevoerd volgens richtlijn 2004/18, en heeft daarom het hoofdgeding bij de Finse rechter aangespannen. De Finse strijdkrachten, vertegenwoordigd door de generale staf [11], zijn eveneens partij in het geding.

16. Bij de markkinaoikeus [12], het gerecht in eerste instantie, had het door InsTiimi ingestelde beroep geen succes. De markkinaoikeus achtte bewezen dat de betrokken draaitafelinstallatie hoofdzakelijk geschikt was voor militaire doeleinden en dat de aanbestedende dienst deze uitsluitend voor militaire doeleinden wilde gebruiken. Daarom kwam de markkinaoikeus tot de slotsom dat de litigieuze opdracht onder de uitzonderingsbepaling van § 7, lid 1, punt 2, van de aanbestedingswet viel.

17. InsTiimi heeft hiertegen hogere voorziening ingesteld bij de Korkein hallinto-oikeus [13], de verwijzende rechter waar de zaak thans in tweede instantie aanhangig is.

18. Bij deze rechter voerde InsTiimi aan dat de draaitafel een technische innovatie uit de civiele sector is en niet als onderdeel van militaire uitrusting is ontworpen. De draaitafel is een algemeen inzetbaar hulpapparaat voor onderzoeksdoeleinden, dat als zodanig zelf geen nieuwe gegevens levert over het voorwerp van onderzoek. Het stelde verder dat de uitvoering van de litigieuze opdracht technisch gezien bestaat uit het samenvoegen van volledig vrij verkrijgbare materialen, componenten en installaties en dat het bijbehorende ontwerp slechts een doelmatige keuze en combinatie van onderdelen omvat om aan de eisen van de offerteaanvraag te voldoen.

19. De strijdkrachten hebben bij de Korkein hallinto-oikeus hiertegen naar voren gebracht dat de draaitafel voor specifiek militaire doeleinden is aangekocht en ook speciaal bestemd is voor het nabootsen van militaire scenario's. Met de draaitafel zouden militaire tegenacties tegen het verkennen en opsporen van doelwitten vanuit de lucht worden nagebootst en geoefend. De sensor die de dreiging emuleert, kan alleen in een met die dreiging samenhangende hoek worden gebracht door het voorwerp, bijvoorbeeld een op de draaitafel geplaatste tank, met behulp van de draaitafel in de juiste hoek te laten hellen.

10 — De Suomen Puolustusvoimien Teknillinen Tutkimuslaitos.

11 — De Pääesikunta.

12 — Rechterlijke instantie voor mededingingszaken.

13 — Hoogste bestuursrechter.

20. De draaitafel vormt, volgens de argumentatie van de strijdkrachten, een wezenlijk onderdeel van de te realiseren meetbaan voor metingen, simulaties en oefeningen in de openlucht betreffende elektronische oorlogsvoering en is derhalve voor het onderzoek van wapens ten behoeve van militaire doeleinden ontworpen. Bij de draaitafel gaat het om een product in de zin van punt M van de bijlage bij beschikking nr. 76 van het ministerie van Defensie.

IV – Prejudiciële vraag en procesverloop voor het Hof

21. Bij interlocutoire uitspraak van 13 december 2010 heeft de Korkein hallinto-oikeus de procedure geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is richtlijn 2004/18[...], gelet op artikel 10 ervan, artikel 346, lid 1, sub b, VWEU en de bij besluit van 15 april 1958 door de Raad vastgestelde lijst van wapenen, munitie en oorlogsmateriaal, van toepassing op een voor het overige onder de werkingssfeer van de richtlijn vallende opdracht, wanneer het voorwerp van de opdracht volgens de aanbestedende dienst een specifiek militaire bestemming heeft, maar hiervoor op de civiele markt ook vrijwel soortgelijke technische toepassingen bestaan?”

22. In de procedure voor het Hof hebben, behalve de twee partijen van het hoofdgeding — InsTiimi en de strijdkrachten —, de Finse, de Tsjechische en de Portugese regering alsmede de Commissie schriftelijke opmerkingen ingediend. Met uitzondering van de Tsjechische en de Portugese regering zijn dezelfde betrokkenen ook gehoord ter terechtzitting van 12 december 2011.

V – Beoordeling

23. Uitgangspunt voor de beantwoording van het onderhavige prejudiciële verzoek is de uitlegging van artikel 296 EG (thans artikel 346 VWEU), waarnaar in artikel 10 van richtlijn 2004/18 wordt verwezen.

24. De eerste zinsnede van artikel 296, lid 1, sub b, EG staat iedere lidstaat toe om eenzijdig[14] de maatregelen te nemen die hij noodzakelijk acht voor de bescherming van de wezenlijke belangen van zijn veiligheid en die betrekking hebben op de productie van of de handel in wapens, munitie en oorlogsmateriaal. Hierop sluit artikel 10 van richtlijn 2004/18 voor de definiëring van de werkingssfeer van diezelfde richtlijn aan.

25. Zoals de Commissie terecht aanvoert en ook de Finse regering erkent, worden in de eerste zinsnede van artikel 296, lid 1, sub b, EG twee cumulatieve voorwaarden voor het nemen van eenzijdige nationale maatregelen vastgesteld:

— In de eerste plaats moet het daarbij gaan om de productie van of de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal.

— In de tweede plaats moeten de te nemen maatregelen voor de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van de betrokken lidstaat noodzakelijk lijken.

26. Met zijn prejudiciële verzoek doelt de verwijzende rechter in het bijzonder op de eerste van deze twee voorwaarden: hij spreekt alleen over het begrip „goederen met een specifiek militaire bestemming”. Toch kan de tweede voorwaarde zowel bij de beoordeling van de ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag (zie hierna onder A) als bij de beoordeling ten gronde ervan (zie hierna onder B) niet geheel buiten beschouwing blijven. Daarom zal ik, voor zover noodzakelijk, tevens ingaan op deze tweede voorwaarde, zoals ook verschillende deelnemers aan de procedure hebben gedaan, niet in de laatste plaats ter terechtzitting.

14 — Dat het om eenzijdige maatregelen gaat, heeft het Hof reeds lang geleden in het arrest van 15 juli 1964, Costa/ENEL (6/64, Jurispr. blz. 1203), vastgesteld.

A – *Ontvankelijkheid van de prejudiciële vraag*

27. Het feit dat de verwijzende rechter in zijn prejudiciële vraag enkel over het eerste in artikel 296, lid 1, sub b, EG vervatte criterium — het begrip „goederen met een specifiek militaire bestemming" — spreekt, is als zodanig geen reden om de ontvankelijkheid van zijn prejudiciële verzoek in twijfel te trekken.

28. Weliswaar zou de aan het Hof gestelde prejudiciële vraag als hypothetisch beschouwd moeten worden ingeval kwam vast te staan dat in casu toch niet aan het tweede cumulatieve criterium van artikel 296, lid 1, sub b, EG is voldaan, dus wanneer de afwijking van de aanbestedingsregels van richtlijn 2004/18 niet gerechtvaardigd zou kunnen worden door wezenlijke veiligheidsbelangen van Finland. Daarvoor zijn er echter in de procedure voor het Hof niet voldoende aanknopingspunten.

29. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt niet duidelijk of de aanbestedende dienst in het onderhavige geval al dan niet in de zin van het tweede criterium een beroep heeft gedaan op de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van Finland. De verwijzende rechter stelt enkel dat de strijdkrachten niet op de door de Europese Commissie aanbevolen wijze [15] hebben aangegeven, om welk wezenlijk veiligheidsbelang het gaat bij de draaitafelinstallatie en waarom het in dit geval noodzakelijk was om richtlijn 2004/18 niet toe te passen. De Finse regering en de generale staf van de strijdkrachten betogen evenwel dat die veiligheidsbelangen zijn aangevoerd in de nationale procedure.

30. Bovendien benadrukt de verwijzende rechter dat het beroep van InsTiimi niet-ontvankelijk verklaard moet worden, indien de overheidsopdracht niet onder richtlijn 2004/18 en wet nr. 348/2007 zou vallen. Om dit te kunnen beoordelen is het absoluut noodzakelijk om ook duidelijkheid te verkrijgen over het eerste criterium — het begrip „goederen met een specifiek militaire bestemming".

31. In die omstandigheden kan niet worden aanvaard dat de gestelde vraag *kennelijk* niet relevant is voor de te geven beslissing. [16] Overeenkomstig vaste rechtspraak moet veeleer nog steeds van een vermoeden van relevantie van deze vraag worden uitgegaan. [17]

32. Tegen de beantwoording van dit prejudiciële verzoek bestaat dan ook geen bezwaar.

B – *Beoordeling ten gronde van de prejudiciële vraag*

33. Met zijn vraag wil de verwijzende rechter in wezen weten of de bepalingen van richtlijn 2004/18 niet behoeven te worden nageleefd bij de aanbesteding van een overheidsopdracht op defensiegebied, wanneer het voorwerp van de opdracht weliswaar een specifiek militaire bestemming heeft, maar hiervoor vrijwel gelijkwaardige gebruiksmogelijkheden in de civiele sfeer bestaan.

34. Achtergrond van deze vraag is, dat de gebruiksmogelijkheden voor draaitafelinstallaties zoals die welke in casu is aangekocht, volgens de op dit punt niet betwiste gegevens van InsTiimi, niet primair op het militaire, maar vooral het civiele vlak liggen.

35. De standpunten die zijn verdedigd, lopen wijd uiteen. Terwijl InsTiimi en de Commissie menen dat de verplichtingen van richtlijn 2004/18 in het onderhavige geval nageleefd hadden moeten worden, gaan de strijdkrachten en alle bij de procedure betrokken regeringen ervan uit dat een afwijking van deze richtlijn volgens artikel 296, lid 1, sub b, EG gerechtvaardigd was.

15 — De verwijzende rechter refereert daarbij aan de interpretatieve mededeling van de Commissie van 7 december 2006 over de toepassing van artikel 296 van het Verdrag voor overheidsopdrachten op defensiegebied [COM(2006) 779 def.], hierna: „mededeling van de Commissie".

16 — Zie bijvoorbeeld over de niet-ontvankelijkheidsgrond van de *kennelijk* ontbrekende relevantie, onder meer arresten van 3 juni 2008, Intertanko e.a. (C-308/06, Jurispr. blz. I-4057, punten 31 en 32); 12 oktober 2010, Rosenbladt (C-45/09, Jurispr. blz. I-9391, punten 32 en 33), en 25 oktober 2011, eDate Advertising e.a. (C-509/09 en C-161/10, Jurispr. blz. I-10269, punten 32 en 33).

17 — Arrest van 7 september 1999, Beck en Bergdorf (C-355/97, Jurispr. blz. I-4977, punt 22), arrest Rosenbladt (aangehaald in voetnoot 16, punt 33), en arrest van 5 april 2011, Société fiduciaire nationale d'expertise comptable (C-119/09, Jurispr. blz. I-2551, punt 21).

36. In beginsel zijn de bepalingen van het Unierecht voor het plaatsen van overheidsopdrachten ook van toepassing op het gebied van defensie. Dat bleek ten tijde van de aanbesteding van de litigieuze opdracht reeds uit artikel 10 van richtlijn 2004/18. Dit wordt bovendien in richtlijn 2009/81 bevestigd voor de periode ná 21 augustus 2011.[18] De toepassing van de Unierechtelijke bepalingen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten versterkt het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten binnen de Unie en levert een bijdrage aan de verwezenlijking van de interne markt.[19]

37. Tegelijkertijd erkent het Unierecht echter het gerechtvaardigde belang van de lidstaten bij de bescherming van hun wezenlijke veiligheidsbelangen, hetgeen in het bijzonder in artikel 296 EG naar voren komt. Artikel 10 van richtlijn 2004/18, waarin uitdrukkelijk naar die verdragsbepaling wordt verwezen, laat het spanningsveld zien dat bij de aanbesteding van overheidsopdrachten kan ontstaan tussen het interne-marktbeginsel en de nationale veiligheidsbelangen.

38. Uit artikel 10 van richtlijn 2004/18 juncto artikel 296, lid 1, sub b, EG volgt dat een lidstaat van de Unierechtelijke bepalingen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten kan afwijken wanneer het enerzijds gaat om de handel in wapenen, munitie en oorlogsmateriaal (eerste criterium), en anderzijds een afwijking van de Unierechtelijke aanbestedingsregels betreffende overheidsopdrachten noodzakelijk lijkt voor de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van deze lidstaat (tweede criterium).

39. Gelet op de fundamentele betekenis van de fundamentele vrijheden en het interne-marktbeginsel in het stelsel van het Verdrag[20] moeten deze criteria overeenkomstig de rechtspraak met betrekking tot artikel 296 EG strikt worden uitgelegd.[21]

1. Eerste criterium: militaire goederen

40. De eerste zinsnede van artikel 296, lid 1, sub b, EG geldt voor wapenen, munitie en oorlogsmateriaal — om kort te gaan: *militaire goederen*. Welke soorten zaken hiermee precies worden bedoeld, heeft de Raad vastgesteld in de lijst van 1958.

41. Ik ben het eens met het oordeel van het Gerecht (het toenmalige Gerecht van eerste aanleg)[22], dat de materiële werkingssfeer van artikel 296, lid 1, sub b, EG uitputtend is geregeld met de lijst van 1958, waaraan artikel 296, lid 2, EG uitdrukkelijk refereert.[23] Het Gerecht heeft terecht erop gewezen dat de uitzonderingsregeling van artikel 296, lid 1, sub b, EG, geen toepassing behoort te vinden op activiteiten die op andere goederen dan de militaire, vermeld in de lijst van de Raad van 15 april 1958, betrekking hebben.[24]

18 — Zie in het bijzonder artikel 10 van richtlijn 2004/18, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/81, en artikel 2 van richtlijn 2009/81, alsmede de eerste zin van punt 10 van de considerans van richtlijn 2009/81.

19 — Punt 2 van de considerans van richtlijn 2004/18; in dezelfde zin de vaste rechtspraak van het Hof inzake de verschillende richtlijnen betreffende de coördinatie van het recht betreffende overheidsopdrachten, zie bijvoorbeeld arresten van 3 oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 16); 13 november 2007, Commissie/Ierland (C-507/03, Jurispr. blz. I-9777, punt 27), en 13 december 2007, Bayerischer Rundfunk e.a. (C-337/06, Jurispr. blz. I-11173, punt 38).

20 — Zie dienaangaande artikel 2 EU en artikel 3, lid 1, sub c, EG (thans artikel 3, lid 3, eerste zin, VEU).

21 — Arresten Commissie/Spanje (C-414/97, punt 21), Commissie/Finland (C-284/05, punt 46), Commissie/Zweden (C-294/05, punt 44), Commissie/Duitsland (C-372/05, punt 69), Commissie/Italië (C-387/05, punt 46), Commissie/Griekenland (C-409/05, punt 51), Commissie/Denemarken (C-461/05, punt 52), Commissie/Italië (C-239/06, punt 47), en Commissie/Portugal (C-38/06, punt 63), alle aangehaald in voetnoot 2.

22 — Zie arrest Gerecht van 30 september 2003, Fiocchi munizioni/Commissie (T-26/01, Jurispr. blz. II-3951).

23 — Dit sluit weliswaar niet uit dat de lijst zodanig wordt uitgelegd en toegepast dat met de meest actuele ontwikkelingen rekening wordt gehouden. Zoals uit punt 10 van de considerans van richtlijn 2009/81 naar voren komt, is de lijst namelijk „generiek en moet [deze] ruim worden geïnterpreteerd in het licht van de ontwikkeling van de technologie, het aanbestedingsbeleid en de militaire behoeften, die leiden tot de ontwikkeling van nieuwe typen van materiaal [...]" (in gelijke zin de mededeling van de Commissie, aangehaald in voetnoot 15, punt 3). Derhalve is de lijst niet enkel van toepassing op militaire goederen die in 1958 bekend waren, maar ook op die welke thans bij de strijdkrachten van de lidstaten worden gebruikt, voor zover zij onder de in de lijst beschreven categorieën kunnen vallen.

24 — Arrest Fiocchi munizioni/Commissie (aangehaald in voetnoot 22, punt 61).

42. Voorwaarde om op grond van artikel 296, lid 1, sub b, EG af te wijken van de in richtlijn 2004/18 geregelde aanbestedingprocedures is derhalve in de eerste plaats dat een goed, zoals de litigieuze draaitafelinstallatie, inderdaad onder een van de categorieën zaken die in de lijst van 1958 zijn opgenomen, kan worden gerangschikt. De verwijzende rechter, die als enige bevoegd is om de feiten van de zaak vast te stellen en hierover een oordeel te vellen, zal dit moeten toetsen en beoordelen.

43. Aangezien deze draaitafelinstallatie volgens de Finse strijdkrachten het mogelijk maakt om elektromagnetische metingen uit te voeren en dient voor het nabootsen van militaire scenario's waarbij het opsporen van doelwitten wordt geoefend, zou het een onderdeel kunnen zijn van de uitrusting voor het beproeven en het controleren van wapenen (punt 15 in samenhang met de punten 11 en 14 van de lijst van 1958). Theoretisch zou het ook als een onderdeel van een plaatsbepaler of een waarnemingsinrichting kunnen worden beschouwd (punt 5, sub b en c, in samenhang met punt 14 van de lijst van 1958). [25]

44. Weliswaar rechtvaardigt de enkele omstandigheid dat de draaitafelinstallatie eventueel kan vallen onder een van de categorieën zaken van de lijst van 1958, als zodanig nog niet om af te wijken van de Unierechtelijke aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten. Dat een bepaalde zaak op de lijst van 1958 staat vermeld is dus weliswaar een noodzakelijke, maar niet een voldoende voorwaarde voor het inroepen van artikel 10 van richtlijn 2004/18 in samenhang met de eerste zinsnede van artikel 296, lid 1, sub b, EG.

45. Toepassing van de eerste zinsnede van artikel 296, lid 1, sub b, EG eist daarnaast dat de betrokken zaak *voor specifiek militaire doeleinden bestemd* is. [26] Dit volgt a contrario uit de tweede zinsnede van dit artikel waarin sprake is van goederen „die niet bestemd zijn voor specifiek militaire doeleinden". De lijst van 1958 bevat eveneens verschillende formuleringen waaruit blijkt dat een goed in de zin van artikel 296, lid 1, sub b, EG niet enkel qua soort in een bepaalde categorie zaken moet zijn in te delen, maar bovendien bestemd moet zijn voor specifiek militaire doeleinden. [27] Dit is ook recent bevestigd door de Uniewetgever. [28]

46. Of een goed voor specifiek militaire doeleinden bestemd is, kan niet alleen worden gebaseerd op het feit dat de strijdkrachten van een lidstaat als koper optreden of dat een andere overheidsinstantie de goederen voor de strijdkrachten aankoopt. Anders zou ieder potlood een militair goed kunnen worden, alleen omdat het voor defensie wordt aangekocht. Dit zou in strijd zijn met de verplichting om artikel 296, lid 1, sub b, EG strikt uit te leggen, en zou afdoen aan het interne-marktbeginsel.

47. Evenmin volstaat het dat het een goed betreft dat enkel voor militair gebruik *geschikt* is en derhalve *eventueel* in de militaire sfeer zal worden gebruikt. In die zin was het Hof in de zaak Agusta van oordeel dat de door de Italiaanse staat gedurende vele jaren zonder aanbestedingsprocedure gekochte helikopters niet onder artikel 296, lid 1, sub b, EG vielen, omdat deze zeker een civiele bestemming hadden en slechts eventueel een militair doel dienden. [29]

25 — Om onder punt 5 van de lijst van 1958 te worden ingedeeld, moet het gaan om „Vuurleidingsmaterieel voor militair gebruik". In beginsel zou er een verband met „vuurleidingsmaterieel" kunnen worden gezien in het feit dat de litigieuze draaitafelinstallatie met het oog op „elektronische oorlogsvoering" bij het nabootsen en oefenen van „het opsporen van doelwitten" wordt ingezet, en hiermede ten slotte „tegenacties tegen het verkennen van doelwitten vanuit de lucht" worden voorbereid. Betrokkenen hebben echter op de terechtzitting voor het Hof dat verband met vuurleidingsmaterieel niet gelegd.

26 — Arrest Agusta (aangehaald in voetnoot 5, punt 47), en arrest van 2 oktober 2008, Commissie/Italië (C-157/06, Jurispr. blz. I-7313, punt 26).

27 — Zie bijvoorbeeld de punten 5 en 11 („voor militair gebruik"), alsmede punt 14 van de lijst van 1958 („voor zover zij een militair karakter dragen").

28 — „[De lijst van 1958] omvat alleen materiaal dat is ontworpen, ontwikkeld en geproduceerd voor specifiek militaire doeleinden" (tweede zin van punt 10 van de considerans van richtlijn 2009/81).

29 — Arrest Agusta (aangehaald in voetnoot 5, in het bijzonder de punten 48 en 49); zie ook arrest Commissie/Italië (C-157/06, aangehaald in voetnoot 26, punt 27).

48. Voorwaarde voor de toepassing van artikel 296, lid 1, sub b, EG is dat het goederen betreft die, behalve dat zij voor een eventueel militair gebruik geschikt zijn, daarenboven *bestemd* zijn voor een *specifiek militair doel*, en dit zowel in subjectieve als in objectieve zin. Aldus moet de betrokken zaak niet alleen voor specifiek militaire doeleinden bestemd zijn op grond van het concrete, door de aanbestedende dienst aangegeven gebruik ervan [30] (dus in *subjectieve* zin), maar ook op grond van het ontwerp van de zaak en diens kenmerken [31] (dus in *objectieve* zin).

49. Bij vele goederen zal deze bestemming voor een specifiek militair doel voor de hand liggen. Hierbij behoeft men maar te denken aan de in de lijst van 1958 opgenomen antitankwapens, bommen en oorlogsschepen. [32] Zij zijn uitsluitend als militaire apparatuur ontworpen (bestemming in objectieve zin) en worden door de aanbestedende diensten uitsluitend voor militaire doeleinden aangeschaft (bestemming in subjectieve zin).

50. Bij andere goederen, zoals bijvoorbeeld de eveneens in de lijst van 1958 opgenomen voertuigen, luchtvaartuigen, springstoffen, munitie en telemeters, moet de bestemming voor een specifiek militair doel daarentegen concreet worden aangetoond [33], omdat ook een civiel gebruik mogelijk is.

51. Dit geldt ook in de onderhavige zaak.

52. Stellig staat vast dat de litigieuze draaitafelinstallatie *subjectief gezien* bestemd is voor specifiek militair gebruik: de aanbestedende dienst wenste dat de Finse strijdkrachten deze gebruiken bij de nabootsing van militaire scenario's en het oefenen in het opsporen van doelwitten. In die zin onderscheidt het onderhavige geval zich derhalve van de zaak Agusta, waarin niet kon worden vastgesteld dat de gekochte goederen waren bestemd voor een specifiek militair doel. [34]

53. Over de hoedanigheid van deze draaitafelinstallatie als een goed dat *objectief gezien* bestemd is voor een specifiek militair doel, bestaat echter ernstige twijfel. Weliswaar waren betrokkenen het op de terechtzitting er niet over eens of voor een draaitafelinstallatie als de onderhavige, bij latere verkoop door de strijdkrachten op de civiele markt nog een koper zou kunnen worden gevonden. Volgens de informatie van de verwijzende rechter, die in de prejudiciële procedure als enige doorslaggevend moet zijn [35], bestaan er echter op de civiele markt voor een dergelijke draaitafelinstallatie vrijwel gelijksoortige technische toepassingen. Evenzo betoogt InsTiimi op dit punt onweersproken, dat draaitafels ook in de civiele sector kunnen worden gebruikt, en dat ze zelfs oorspronkelijk voor civiel gebruik zijn ontworpen en eigenlijk pas later voor militaire doeleinden geschikt zijn gemaakt.

54. Het is de wil van de wetgever [36] dat dergelijke zaken die weliswaar oorspronkelijk voor civiele doeleinden zijn ontworpen, maar later voor militaire doeleinden zijn aangepast, in beginsel niet aan de werkingssfeer van de Unierechtelijke procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten zijn onttrokken. [37]

30 — Zie wederom arrest Agusta (aangehaald in voetnoot 5, in het bijzonder de punten 48 en 49), waarin rekening wordt gehouden met de door de aanbestedende overheidsdienst omschreven bestemming.

31 — In die zin ook punt 10 van de considerans van richtlijn 2009/81, waarin wordt overwogen dat de lijst van 1958 „alleen materiaal [omvat] dat is *ontworpen, ontwikkeld en geproduceerd* voor specifiek militaire doeleinden" (cursivering van mij); zie ook de mededeling van de Commissie (aangehaald in voetnoot 15, punt 3), waarbij sprake is van materiaal „*van zuiver militaire aard dat uitsluitend bedoeld is voor militaire doeleinden*" (cursivering ook in origineel).

32 — De punten 2, sub a, 4 en 9, sub a, van de lijst van 1958.

33 — De punten 3, 5, sub a, 6, 8, sub b, en 10 van de lijst van 1958.

34 — Arrest Agusta (aangehaald in voetnoot 5, in het bijzonder de punten 48 en 49).

35 — Arresten van 25 oktober 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Jurispr. blz. I-8089, punt 10); 29 april 2004, Orfanopoulos en Oliveri (C-482/01 en C-493/42, Jurispr. blz. I-5257, punt 42), en 25 januari 2011, Neukirchinger (C-382/08, Jurispr. blz. I-139, punt 41).

36 — Laatste zin van punt 10 van de considerans van richtlijn 2009/81. Hoewel deze overweging is opgenomen in wetgeving die nog geen rechtskracht heeft voor het onderhavig geval, is niet in te zien waarom bij de uitlegging van richtlijn 2004/18 in de voor het hoofdgeding relevante versie, geen rekening zou mogen worden gehouden met de aan dit punt ten grondslag liggende redenen. Stellig wordt toch in dit punt 10 van de considerans in wezen duidelijkheid geschapen over de betekenis van de lijst van 1958 zoals die reeds thans zou moeten worden opgevat.

37 — Op zeer gelijke wijze heeft het Hof overwogen dat een lidstaat niet met een beroep op artikel 296 EG de invoer van materiaal dat zowel voor civiel als voor militair gebruik is bestemd, kan vrijstellen van douanerechten, „ongeacht of dat materieel al dan niet uitsluitend voor militaire doeleinden is ingevoerd" (zie dienaangaande de in voetnoot 2 aangehaalde arresten Commissie/Zweden, C-294/05, punt 53, en Commissie/Italië, C-387/05, punt 55).

55. Stellig kan niet worden uitgesloten dat de in het onderhavige geval gekochte draaitafel met het oog op het militaire gebruik ervan op zodanig essentiële punten werd aangepast dat een heel ander product is ontstaan dan het gangbare in de civiele sector. Een dergelijke aanpassing zou bijvoorbeeld kunnen hebben plaatsgevonden, doordat de draaitafel is ingebouwd in een bijzonder ontworpen „meetbaan in de openlucht" voor „metingen, simulaties en oefeningen" betreffende „elektronische oorlogsvoering".

56. Indien een dergelijke fundamentele aanpassing heeft plaatsgevonden — hetgeen de verwijzende rechter moet nagaan —, dan zou de betrokken draaitafel niet alleen subjectief, maar ook objectief gezien een bestemming voor een specifiek militair doel hebben gekregen. In dat (en alleen dat) geval zou de aanbestedende dienst de draaitafel terecht als een militair goed in de zin van de eerste zinsnede van artikel 296, lid 1, sub b, EG hebben aangemerkt.

57. Mocht daarentegen in het hoofdgeding de huidige zienswijze van de verwijzende rechter worden bevestigd, inhoudende dat de litigieuze draaitafelinstallatie gegeven het ontwerp en de kenmerken ervan — ook als onderdeel van een specifieke militaire installatie voor elektromagnetische metingen en het nabootsen van krijgsverrichtingen — niet essentieel verschilt van de draaitafel die gewoonlijk in de civiele sector wordt gebruikt, dan was deze draaitafel objectief gezien niet bestemd voor een specifiek militair doel, ook al had de aanbestedende dienst deze tafel voor specifiek militair gebruik bedoeld en aangekocht.

58. In het laatste geval hadden voor de aankoop van de betrokken draaitafel de naar Unierecht verplichte aanbestedingsprocedures moeten worden toegepast.

59. Samenvattend moet dan ook worden geconcludeerd:

Een zaak die volgens de aanbestedende dienst een specifiek militaire bestemming heeft, maar objectief gezien niet essentieel verschilt van soortgelijke in de civiele sector gebruikte zaken, kan niet met een beroep op artikel 296, lid 1, sub b, EG juncto artikel 10 van richtlijn 2004/18 aan de in die richtlijn voorziene aanbestedingsprocedures worden onttrokken.

2. Tweede criterium: bescherming van wezenlijke veiligheidsbelangen

60. Zelfs wanneer de litigieuze draaitafel als een militair goed was aan te merken (eerste criterium voor de toepassing van artikel 296, lid 1, sub b, EG), dan zou de verwijzende rechter nog moeten nagaan of in het onderhavige geval een afwijking van de verplichte aanbestedingsprocedures van Unierecht noodzakelijk leek voor de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van Finland (tweede criterium voor de toepassing van artikel 296, lid 1, sub b, EG).

61. Dienaangaande heeft het Hof reeds vastgesteld. dat het enkele beroep van een lidstaat op zijn veiligheidsbelangen nog geen afwijking van het Unierecht rechtvaardigt. [38]

62. Weliswaar moet de betrokken lidstaat een bijzonder ruime discretionaire bevoegdheid hebben ten aanzien van de definiëring van zijn wezenlijke veiligheidsbelangen [39]; dit blijkt reeds uit het gebruik van de woorden „die hij [...] acht" in artikel 296, lid 1, sub b, EG. Niettemin moeten de nationale instanties het bewijs leveren, dat aan de voorwaarden van deze bepaling is voldaan. [40]

38 — Arresten Commissie/Finland (C-284/05, punt 47), Commissie/Zweden (C-294/05, punt 45), Commissie/Duitsland (C-372/05, punt 70), Commissie/Italië (C-387/05, punt 47), Commissie/Griekenland (C-409/05, punt 52), Commissie/Denemarken (C-461/05, punt 53), Commissie/Italië (C-239/06, punt 48), en Commissie/Portugal (C-38/06, punt 64), alle aangehaald in voetnoot 2.

39 — Arrest Fiocchi munizioni/Commissie (aangehaald in voetnoot 22, punt 58); in gelijke zin de mededeling van de Commissie (aangehaald in voetnoot 15), waarin „erkend wordt dat [artikel 296 EG] de lidstaten een ruime handelingsvrijheid geeft bij het bepalen wan de wijze waarop zij hun wezenlijke veiligheidsbelangen zullen beschermen" (punt 4 van de mededeling) en het „het prerogatief van de lidstaten [is] om hun wezenlijke veiligheidsbelangen te definiëren" (punt 5 van de mededeling).

40 — Arresten Commissie/Spanje (C-414/97, punten 22 en 24), Commissie/Zweden (C-294/05, punt 47), Commissie/Finland (C-284/05, punt 49), Commissie/Duitsland (C-372/05, punt 72), Commissie/Italië (C-387/05, punt 49), Commissie/Griekenland (C-409/05, punt 54), Commissie/Denemarken (C-461/05, punt 55), Commissie/Italië (C-239/06, punt 50), en Commissie/Portugal (C-38/06, punt 66), alle aangehaald in voetnoot 2.

63. Zoals de Commissie terecht heeft aangevoerd, zou in het onderhavige geval de aanbestedende dienst moeten aantonen dat de afwijking van de aanbestedingsprocedures van richtlijn 2004/18 voor de bescherming van de wezenlijke veiligheidsbelangen van Finland noodzakelijk leek [41] en evenredig was [42].

64. Hierbij moet worden opgemerkt dat een eventuele noodzaak om bepaalde militaire gegevens geheim te houden op zich nog geen grond is om een opdracht niet regulier aan te besteden. [43] Ook in een aanbestedingsprocedure als geregeld in het Unierecht kunnen namelijk de noodzakelijke voorzorgsmaatregelen tot bescherming van gevoelige informatie worden genomen. [44]

65. Afgezien hiervan heeft de aanbestedende dienst, volgens de op dit punt niet betwiste informatie van InsTiimi, in het onderhavige geval uitgebreid over het voorwerp van de opdracht en de wijze waarop de draaitafelinstallatie functioneerde, verslag gedaan in een Fins dagblad. In die omstandigheden lijkt het niet erg aannemelijk dat de Finse staat bij de aanbesteding een gerechtvaardigd belang tot geheimhouding zou kunnen hebben gehad.

66. Dat in enigerlei mate wordt afgeweken van de naar Unierecht verplichte aanbestedingsprocedures zou weliswaar gerechtvaardigd kunnen zijn, omdat een lidstaat relevante veiligheidsinformatie niet zonder meer aan buitenlandse ondernemingen of ondernemingen die onder buitenlandse zeggenschap staan, wil openbaren, in het bijzonder wanneer het om ondernemingen of personen uit een derde staat gaat. Ook is het legitiem dat een lidstaat ervoor wil zorgen dat hij voor de voorziening van zijn bewapening niet afhankelijk wordt van derde staten of ondernemingen uit derde staten. Op beide punten heeft de Tsjechische regering terecht gewezen.

67. Voor dergelijke veiligheidsbezwaren van de kant van de aanbestedende dienst bestaan in casu — naar het zich laat aanzien — echter geen aanknopingspunten. Uiteindelijk zal de verwijzende rechter echter al deze aspecten moeten beoordelen aan de hand van een grondige toetsing van alle omstandigheden van het geval.

VI – Conclusie

68. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vraag van de Korkein hallinto-oikeus te beantwoorden als volgt:

„Een zaak die volgens de aanbestedende dienst een specifiek militaire bestemming heeft, maar objectief gezien niet essentieel verschilt van soortgelijke in de civiele sector gebruikte zaken, kan niet met een beroep op artikel 296, lid 1, sub b, EG, juncto artikel 10 van richtlijn 2004/18/EG aan de in die richtlijn voorziene aanbestedingsprocedures worden onttrokken.”

41 — Zie ook de mededeling van de Commissie (aangehaald in voetnoot 15, punt 3).

42 — Arresten Agusta (aangehaald in voetnoot 5, in het bijzonder punt 53), en Commissie/Italië (C-157/06, aangehaald in voetnoot 26, punt 31); in gelijke zin de mededeling van de Commissie (aangehaald in voetnoot 15, punt 5), volgens welke moet worden aangetoond waarom de niet-toepassing van de aanbestedingsrichtlijn in het concrete geval *noodzakelijk* is voor de bescherming van een wezenlijk veiligheidsbelang.

43 — Arresten Agusta (aangehaald in voetnoot 5, in het bijzonder punt 52), en Commissie/Italië (C-157/06, aangehaald in voetnoot 26, punt 30).

44 — Zie over de vertrouwelijkheid van gerubriceerde gegevens van de aanbestedende diensten, in het bijzonder de artikelen 7, 20 en 22 van richtlijn 2009/81; zie over de vertrouwelijkheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie, bijvoorbeeld artikel 6 van richtlijn 2004/18 en artikel 6 van richtlijn 2009/81, alsmede arrest van 14 februari 2008, Varec (C-450/06, Jurispr. blz. I-581).